

PROF. DR. FELIX UHLMANN  
PROF. DR. GIOVANNI BIAGGINI  
PROF. DR. ANDREAS AUER

## **RECHTSSCHUTZLÜCKEN**

### **1. Zwischenbericht**

Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege:  
Projekt Rechtsschutzlücken

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich /  
Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Zürich, 2010

## INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	2
LITERATURVERZEICHNIS	4
I. EINLEITUNG	16
II. RECHTSSCHUTZ UND RECHTSSCHUTZLÜCKEN	17
1. Rechtsschutz: Begriff und Grundlagen	17
a) Allgemeine Begriffsumschreibung	17
b) Verfassungsrechtliche Grundlagen	17
2. Rechtsschutz: Elemente und Abgrenzungen	19
a) Individueller Rechtsschutz	19
b) Gerichtlicher Rechtsschutz	21
c) Richterlicher und höchstrichterlicher Rechtsschutz	21
d) Effektiver Rechtsschutz	25
3. Rechtsschutzlücken und Rechtsschutzbegrenzungen	26
a) Rechtsschutzlücken gemäss der Botschaft zur neuen Bundesrechtspflege	26
b) Interdependenz zwischen Rechtsschutzanforderungen und Lücken	27
c) Begrenzungen und Lücken	27
d) Lücken als ungerechtfertigte Rechtsschutzbegrenzung	27
III. RECHTSSCHUTZBEGRENZUNGEN	28
1. Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege	28
a) Begriff und Übersicht	28
b) Formale Begrenzungen	28
c) Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen	29
d) Praktische Begrenzungen	29
2. Begründung von Rechtsschutzbegrenzungen	30
a) Übersicht	30
b) Gewaltenteilung und Föderalismus	31
c) Justiziabilität und Praktikabilität	31
d) Entlastung	32
e) Banalität	33
IV. AUSGEWÄHLTE RECHTSSCHUTZBEGRENZUNGEN - ÜBERBLICK UND PROVISORISCHE BEURTEILUNG	33
1. Allgemeine Begrenzungen	33
a) Beschwerdeobjekt	33
b) Streitwertgrenzen und Grundsatzfragen	35
c) Ausschlusskatalog (Art. 83 BGG)	36
d) Kognition und Prüfungsdichte	38
e) Legitimation	39

f)	Rüge- und Begründungspflichten	41
g)	Verfahrensdauer	41
h)	Verfahrenskosten	42
2.	Begrenzungen in einzelnen Sachgebieten	43
a)	Innere und äussere Sicherheit	43
b)	Asyl- und Ausländerrecht	45
c)	Einbürgerung	48
d)	Prüfungswesen	49
e)	Begnadigungen	50
f)	Politische Rechte	51
3.	Sonderprobleme	52
a)	Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen	52
b)	Verfassungsbeschwerde	53
c)	Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund	54
V.	FAZIT	55

## LITERATURVERZEICHNIS

AEMISEGGER HEINZ, Zur Umsetzung der EMRK durch das Bundesgericht, Jusletter vom 20. Juli 2009

AEMISEGGER HEINZ, Öffentlichkeit der Justiz, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 375 ff.

AEMISEGGER HEINZ, Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2006, 103 ff.

AEMISEGGER HEINZ, Zulässigkeitsanforderungen bei Individualrechtsbehelfen nach dem neuen Schweizerischen Bundesgerichtsgesetz, EuGRZ 2006, 500 ff.

AESCHLIMANN ARTHUR, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, ZBI 109 (2008), 397 ff.

AUER ANDREAS, Le recours constitutionnel – terra incognita, in: Foëx Bénédict/Hottelier Michel/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Les recours au Tribunal fédéral, Zürich/Basel 2007, 157 ff.

AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel/Frankfurt a.M. 1984

AUER ANDREAS, "... Le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale ..." (Réflexions sur l'art. 113 al. 3 Cst.), ZSR 1980 I 107 ff.

AUER CHRISTOPH, Die Umsetzung des Bundesgerichtsgesetzes in die bernische Verwaltungsrechtspflege, ZBJV 2009, 225 ff.

AUER CHRISTOPH, Das Konzept der Rechtspflegereform, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 1 ff.

AUER CHRISTOPH, Der Rechtsweg in Zivilsachen, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Aus-

wirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2006, 61 ff.

AUER CHRISTOPH, Die Beschwerdebefugnis nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz, in: Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, 197 ff.

AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BEARBEITER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. ... N ...)

BANDLI CHRISTOPH, Die Rolle des Bundesverwaltungsgerichts, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 195 ff.

BAECHLER JEAN-LUC, Les conditions pour recourir – La procédure de décision, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2008, 227 ff.

BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY (Hrsg.), Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Zürich/Basel/Genf 2006

BESSON MICHEL, Die Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichtes und Anforderungen an die vorinstanzlichen Verfahren, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2008, 167 ff. (zit. Bundesverwaltungsgericht)

BESSON MICHEL, Schutz der politischen Rechte auf Bundesebene, in: Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel/Genf/München 2006, 219 ff.

BEUSCH MICHAEL, Auswirkungen der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV auf den Rechtsschutz im Steuerrecht, ASA 101 (2005), 709 ff.

BEYELER MARTIN, Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, Zur beachtlichen Karriere des Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG, Jusletter vom 4. Mai 2009

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007 (zit. Komm. BV, Art. ..., N ...)

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Diss., Basel/Frankfurt a.M. 1991. (zit. Richterrecht)

BIAGGINI GIOVANNI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Habil., Basel 1996 (zit. Bundesstaat)

BICKEL JÜRIG/OESCHGER MAGNUS/STÖCKLI ANDREAS, Die verfahrensfreie Verfügung (Ein Beitrag zu einem übersehenen Konzept des VwVG), ZBI 110 (2009), 593 ff.

BOLZ MARCEL, Die verwaltungsinterne Rechtspflege – Bedeutung und Funktion im heutigen Umfeld, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, 83 ff.

BOMMER FELIX, Ausgewählte Fragen der Strafrechtspflege nach Bundesgerichtsgesetz, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 153 ff.

BOVAY BENOIT, La loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RDAF 2009 I 161 ff.

Bundesrat, Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4202 ff. (zit. Botschaft Bundesrechtspflege)

Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft Bundesverfassung)

CANDRIAN JÉRÔME, La question du recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral dans les affaires relevant des relations extérieures, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2008, 323 ff.

CHEVALIER MARCO, Die Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung gemäss Artikel 74 Abs. 2 Bst. a BGG, ZZZ 2006, 325 ff.

CORBOZ BERNARD, Introduction à la nouvelle loi sur le tribunal fédéral, SJ 2006 N 8, 319 ff.

CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRESARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Commentaire de la LTF, Bern 2009

DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Bern 2008

EHRENZELLER BERNHARD, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, Anwaltsrevue 10 (2007), Heft 3, 103 ff.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2009 (zit. BEARBEITER, St. Galler Kommentar zu Art. ... BV, Rz. ...)

EHRENZELLER BERNHARD/NOBS ROGER, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, ZBI 110 (2009), 1 ff.

EHRENZELLER BERNHARD/SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2008

EHRENZELLER BERNHARD/SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2006

FELBER MARKUS, Staatsrechtliche Beschwerde adieu?, Wachsende Bedenken wegen Abbaus von Rechtsschutz, Jusletter vom 8. April 2002

FELLER RETO/MÜLLER MARKUS, Die Prüzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung, ZBI 110 (2009), 442 ff.

FISCHBACHER ALAIN, Verfassungsrichter in der Schweiz und Deutschland: Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Diss., Zürich 2006

GÄCHTER THOMAS/THURNHERR DANIELA, Neues Bundesgerichtsgesetz: Rechtsschutz gewahrt, plädoyer 2/06, 32 ff.

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/CLERC EVELYNE, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band Landesrecht, 2. Aufl., Zürich 2007

GERBER PHILIPPE, Le recours constitutionnel subsidiaire: un dérivé du recours unifié, in: Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), Aus der

Werkstatt des Rechts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinrich Koller, Basel 2006, 245 ff.

GIROUD-ROTH SANDRINE/MOREILLON LAURENT, Restitution spontanée de fonds bloqués à des Etats défaillants: les cas Duvalier et Mobutu, AJP 2009, 275 ff.

GRABENWARTER CHRISTOPH, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., München/Basel/Wien 2008

GUCKELBERGER ANNETTE, Der Zugang zum Verwaltungsgericht nach deutschem und nach schweizerischem Recht, ZBI 99 (1998), 345 ff.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2006

HÄNER ISABELLE/MARKUS RÜSSLI/EVI SCHWARZENBACH, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. BearbeiterIn, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Art. ... N. ...)

HANGARTNER YVO, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, 131 ff.

HAUSER PETRA/MATTLE ADRIAN, Repetitorium Öffentliches Prozessrecht, Zürich 2007

HERZOG RUTH, Auswirkungen auf die Staats- und Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 43 ff.

HERZOG RUTH/DAUM MICHAEL, Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, BVR 2009 1 ff.

IQBAL YASMIN, SchKG und Verfassung – Untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?, Diss., Zürich 2005

JAAG TOBIAS/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 7. Aufl., Basel/Genf/München 2009

KÄLIN WALTER, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBI 100 (1999) 49 ff.

KIENER REGINA, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschanen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 219 ff.

KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Habil., Bern 2001

KIENER REGINA/KUHN MATHIAS, Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung, ZBI 107 (2006), 141 ff.

KIENER REGINA/KRÜSI MELANIE, Bedeutungswandel des Rechtsstaates und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBI 110 (2009) 237 ff.

KIESER UELI, Auswirkungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht auf die Sozialversicherungsrechtspflege, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2006, 439 ff.

KISS CHRISTINA, Willkürbeschwerde und Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bundesgericht – Wirklich ein Legitimationsproblem? Anwaltsrevue 4 (2001), Heft 11-12, 44 ff. (zit. Willkürbeschwerde)

KISS CHRISTINA, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 1998, 288 ff. (zit. Rechtsweggarantie)

KLEY ANDREAS, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Habil., Zürich 1995

KNEUBÜHLER LORENZ, Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Spruchkörperbestimmung und Kognition, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2008,

KOLLER HEINRICH, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2006, 9 ff.

KOLLER HEINRICH, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, ZBI 107 (2006), 57 ff. (zit. Bundesrechtspflege)

KOLLER HEINRICH, Rechtsweggarantie als Grundrecht, in: International congress of Comparative Law, Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé à Bristol (GB), Zürich 1998, 305 ff.

KOLLER HEINRICH/AUER CHRISTOPH, Totalrevision der Bundesrechtspflege – Rechtsschutzdefizite im Entwurf des Bundesrates?, ZSR 2002 I, 459 ff.

KUHN MATHIAS, Die Einheitsbeschwerde – mehr Rechtsschutz ... oder Entlastung des Bundesgerichts, in: Schindler Benjamin/Schlauri Regula, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, 69 ff.

LIEBS DETLEF, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., Darmstadt 2007

LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Geschäftslastbewirtschaftung bei Gerichten: Methodik, Erfahrungen und Ergebnisse einer Studie bei den kantonalen Verwaltungs- und Sozialversicherungsgerichten, ZBI 110 (2009) 413 ff.

MARTI ARNOLD, Aktueller Stand und neue Fragen in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, ZBI 110 (2009) 405 ff. (zit. Verwaltungsrechtspflege)

MARTI ARNOLD, Die aktuelle Justizreform – Abschluss einer über hundertjährigen Entwicklung hin zur umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Roger Zäch/Breining-Kaufmann Christine/Breitschmid Peter/Ernst Wolfgang/Oberhammer Paul/Portmann Wolfgang/Thier Andreas (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, 505 ff.

MARTI URSULA/MÜLLER MARKUS, Rechtsschutz gegen Realakte verbessert, plädoyer 3/07, 34 ff.

MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band X, Basel 2008

MOSIMANN HANS-JAKOB, Subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Anwendungsbereich und Verhältnis zur früheren staatsrechtlichen Beschwerde, ZBI 108 (2007), 597 ff.

MÜLLER GEORG, Zuständigkeit und Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte, in: Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008 (zit. Verwaltungsgerichte), 335 ff.

MÜLLER GEORG, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981 (zit. Reservate staatlicher Willkür)

MÜLLER KARIN, Einige Gedanken zum Begriff der "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung" bei der Beschwerde in Zivilsachen nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz, in: Meier Isaak/Jent-Sørensen Ingrid/Diggelmann Peter/Müller Karin, Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2007, 113 ff.

MÜLLER MARKUS, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007,, 313 ff. (zit. Verwaltungsrealakte)

MÜLLER MARKUS, Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken, ZBJV 2004, 161 ff. (zit. Rechtsweggarantie)

MÜLLER JÖRG PAUL, Verfassung und Gesetz, Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, recht 2000, 119 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008

MÜLLER PETER ALEXANDER, Gedanken zur (künftigen) Rolle des Bundesgerichts in der schweizerischen Gerichtsbarkeit, in: Bundesgericht (Hrsg.), Justizreform (Internationales Symposium vom 13. Juni 1998 am Bundesgericht), Lausanne 1998, S. 413 ff.

NAY GIUSEP, Recht haben und Recht bekommen vor Bundesgericht, in: Niggli Marcel Alexander/Pozo José Hurtado/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf 2007, 453 ff.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/-IN, Art. ... N ...)

NOLL ANDREAS, Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems – Ein Kontrapunkt zum Aufsatz von Hansjörg Seiler aus systemtheoretischer Optik, ZSR 2007 I, 557 ff.

NOVIER MERCEDES, Accès au tribunal fédéral selon le projet de LTF: limitations acceptables?, ZSR 2002 I 505 ff.

PFISTERER THOMAS, Der kantonale Gesetzgeber vor der Reform der Bundesrechtspflege, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2006, 257 ff.

RASELLI NICCOLO, Justizreform: Ende gut – alles gut? Versuch einer Bilanz, in: Tschanen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 419 ff. (zit. Justizreform)

RASELLI NICCOLO, Hat die staatsrechtliche Beschwerde ausgedient? AJP 2002, 3 ff. (zit. Beschwerde)

REETZ PETER, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen – Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheidungen des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts (Fortsetzung), SJZ 103 (2007), 29 ff.

RHINOW RENÉ, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996

RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009

RICHLI PAUL, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, AJP 1998, 1426 ff.

RICHLI PAUL, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, AJP 1992, 196 ff. (zit. Regelungsdefizit)

RICHLI PAUL, Öffentlich-rechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln, ZSR 1990 I, 151 ff. (zit. Informationsmittel)

RIVA ENRICO, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte – Überlegungen zu Art. 25a VwVG, SJZ 103 (2007), 337 ff.

ROHNER CHRISTOPH, Die Legitimation zur Willkürklage im Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde, AJP 2007, 1269 ff.

SACHS MICHAEL, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 2009 (zit. BEARBEITER, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. ... Rdn. ...)

SCHAUB LUKAS, Die gerichtlichen Verfahrensgarantien: verkannter Gehalt der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV, AJP 2008, 1124 ff.

SCHMIDT-BLEIBTREU BRUNO/KLEIN FRANZ/HOFMANN HANS/HOPFAUF AXEL (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., Köln/München 2008 (zit. BEARBEITER, GG Kommentar, Art. ... N ...)

SCHWEIZER RAINER J., Zur Einleitung: Das Bundesverwaltungsgericht im System der öffentlich-rechtlichen Rechtspflege des Bundes, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2008, 13 ff.

SCHWEIZER RAINER J., Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2006, 211 ff. (zit. Verfassungsbeschwerde)

SEILER HANSJÖRG, Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems, ZSR 2007 I, 159 ff.

SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007 (zit. BEARBEITER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. ... N ...)

SPÜHLER KARL, Die Einheitsbeschwerde, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2006, 55 ff.

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), Zürich/St. Gallen 2006 (zit. SPÜHLER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., Art. ... N ...)

SUTER MATTHIAS, Der neue Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht, Diss., Bamberg 2007

TANQUEREL THIERRY, L'extension des voies de recours en matière administrative: des grands principes à la pratique concrète, LeGes 2007, 203 ff.

TOPHINKE ESTHER, Neue Bundesrechtspflege – Evaluation der Wirksamkeit der Totalrevision, in: Justice – Justiz – Giustizia 2008/2

TOPHINKE ESTHER, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBI 107 (2006), 88 ff. (zit. Anpassung)

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007 (zit. Staatsrecht)

TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007

TSCHANNEN PIERRE, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 1999 II, 353 ff. (zit. Warnungen)

TSCHOPP-CHRISTEN MARIANNE, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Diss., Zürich/Basel/Genf 2009

TSCHÜMPERLIN PAUL, Die Aufsicht des Bundesgerichts, SJZ 105 (2009), 233 ff.

UEBERSAX PETER/RUDIN BEAT/HUGI YAR THOMAS/GEISER THOMAS (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. BEARBEITER, Ausländerrecht, N ...)

UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Habil. Basel, Bern 2005 (zit. Willkürverbot)

UHLMANN FELIX, Zuständigkeiten, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2008, 141 ff. (zit. Zuständigkeiten)

VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006

WALDMANN BERNHARD, Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?, AJP 2003, 747 ff.

WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BEARBEITER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. ... N ...)

WALTER HANS PETER, Neue Zivilrechtspflege, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 113 ff.

WEISSENBERGER PHILIPPE/RICHARD PASCAL, Les compétences du Tribunal administratif fédéral – Quelques aspects choisis, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Das Bundesverwaltungsgericht: Stellung und Aufgaben, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, St. Gallen 2008, 107 ff.

WOLF ROBERT, Die neue Rechtsmittelordnung im Bund, BR 2006 Sonderheft, 11 ff.

ZIMMERLI ULRICH, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 281 ff.

ZWEIFEL MARTIN/CASANOVA HUGO, Schweizerisches Steuerverfahrensrecht, Direkte Steuern, Zürich 2008

## I. EINLEITUNG

- 1 Die vorliegende Untersuchung ist ein Teilprojekt der vom Bundesamt für Justiz durchgeführten Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege. Sie untersucht, ob und wenn ja wo nach der Revision der Bundesrechtspflege *Rechtsschutzlücken* bestehen. Ziele und Vorgehensweise der Untersuchung sind in den Schreiben vom 7. Juli 2008, 18. Dezember 2008 sowie im Forschungsplan vom 2. April 2009 näher umschrieben.
- 2 Der vorliegende Text stellt einen *ersten Zwischenbericht* dar. Aufgrund von Lehre und Judikatur sowie einer persönlichen Einschätzung soll versucht werden, ein tragfähiges Gerüst für die Einarbeitung von Rückmeldungen aus der Praxis zu schaffen. Der 1. Zwischenbericht widmet sich hauptsächlich den Fragestellungen des Auftrags und den dogmatischen Grundlagen.

Vertiefte Erhebungen und Auswertungen aus der Praxis erfolgen durch die Studie LIENHARD/RIEDER/KILLIAS. Deren Ergebnisse werden in einen allfälligen 2. Zwischenbericht sowie in den Schlussbericht eingearbeitet. Berücksichtigt werden konnten immerhin zwei interne Rohdaten-Papiere vom 12. Oktober 2009 (im Folgenden: "Rohdatenpapier I") und vom 1. Dezember 2009 (im Folgenden: "Rohdatenpapier II"), welche Rückmeldungen aus Gerichten und Advokatur in der Form qualitativer Interviews sowie von Online-Befragungen enthalten.

- 3 Eine Diskussion des vorliegenden Zwischenberichts erfolgt mit dem Bundesamt für Justiz und der Begleitgruppe am 23. Februar 2010 in Bern. Ziel der Diskussion sind insbesondere die Auswahl möglicher Schwerpunkte sowie die Koordination mit der Gruppe LIENHARD/RIEDER/KILLIAS.

## II. RECHTSSCHUTZ UND RECHTSSCHUTZLÜCKEN \*

### 1. Rechtsschutz: Begriff und Grundlagen

#### a) Allgemeine Begriffsumschreibung

4 Rechtsschutz ist eine notwendige Bedingung des Rechtsstaats. Recht und Rechtsschutz sind untrennbar miteinander verbunden<sup>1</sup>, da Rechte ohne Rechtsschutz vielfach wirkungslos bleiben. Rechte müssen *gewährleistet* werden, und zwar sowohl im Verhältnis zwischen Privaten wie auch im Verhältnis zwischen Privaten und Staat. Rechtsschutz beantwortet die Frage, wie Recht gesprochen wird, Rechte durchgesetzt und Rechtsverstöße sanktioniert werden. Rechtsschutz bedeutet das *Verfahren zur Rechtsdurchsetzung* im weitesten Sinn. In qualifizierter Form wird Rechtsschutz durch Gerichte gewährleistet<sup>2</sup>.

#### b) Verfassungsrechtliche Grundlagen

5 Während früher auf Verfassungsebene das rechtsstaatlich gebotene Verfahren im Wesentlichen auf der bundesgerichtlichen Praxis unter Berufung auf den (materiellen) Gleichheitssatz sowie unter Berücksichtigung internationaler Verpflichtungen, insbesondere von Art. 6 EMRK, beruhte<sup>3</sup>, widmet die Bundesverfassung heute dem Verfahrensrecht bereits im Grundrechtsteil erhebliche Aufmerksamkeit. Zu erwähnen ist an erster Stelle Art. 29a BV, welcher als "Rechtsweggarantie" jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde zusichert. Art. 29 BV sieht allgemeine Verfahrensgarantien vor, statuiert mithin allgemein ein "faies Verfahren". Für gerichtliche Verfahren allgemein (Art. 30 BV), den Fall des Freiheitsentzugs (Art. 31 BV) sowie für das Strafverfahren (Art. 32 BV) sieht die Bundesverfassung qualifizierten Schutz vor. Das genaue Verhältnis dieser Bestimmungen, insbesondere das Ver-

---

\* Frau lic.iur. Simone Wälle-Bär und Frau lic.iur. Iris Binder, Assistentinnen am Lehrstuhl Uhlmann, danken wir bestens für ihre kompetente Mithilfe.

<sup>1</sup> HANGARTNER, 131.

<sup>2</sup> Vgl. dazu unten Ziff. II. 2. b.

<sup>3</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Verfahrensrechte STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 1 ff. und Art. 30 BV, Rz. 1 ff.; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 31 BV, Rz. 1 und Art. 32 BV, Rz. 1; MÜLLER/SCHEFER, 817.

hältnis von Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) zu den übrigen Verfahrensgarantien, kann vorliegend offen gelassen werden<sup>4</sup>. Klar ist, dass die Verfahrensbestimmungen in ihrer Gesamtheit möglicherweise individualrechtlich, mindestens aber konstitutiv-institutionell eine *Justizgewährleistungspflicht* beinhalten<sup>5</sup>. Diese Justizgewährleistungspflicht bildet den Kern rechtsstaatlich gebotenen Rechtsschutzes.

- 6 Die Justizgewährleistungspflicht wird in der Schweizerischen Bundesverfassung durch die Bestimmungen über das Bundesgericht und andere richterliche Behörden in Art. 188 ff. BV ergänzt. Zu erwähnen ist insbesondere Art. 191 BV, wonach das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht gewährleistet (Art. 191 Abs. 1 BV). Das Gesetz kann für Streitigkeiten ohne Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung Streitwertgrenzen einrichten, für bestimmte Sachgebiete den Zugang zum Bundesgericht ausschliessen sowie für offensichtlich unbegründete Beschwerden ein vereinfachtes Verfahren vorsehen (Art. 191 Abs. 2-4 BV)<sup>6</sup>. Bekräftigt wird in Art. 191c BV die Unabhängigkeit der richterlichen Behörden des Bundesgerichts, weiterer richterlicher Behörden des Bundes (Art. 191a BV) sowie der richterlichen Behörden der Kantone (Art. 191b BV)<sup>7</sup>. Eine Begrenzung richterlicher Zuständigkeit besteht für Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates; Ausnahmen bestimmt das Gesetz (Art. 189 Abs. 4 BV).
- 7 Neben der verfassungsrechtlichen Regelung sind die *völkerrechtlichen Gewährleistungen*, d.h. Art. 5 und 6 EMRK, Art. 13 EMRK sowie Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II in den Hintergrund getreten<sup>8</sup>. Zu erwähnen ist immerhin, dass bei der Berufung auf die EMRK der Vorbehalt von Art. 190 BV (Massgeblichkeit von Bundesgesetzen) zumindest nicht in der gleichen Weise wirksam wird wie bei einem potentiellen Konflikt zwischen Bundesgesetzgebung und Verfassungsrecht<sup>9</sup>. Ent-

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu ausführlich SCHAUB, 1128 ff.

<sup>5</sup> So zu Art. 29a BV das Bundesgericht im Urteil 2P.112/2005 E. 3.2; zurückhaltender KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 6.

<sup>6</sup> Vgl. dazu unten Ziff. II. 2. a.; II. 2. c.; III. 1. c.; IV. 1. b.; IV. 2.

<sup>7</sup> Zur Geltung von Art. 191c BV - neben Art. 30 Abs. 1 BV - für die kantonalen Behörden vgl. STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 191c BV, Rz. 2.

<sup>8</sup> Zu diesen Bestimmungen vgl. GRABENWARTER, § 21, Rz. 1 ff., § 24, Rz. 2 ff. und 160 ff. Im Einzelnen bestehen durchaus Unterschiede (vgl. etwa zur Gewährleistung einer mündlichen Verhandlung im Vergleich zwischen EMRK und Bundesverfassung MÜLLER/SCHEFER, 869 f.; BGE 134 I 140, 146 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 32; aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. BGE 128 IV 201, 205 f, 128 III 113, 116 sowie 125 II 417, 424 ff. (Propagandama-

sprechend haben die in der EMRK gewährleisteten Rechte eine gewisse prozessuale Bedeutung<sup>10</sup>.

- 8 Prozessuale Gewährleistungen ergeben sich teilweise auch aus *materiellen Rechtsansprüchen*, welche für ihre effektive Durchsetzung ein bestimmtes Verfahren beanspruchen. Das Bundesgericht hat schon unter der alten Bundesverfassung bei gewissen Grundrechtsverletzungen das notwendige Verfahrensrecht hinsichtlich Beschwerdeobjekt (kantonaler Hoheitsakt) ergänzt, um dem materiellen Grundrecht zum Durchbruch zu verhelfen<sup>11</sup>.
- 9 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass verschiedene neuere Kantonsverfassungen ebenfalls Verfahrensrechte und Justizgewährleistungsverpflichtungen festgeschrieben haben<sup>12</sup>.

## 2. Rechtsschutz: Elemente und Abgrenzungen

### a) Individueller Rechtsschutz

- 10 Die stark individualrechtlich ausgerichtete Konzeption der Verfahrensgarantien der schweizerischen Bundesverfassung darf nicht zur Täuschung verleiten, dass Rechtsschutz nur dem oder der einzelnen Betroffenen dient. Die Gewährleistung von Rechtsschutz erfüllt vielmehr zentrale *staatsrechtliche Funktionen*. Die richtige Anwendung des Rechts ist ungeachtet der Betroffenheit von Privaten ein *Grundanliegen des Rechtsstaats* und mithin Selbstzweck. Rechtsschutz dient auch der Kontrolle der Tätigkeit untergeordneter Instanzen, dies sowohl hierarchisch in der verwaltungsinternen Rechtspflege oder zwischen oberen und unteren Gerichten als auch im föderalen Verhältnis zwischen Bund und Kantonen<sup>13</sup>. Im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive einerseits sowie Gerichten andererseits prägen Rechtsschutzzuständigkeiten die Gewaltenteilung resp. die

---

terial PKK), wonach im Konfliktfall "das Völkerrecht prinzipiell dem Landesrecht vor[geht], insbesondere wenn die völkerrechtliche Norm dem Schutz der Menschenrechte dient."

<sup>10</sup> Zur fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze vgl. auch unten Ziff. IV. 3. a.

<sup>11</sup> Vgl. unten Fn. 70.

<sup>12</sup> Vgl. nur Art. 29 ff. der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (SGF 10.1); Art. 17 f. der Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (SHR 101); Art. 18 und 73 ff. der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101).

<sup>13</sup> Zu letzterem vgl. BIAGGINI, Bundesstaat, S. 191 ff.

Gewaltenhemmung zwischen legislativer, exekutorischer und judikativer Gewalt<sup>14</sup>.

- 11 Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung steht der *Individualrechtsschutz* im Vordergrund. Ihr Blick ist auf Rechtsschutzfragen aus der Sicht des Recht suchenden Individuums gerichtet, dies einerseits aus Kapazitätsgründen, andererseits aus der Überlegung, dass Individualrechtsschutz den Kern von Rechtsschutzanliegen darstellt und sich aus den verfassungsrechtlichen Grundlagen präziser erfassen lässt als andere Rechtsschutzexpectationen und -funktionen.
- 12 Die weiteren staatsrechtlichen Zusammenhänge von Rechtsschutz sind für die vorliegende Untersuchung aber durchaus relevant. Insbesondere sind sie bei der *Begrenzung* des Individualrechtsschutzes<sup>15</sup> zu untersuchen. Sie beeinflussen auch die Auslegung und das Verständnis der Prozessgesetze. So finden sich im BGG beispielsweise verschiedene Streitwertgrenzen, welche den Rechtsschutz zwar begrenzen<sup>16</sup>, aber ihrerseits durch die Gegen Ausnahme der "Grundsatzfrage" (hier und im Folgenden kurz für: "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung") relativiert werden. Ein auf Individualrechtsschutz ausgerichtetes Verständnis der Bundesrechtspflege bejaht eine "Grundsatzfrage" bei elementaren Rechts- und Rechtsschutzverletzungen. Eine Betrachtungsweise, welche in erster Linie die Funktion des Bundesgerichts für eine einheitliche Rechtsprechung betont, nimmt eine Grundsatzfrage dort an, wo sich eine neue präjudiziell relevante Frage stellt oder untere Gerichte von der Rechtsprechung des Bundesgerichts bewusst abweichen<sup>17</sup>. Eine einseitig auf individuellen Rechtsschutz ausgerichtete Betrachtungsweise übergeht diese Zusammenhänge.

Individueller Rechtsschutz ist somit durchaus im Kontext weiterer Rechtsschutzanliegen zu analysieren. Die vorliegende Untersuchung kann und soll aber nicht eine Abhandlung über alle möglichen Rechtsschutzanliegen darstellen.

- 13 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch die anderen Funktionen von Rechtsschutz ausserhalb des Individualrechtsschutzes letztlich den

---

<sup>14</sup> Vgl. nur HÄFELIN/HALLER/KELLER, N. 1418 f.

<sup>15</sup> Vgl. unten Ziff. III.

<sup>16</sup> Art. 74 und Art. 85 BGG.

<sup>17</sup> Vgl. zum Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung BEYELER; KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 15 ff.; KARIN MÜLLER; REETZ, 30 f.; BSK BGG-RUDIN, Art. 74 N 31 ff. und Art. 85 N 24 ff.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., Art. 74 N 5 ff.; unter Rz. 48

Rechtsunterworfenen dienen sollen. Beispielsweise ist eine durch das Bundesgericht gewährleistete einheitliche Rechtsprechung in diesem Sinne kein Selbstzweck, sondern stärkt die Rechtssicherheit auf der Ebene der unteren Gerichte, welche ihrerseits für die Rechtsunterworfenen von grosser Bedeutung sind.

#### **b) Gerichtlicher Rechtsschutz**

14 Art. 29a BV ist auf *gerichtlichen* Rechtsschutz ausgerichtet, dies etwa im Gegensatz zu Art. 13 EMRK<sup>18</sup>. Auch die Revision der Bundesrechtspflege befasste sich schwergewichtig mit dem gerichtlichen Rechtsschutz, wurden doch darin die Zuständigkeiten des Bundes*gerichts*, des Bundesstraf*gerichts* und des Bundesverwaltungs*gerichts* geregelt. Entsprechend konzentriert sich auch die vorliegende Untersuchung auf den gerichtlichen Rechtsschutz.

15 Zu beachten ist immerhin, dass gerichtlicher Rechtsschutz und nicht-gerichtlicher Rechtsschutz in einem engen Verhältnis stehen. So ist beispielsweise die weitgehende Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund auch eine Frage des gerichtlichen Rechtsschutzes, wenn möglicherweise Gerichte die rechtlichen Anforderungen an eine genügende Sachverhalts- und Rechtskontrolle nicht erfüllen (können)<sup>19</sup>. Zudem ist zu erwähnen, dass in der Bundesrechtspflege auch Änderungen erfolgt sind, welche für den nicht-gerichtlichen Rechtsschutz von Bedeutung sind. Zu nennen ist beispielsweise die Bestimmung von Art. 25a VwVG, welche im Bundesverwaltungsrecht den Rechtsschutz gegen Realakte regelt<sup>20</sup>.

#### **c) Richterlicher und höchstrichterlicher Rechtsschutz**

16 Die Rechtsweggarantie in Art. 29a BV ist ausgerichtet auf *richterlichen* Rechtsschutz; eine Differenzierung zwischen *richterlichem* und *höchstrichterlichem* Rechtsschutz nimmt Art. 29a BV nicht vor. Die Rechtsweggarantie verlangt grundsätzlich nur eine *einmalige Sachverhalts- und Rechtskontrolle*, und zwar von einem Gericht auf beliebiger Stufe der Gerichtsorganisation. Ein gestuftes

---

<sup>18</sup> Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N 2; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 6; GRABENWARTER, § 24, Rz. 173; BGE 130 I 388, 395.

<sup>19</sup> Vgl. zu dieser Problematik unten Ziff. IV. 1. d.

<sup>20</sup> Vgl. zu dieser Bestimmung unten Ziff. IV 1. a.

Rechtsschutzverfahren oder Rechtsschutz durch ein oberes oder höchstes Gericht ist unter Art. 29a BV nicht gefordert<sup>21</sup>.

Unter den Verfahrensgarantien im Grundrechtsteil ist immerhin Art. 32 Abs. 3 BV zu erwähnen. Gemäss dieser Bestimmung hat jede verurteilte Person das Recht, das Urteil von einem höheren Gericht prüfen zu lassen<sup>22</sup>.

- 17 Die Bestimmungen über den *höchstrichterlichen* Rechtsschutz auf Verfassungsebene finden sich in Art. 188 ff. BV<sup>23</sup>. Sie sind mit gewissen Unsicherheiten behaftet.

Einschlägig ist die an den Gesetzgeber gerichtete Bestimmung von Art. 191 BV (Zugang zum Bundesgericht). Art. 191 Abs. 1 BV statuiert einen Grundsatz betreffend Zugang zum Bundesgericht, während Art. 191 Abs. 2-4 BV einzelne Einschränkungsmöglichkeiten regeln. Mindestens für sich allein gelesen erscheint die Formulierung von Art. 191 Abs. 1 BV<sup>24</sup> ambivalent. Sie kann in der Weise verstanden werden, dass durch das Gesetz, aber eben nur durch das Gesetz und nach Massgabe des Gesetzes, der Zugang zum Bundesgericht offen steht. Die Bestimmung kann aber auch als Verpflichtung des Gesetzgebers gelesen werden, dass dieser den Zugang zum höchsten Gericht gewährleisten muss. Entsprechend erscheinen auch die Äusserungen in der Lehre nicht deckungsgleich, auch wenn diese Differenzen kaum thematisiert werden<sup>25</sup>. Einerseits wird vorgebracht, bei Art. 191 Abs. 1 BV handle es sich "um einen *Auftrag an den Gesetzgeber*, nicht aber um einen (direkt anwendbaren) individualrechtlichen Anspruch"<sup>26</sup>. Andererseits wird von einer "grundsätzlichen *Garantie des Zugangs* zum Bundesgericht auf Verfassungsebene" gesprochen<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N 7 f.; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 15.

<sup>22</sup> Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 32, N 13; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 32 BV, Rz. 43; zur praktischen Bedeutung der Ausnahme eines Urteils durch das Bundesgericht als einzige Instanz vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 32, N 14 a.E.

<sup>23</sup> Vgl. oben Rz. 6.

<sup>24</sup> "Das Gesetz gewährleistet den Zugang zum Bundesgericht."

<sup>25</sup> Vgl. immerhin MÜLLER/SCHEFER, 907.

<sup>26</sup> KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 9.

<sup>27</sup> AESCHLIMANN, 398 (Hervorhebung nur hier).

Die praktische Tragweite von Art. 191 BV lässt sich aufgrund dessen Entstehungsgeschichte<sup>28</sup> und vor allem mit Blick auf Art. 191 Abs. 2-4 BV erschliessen. Für Streitigkeiten, die keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betreffen, kann eine Streitwertgrenze vorgesehen werden (Abs. 2)<sup>29</sup>; für bestimmte Sachgebiete kann das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht ausschliessen und für offensichtlich unbegründete Beschwerden kann ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen werden (Abs. 3 und 4)<sup>30</sup>.

Es bleibt aber eine Differenz in der Konzeption und in den Erwartungen an die Umsetzung von Art. 191 BV. Es macht einen Unterschied, ob Gesetzgeber und Bundesgericht sozusagen bloss ausnahmsweise den Zugang zum Bundesgericht beschränken können oder ob sie zu Erlass und Konkretisierung einer ihnen angemessen erscheinenden Zugangsregelung aufgerufen sind. Der dogmatische Zugang ist jeweils unterschiedlich. Dies zeigt sich für den Gesetzgeber etwa bei der Frage, in welchem Umfang er "bestimmte Sachgebiete" (Abs. 3) von der Zuständigkeit des Bundesgerichts ausschliessen kann<sup>31</sup>. Für das Bundesgericht ist das Verständnis von Art. 191 BV etwa ausschlaggebend bei der Auslegung des Begriffs der "Grundsatzfrage" gemäss BGG (insb. Art. 74, 83, 85).

- 18 Vorliegend sind Rechtsschutzlücken in erster Linie als Lücken im *Individualrechtsschutz* verstanden worden<sup>32</sup>. Individualrechtsschutz wird schwergewichtig von unteren Gerichten gewährleistet; teilweise wird die Auffassung geäussert, dass ausreichender "Verfassungsschutz" ohne weiteres von oberen kantonalen Gerichten gewährleistet werden könne<sup>33</sup>. Von einer Gleichwertigkeit von richterlichem und höchstrichterlichem Rechtsschutz geht implizit auch Art. 29a BV aus; aus der Rechtsweggarantie lässt sich kein Anspruch auf *höchstrichterlichen* Rechtsschutz ableiten<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 1 ff.

<sup>29</sup> KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 12 ff.; vgl. auch Art. 74 und Art. 85 BGG.

<sup>30</sup> KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 22 ff. und 30 ff.; vgl. auch Art. 73, Art. 79, Art. 83 und Art 108 f. BGG.

<sup>31</sup> Vgl. dazu ausführlich KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 22 ff.; unten Ziff. IV. 1. c.

<sup>32</sup> Vgl. oben Ziff. II. 2. a.

<sup>33</sup> Vgl. in diese Richtung KOLLER, Bundesrechtspflege, 79; vgl. dazu auch KIENER/KUHN, 148.

<sup>34</sup> Vgl. oben Rz. 16.

Dessen ungeachtet erfüllt aber auch das Bundesgericht im Bereich des individuellen Rechtsschutzes wichtige Funktionen<sup>35</sup>. Neben Rechtsschutz im Einzelfall prägt das Bundesgericht den individuellen Schutz in zukünftigen Fällen. Es mag auch sein, dass ein Entscheid des höchsten Gerichts im Einzelfall den Rechtsfrieden mehr stärkt als es ein "unteres" Gericht tun könnte; die Rückmeldungen aus der Studie LIENHARD/RIEDER/KILLIAS werden darüber möglicherweise Aufschluss geben.

Weitergehend als die unteren Gerichte dient die Rechtsprechung des Bundesgerichts den über den Einzelfall hinausgehenden Anliegen der Rechtssicherheit, der Rechtsfortbildung und der Vermeidung uneinheitlicher Auslegung und Anwendung des Bundesrechts<sup>36</sup> - Anliegen, welche ihrerseits wiederum auf den individuellen Rechtsschutz zurückwirken, wenn etwa der Rechtsschutz in den Kantonen durch eine einheitliche Praxis des Bundesgerichts begünstigt wird<sup>37</sup>.

Aus unserer Sicht muss in jedem Fall die Differenzierung von richterlichem und höchstrichterlichem Rechtsschutz für die Suche nach Rechtsschutzlücken im Auge behalten werden. Rechtsschutzbegrenzungen, die gerichtlichen Rechtsschutz insgesamt ausschliessen, müssen einer substantiell höheren Rechtfertigung standhalten als Begrenzungen, die "nur" den Zugang zum Bundesgericht versperren. Dort wo das Bundesgericht nicht zuständig ist, muss reflektiert werden, ob vorinstanzlicher Rechtsschutz in diesem Fall besonders geeignet oder ungeeignet erscheint.

---

<sup>35</sup> Die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege nennt als Hauptaufgaben des Bundesgerichts die Gewährung von Rechtsschutz im konkreten Fall, das Sicherstellen einer einheitlichen Rechtsanwendung in der gesamten Schweiz sowie die Rechtsfortbildung (Botschaft Bundesrechtspflege, 4214). Die Lehre hat verschiedentlich den Vorrang der beiden letzteren Aufgaben, Wahrung der Rechtseinheit und Weiterentwicklung des Rechts, betont (KISS, Willkürbeschwerde, 45; KOLLER/AUER, 477; PETER ALEXANDER MÜLLER, 425 f.; NOVIER, 524; UHLMANN, Willkürverbot, 423). TSCHANNEN (Staatsrecht, § 40 N 5-8) nennt neben der Wahrung der bundesstaatlichen Rechtseinheit den Schutz der Essentialia der schweizerischen Verfassungsordnung als wesentlichen Unterschied zwischen den Aufgaben des Bundesgerichts und denjenigen unterer Instanzen. Auch HÄFELIN/HALLER/KELLER (N. 1929) und BIAGGINI (Komm. BV, Art. 188, N 4) zählen den Schutz der Verfassung zu den Hauptaufgaben des Bundesgerichts. Sowohl in HÄFELIN/HALLER/KELLER (N. 1735, 1741 und 1929) als auch bei BIAGGINI (Komm. BV, Art. 188, N 4) werden die verschiedenen Aufgaben des Bundesgerichts aufgezählt, ohne dass einzelne als prioritär gegenüber anderen eingestuft werden. Aus der Sicht des Bundesgerichts vgl. AESCHLIMANN, 410 ff.

<sup>36</sup> Vgl. vorstehend Fn. 35.

<sup>37</sup> Nach RASELLI beinhaltet Rechtsschutz (generell) die Garantie, dass Bundesrecht einheitlich angewendet werde (RASELLI, Justizreform, 429). Diese Aussage erscheint uns indessen mindestens diskutabel.

#### d) Effektiver Rechtsschutz

19 Die Ausrichtung von Rechtsschutz auf die Durchsetzung des materiellen Rechts lässt es selbstverständlich erscheinen, dass Rechtsschutz nicht nur auf dem Papier bestehen darf, sondern *wirksam* zur Rechtsverwirklichung beiträgt. Effektiver Rechtsschutz ist eine Forderung der Rechtsordnung; sie ist ein rechtliches Gebot<sup>38</sup>. Effektiver Rechtsschutz wird teilweise gar als "Leitmotiv" von Art. 29a BV bezeichnet<sup>39</sup>. Gewisse formale Sicherungen sind dazu in Art. 29, Art. 30, Art. 31 und Art. 32 BV angelegt.

20 Unter "effektivem Rechtsschutz" (Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz) wird vom deutschen Bundesverfassungsgericht gefordert, "dass der Einzelne seine Rechte auch tatsächlich wirksam durchsetzen kann und die Folgen staatlicher Eingriffe im Regelfall nicht ohne fachgerichtliche Prüfung zu tragen hat"<sup>40</sup>. Effektiver Rechtsschutz wird dabei für jede Instanz gefordert, welche durch das Gesetz vorgesehen ist. Die zuständige Instanz darf das entsprechende Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und die Beschwerdeführerin oder den Beschwerdeführer leer laufen lassen<sup>41</sup>.

Damit geht das Erfordernis des effektiven Rechtsschutzes insofern über Art. 29a BV hinaus, als eine Rechtsmittelinstanz ihr Ungenügen nicht unter Hinweis auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz vor der Vorinstanz rechtfertigen kann. Effektiver Rechtsschutz muss durch erstinstanzliche Gerichte, Appellationsgerichte und das Bundesgericht gewährleistet werden.

21 Prozessgesetze können so ausgestaltet sein, dass Zweifel aufkommen, ob das Verfahren wirksamen Rechtsschutz bietet<sup>42</sup>. In vielen Fällen wird aber erst ein

---

<sup>38</sup> Vgl. KÄLIN, 55; KISS, Rechtsweggarantie, 293; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 9; MARKUS MÜLLER, Rechtsweggarantie, 167; MÜLLER/SCHÉFER, 909 und 915 f.; SCHAUB, 1128; TOPHINKE, Anpassung, 92, WALDMANN, 750 f.

<sup>39</sup> SCHAUB, 1128.

<sup>40</sup> BVerfGE 96, 27 ff., 39. Vgl. zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gestützt auf Art. 19 Abs. 4 GG etwa HOFMANN, GG Kommentar, Art. 19 N 29 ff.; SACHS, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rdn. 143 ff. Im Geltungsbereich der EMRK verlangt bereits Art. 13 eine wirksame Beschwerde, vgl. dazu etwa GRABENWARTER, § 24, Rz. 160 ff., insb. 174. Zum Begriff des wirksamen Rechtsschutzes in Art. 77 Abs. 1 KV ZH vgl. HÄNER, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Art. 77 N. 1 ff.; verlangt wird, dass die im Verfahrensrecht vorgesehenen Rechtsmittel tatsächlich offen stehen, die Rechtsmittelinstanz unabhängig ist, ein faires Verfahren stattfindet und ein allfälliges Obsiegen der Beschwerdeführer Folgen hat und nicht bloss Empfehlungen abgegeben werden (N. 7 und 8).

<sup>41</sup> Bundesverfassungsgericht a.a.O.

<sup>42</sup> Vgl. unten Ziff. III. 1. d.

Blick auf die Praxis eine Beurteilung der Wirksamkeit erlauben. Ob ein Verfahren zu teuer oder zu kompliziert ist, übermässig lange dauert oder sonst die Beschwerdeführerin oder der Beschwerdeführer von der Einreichung des entsprechenden Rechtsmittels abgehalten wird, muss massgeblich aufgrund der Rückmeldung der Betroffenen untersucht werden. In diesem Sinne können im Rahmen dieses Zwischenberichts erste Mutmassungen über die Effektivität des Rechtsschutzes angestellt werden, für die wissenschaftliche Fundierung braucht es aber die vertieften Abklärungen der Studie LIENHARD/RIEDER/KILLIAS.

### **3. Rechtsschutzlücken und Rechtsschutzbegrenzungen**

#### **a) Rechtsschutzlücken gemäss der Botschaft zur neuen Bundesrechtspflege**

22 Der Begriff der Rechtsschutzlücke (oder auch des Rechtsschutzdefizits) wurde bereits in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001<sup>43</sup> verwendet. Neben Schwachstellen der damaligen Bundesrechtspflege, der Überlastung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts sowie dem komplizierten Rechtsmittelsystem machte der Bundesrat *Lücken im Rechtsschutz sowie überholte Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates* aus<sup>44</sup>. Lücken im Rechtsschutz ergaben sich nach Meinung des Bundesrates insbesondere mit Blick auf die Einführung der Rechtsweggarantie<sup>45</sup>. Unabhängige Gerichte fehlten aus Sicht des Bundesrates in Bereichen des Bundesverwaltungsrechts, in denen der Bundesrat oder ein Departement endgültig zu entscheiden hatten. Für Verwaltungsakte der Kantone bestand zwar die staatsrechtliche Beschwerde, welche aber anerkanntermassen keine umfassende Sachverhalts- und Rechtskontrolle vor Bundesgericht beinhaltete<sup>46</sup>. Ebenfalls Reformbedarf sah der Bundesrat im Fehlen der Behördenbeschwerde bei der staatsrechtlichen Beschwerde, beim Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte des Bundes sowie bei der erstinstanzlichen Bundesstrafgerichtsbarkeit. Als Rechtsschutzlücke empfand der Bundesrat schliesslich die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit im Bereich der Bundesgesetze. Diese aber sollte mit Blick

---

<sup>43</sup> BBI 2001, 4202 ff.

<sup>44</sup> Botschaft Bundesrechtspflege, 4211 ff. Zur Belastung des Bundesgerichts nach der Reform vgl. AESCHLI-MANN, 407 ff.

<sup>45</sup> Botschaft Bundesrechtspflege, 4215 f.

<sup>46</sup> Botschaft Bundesrechtspflege, 4215.

auf die Entscheidung der Eidgenössischen Räte nicht Bestandteil der neuen Bundesrechtspflege bilden<sup>47</sup>.

- 23 Der Bundesrat und soweit ersichtlich auch Lehre und Praxis haben für den Begriff der Rechtsschutzlücke keine feste dogmatische Umschreibung entwickelt. Es rechtfertigt sich deshalb, den Begriff näher zu erläutern.

#### **b) Interdependenz zwischen Rechtsschutzanforderungen und Lücken**

- 24 Rechtsschutzlücken sieht man nicht, sie sind das Negative, welches sich nicht direkt abbilden oder umschreiben lässt. Sie sind dort zu finden, wo die vorstehend umschriebenen Anforderungen an den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz nicht zufriedenstellend eingelöst werden oder aus anderen Gründen gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Von einer Rechtsschutzlücke ist zu sprechen, wenn ein Recht nicht durchgesetzt werden kann, der Rechtsschutz nicht effektiv ist oder ein Recht nicht von einem Gericht (oder, falls geboten, nicht vom Bundesgericht) gewährleistet wird.

#### **c) Begrenzungen und Lücken**

- 25 Eine Rechtsschutzlücke entsteht nicht schon dadurch, dass in einem bestimmten Gebiet Rechtsschutz nicht möglich ist. Mit anderen Worten stellt nicht jede Rechtsschutz*begrenzung* eine Rechtsschutz*lücke* dar. Eine solche tritt hauptsächlich dort auf, wo verfassungsrechtliche Anforderungen nicht oder nicht hinreichend umgesetzt werden. Dort aber, wo Rechtsschutz wenig sinnvoll ist oder eine Rechtsschutzbegrenzung sachlich gerechtfertigt ist, liegt zwar eine Begrenzung, nicht aber eine Lücke vor.

- 26 Demgemäss führt der Weg zur Rechtsschutzlücke über die *Rechtsschutzbegrenzung*. Um Rechtsschutzlücken zu finden, müssen die Grenzen und Begrenzungen des Rechtsschutzes untersucht werden.

#### **d) Lücken als ungerechtfertigte Rechtsschutzbegrenzung**

- 27 In der vorliegenden Arbeit wird es somit darum gehen, nach dem Abstecken der verfassungsrechtlichen Anforderungen (vorstehend Ziff. II. 2.) einzelne Rechtsschutzbegrenzungen zu analysieren (nachfolgend Ziff. III. und IV.). Es wird zu

---

<sup>47</sup> Botschaft Bundesrechtspflege, 4216; vgl. auch RHINOW, 198 f. sowie RHINOW/SCHEFER, N. 2867 ff.

untersuchen sein, wo Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege angelegt sind oder von der Praxis entwickelt werden<sup>48</sup> und wie sie gegebenenfalls zu rechtfertigen sind<sup>49</sup>. Aufgezeigt werden soll, wo nach Meinung der Autoren Handlungsbedarf besteht.

### III. RECHTSSCHUTZBEGRENZUNGEN

#### 1. Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege

##### a) Begriff und Übersicht

28 Rechtsschutzbegrenzungen stellen den *individuellen, effektiven, richterlichen Rechtsschutz* in Frage. Der Begriff der Begrenzung sagt aber noch nichts darüber aus, ob die Begrenzung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen übereinstimmt oder aus anderen Gründen Handlungsbedarf besteht. Erst der Begriff der Rechtsschutzlücke resp. das Fehlen einer Lücke erhält eine solche wertende Aussage.

29 Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege lassen sich im Wesentlichen in drei Richtungen ausmachen: Zu untersuchen sind zunächst formale Begrenzungen, welche im Wesentlichen mit den üblichen Eintretensvoraussetzungen zusammenfallen<sup>50</sup>. Als zweite Kategorie sind Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen auszumachen, wo richterlicher oder höchstrichterlicher Rechtsschutz ausgeschlossen ist<sup>51</sup>. Eine dritte Kategorie von Rechtsschutzbegrenzungen besteht aus praktischen Hürden, welche der oder dem Rechtssuchenden bei der Anrufung eines Gerichts im Wege stehen<sup>52</sup>.

##### b) Formale Begrenzungen

30 Zu den formalen Begrenzungen zählen im Wesentlichen die *Prozessvoraussetzungen*. Die Prozessgesetze geben Auskunft darüber, wer unter welchen Voraus-

---

<sup>48</sup> Vgl. unten Ziff. III. 1. und IV.

<sup>49</sup> Vgl. unten Ziff. III. 2.

<sup>50</sup> Vgl. unten Ziff. III. 1. b.

<sup>51</sup> Vgl. unten Ziff. III. 1. c.

<sup>52</sup> Vgl. unten Ziff. III. 1. d.

setzungen das Handeln einer anderen Person oder einer Behörde in bestimmten Verfahren prüfen kann oder wer welches Recht in welchem Verfahren gegen wen durchsetzen kann<sup>53</sup>. Prozessvoraussetzungen sind keine juristische Selbstverständlichkeit, sondern ein Entscheid über Wesen und Grenzen des Rechtsschutzes. So ist beispielsweise im öffentlichen Recht primär rechtliches Handeln Gegenstand einer Rechtsmittelkontrolle; das faktische Handeln konnte bis zum Inkrafttreten von Art. 25a VwVG nur unter begrenzten Voraussetzungen rechtlich geprüft werden.

### c) **Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen**

31 Von erheblicher Bedeutung sind die Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen. Solche Begrenzungen sind bereits im Verfassungsrecht angelegt, wenn einerseits Art. 29a BV Bund und Kantone erlaubt, die Rechtsweggarantie "in Ausnahmefällen" einzuschränken (Begrenzung des richterlichen Rechtsschutzes). Sodann sieht Art. 191 Abs. 3 BV vor, dass der Bundesgesetzgeber den Zugang zum Bundesgericht in einzelnen "Sachbereichen" ausschliessen kann (Begrenzung des höchstrichterlichen Rechtsschutzes). Bei der Umsetzung in der neuen Bundesrechtspflege bilden Art. 83 BGG und Art. 32 VGG die wichtigsten Anwendungsfälle.

32 Zu den Begrenzungen können auch die *Streitwertgrenzen* gezählt werden, welche ebenfalls bereits im Verfassungsrecht, nämlich in Art. 191 Abs. 2 BV, erwähnt werden. Auch hier werden gewisse Streitigkeiten der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen. Die Rechtsschutzbegrenzung erfolgt aber nicht über den ganzen Sachbereich, sondern nur entsprechend dem Streitwert für wirtschaftlich unbedeutendere Streitigkeiten. Streitwertgrenzen bilden nach monetären Kriterien schematisierte Rechtsschutzbegrenzungen.

### d) **Praktische Begrenzungen**

33 Praktische Begrenzungen bedeuten, dass die oder der Rechtssuchende zwar ein Rechtsmittel ergreifen kann, dessen Wirksamkeit und Opportunität aber durch praktische Erschwernisse in Frage gestellt ist; sei es, weil das Verfahren zu teuer ist, zu lange dauert oder beispielsweise die Rechtssuchenden davon ausgehen,

---

<sup>53</sup> Vgl. ausführlich zu den Prozessvoraussetzungen VOGEL/SPÜHLER, § 36, Rz. 67 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, Rz. 947 ff.

dass ihr Verfahren wenig aussichtsreich ist, weil sie an den fachlichen Kompetenzen des Gerichts zweifeln. Im Ergebnis geht es um eine Einschränkung oder gar Vereitelung des *effektiven Rechtsschutzes*<sup>54</sup>.

- 34 Praktische Begrenzungen sind teilweise bewusst vom Gesetzgeber in den Prozessgesetzen angelegt worden. So verlangt etwa Art. 40 BGG die Vertretung in Zivil- und Strafsachen vor Bundesgericht durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt<sup>55</sup>. Im Gegensatz zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten begrenzt hier der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit der selbständigen Vertretung vor Bundesgericht. Auch die Kosten von Verfahren werden in gewissen Fällen Rechtssuchende davon abhalten, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Solche Begrenzungen werden vom Gesetzgeber bewusst gesetzt und von den Gerichten entsprechend angewendet.
- 35 Andere praktische Rechtsschutzbegrenzungen sind vom Gesetzgeber nicht intendiert. Wenn ein Rechtsmittelverfahren zu lange dauert oder der dort in Aussicht stehende Rechtsschutz für die Betroffenen gar nicht mehr interessant ist, weil beispielsweise die Regelung für die Dauer des Prozesses den Sachentscheid weitgehend vorwegnimmt, hat das im Gesetz vorgesehene Rechtsmittel sein Ziel verfehlt. Erst recht liegt eine ungewollte praktische Begrenzung vor, wenn persönliche oder fachliche Defizite bei Richterinnen oder Richtern die Rechtssuchenden von der Ergreifung eines Rechtsmittels abhalten.

## **2. Begründung von Rechtsschutzbegrenzungen**

### **a) Übersicht**

- 36 Rechtsschutzbegrenzungen können unterschiedliche Funktionen erfüllen. Typischerweise stehen sie in Zusammenhang mit Gewaltenteilung und Föderalismus, mit Justiziabilität und Praktikabilität sowie mit der Erhaltung der Funktionalität der rechtsprechenden Instanz<sup>56</sup>. Sie haben je nach Gericht (richterlicher oder höchstrichterlicher Schutz) und Verfahren unterschiedliche Bedeutung.

---

<sup>54</sup> Vgl. oben Ziff. II. 2. d.

<sup>55</sup> Vgl. BSK BGG-MERZ, Art. 40.

<sup>56</sup> Vgl. zur Funktion von Rechtsschutzbegrenzungen, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Willkürrechtsprechung des Bundesgerichts, UHLMANN, Willkürverbot, 315 ff., 327 ff. und 379 ff. m.w.H.

## **b) Gewaltenteilung und Föderalismus**

- 37 Rechtsschutz findet seine inhärente Grenze in der Funktion der Rechtsprechung. In Bereichen, wo Gerichte nicht tätig sind oder nicht tätig sein sollen, findet in der Regel kein oder nur begrenzter Rechtsschutz statt, zumindest kein gerichtlicher Rechtsschutz im hier verstandenen Sinne. Rechtsschutz ist die typische Aufgabe eines Gerichts, umgekehrt definiert das richterliche Aufgabenfeld den zu erwartenden Rechtsschutz.
- 38 Rechtsschutz steht damit in enger Beziehung zu Fragen der Gewaltenteilung. Wenn sich der Verfassungsgeber dafür entscheidet, Bundesgesetze vor Bundesgericht für massgebend zu erklären (Art. 190 BV), beantwortet er einerseits eine Frage des Machtverhältnisses zwischen Gesetzgeber und Bundesgericht, andererseits aber auch eine Frage des Rechtsschutzes. Dasselbe gilt für den Entscheid, Akte der Bundesversammlung und des Bundesrats grundsätzlich keiner richterlichen Prüfung zu unterstellen (Art. 189 Abs. 4 BV). Ebenso ist die Ausnahmemöglichkeit für Streitigkeiten mit vorwiegend politischem Charakter im Bereich der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ein Entscheid im Sinne der Gewaltenteilung und des Rechtsschutzes. Rechtsschutzbegrenzungen können damit ihre Begründung in einer Austarierung zwischen Parlament bzw. Gesetzgeber, Regierung und Gerichten finden, allenfalls auch im föderalen Verhältnis<sup>57</sup>.

## **c) Justiziabilität und Praktikabilität**

- 39 Gewisse Fragen werden als nur begrenzt "justiziabel" und damit als ungeeignet für die gerichtliche Beurteilung erachtet. Dabei kann es zu Überschneidungen mit Gesichtspunkten der Gewaltenteilung und Ausnahmen von der Rechtsweggarantie kommen, muss es aber nicht. So ist etwa die Beurteilung variabler Lohnbestandteile dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich entzogen<sup>58</sup>, da hier eine richterliche Beurteilung letztlich kaum zu mehr Gerechtigkeit führen dürfte<sup>59</sup>. In

---

<sup>57</sup> Zu letzterem vgl. insbesondere BIAGGINI, Bundesstaat, 191 ff.

<sup>58</sup> Art. 32 Abs. 1 lit. c VGG.

<sup>59</sup> Die Regelung, dass Verfügungen über leistungsabhängige Lohnanteile des Bundespersonals nur mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können, soweit sie die Gleichstellung der Geschlechter betreffen, wurde von der vorberatenden Kommission des Ständerates vorgeschlagen und sowohl vom Ständerat (AB S 2003 865) als auch vom Nationalrat (AB N 2004 1645 und 1652 f.) ohne Diskussion angenommen. Die Kommission erachtete es als nicht gerechtfertigt, dass eine Rechtsmittelinstanz die schwierige Frage der Quantifizierung der Leistungen der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber überprüft, da diesem diesbezüglich ein recht grosser Ermessensspielraum zukomme (AB S

ähnlicher Weise erscheinen Prüfungsentscheide nur begrenzt justiziabel, weil sich bei mündlichen Prüfungen die konkrete Prüfungssituation vor Gericht kaum je realistisch rekonstruieren lässt<sup>60</sup>.

- 40 Die Gesichtspunkte der mangelnden Justiziabilität sowie der Praktikabilität sind potentiell geeignet, Rechtsschutzbegrenzungen zu begründen; ihr Vorhandensein darf aber nicht vorschnell angenommen werden. Insbesondere ist jeweils zu überlegen, ob auf eine richterliche Prüfung gänzlich verzichtet oder ob die Prüfung nur unter einem begrenzten Blickwinkel durchgeführt werden soll.

#### **d) Entlastung**

- 41 Insbesondere vor Bundesgericht ist das Argument der Entlastung zu berücksichtigen. Die Überlastung des Bundesgerichts kann seine Funktionen im Bereich der Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung beeinträchtigen<sup>61</sup>. Eine Entlastung, die im Wesentlichen bewirkt, dass das Gericht eine gewisse Grösse nicht überschreitet, dient auch der *Einheitlichkeit* der Rechtsprechung; für ein kleineres Gericht ist es einfacher, eine einheitliche Praxis zu verfolgen, als wenn mehrere Kammern ihre Rechtsprechung aufeinander abstimmen müssen. Rechtsschutzbegrenzungen können damit auch der Einheitlichkeit und der Qualität der Rechtsprechung dienen.

- 42 Die Diskussion um die Entlastung des Bundesgerichts ist damit in erster Linie eine Diskussion um die Prioritätensetzung innerhalb sich möglicherweise widersprechender Rechtsschutzanliegen. Die Entlastung des Bundesgerichts ist kein Selbstzweck. Sie soll nicht primär Kosten sparen, sondern dem Bundesgericht die Konzentration auf die Erfüllung seiner Kernaufgaben ermöglichen<sup>62</sup>.

---

2003 872). Ob aus der Schwierigkeit einer Nachprüfung ohne weiteres ein gänzlicher Verzicht auf Nachprüfung abzuleiten ist, erscheint mindestens diskutabel.

<sup>60</sup> Vgl. nur BGE 106 Ia 1, 2 f.; unten Ziff. IV. 2. d.

<sup>61</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur Justizreform in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 488 f.).

<sup>62</sup> Vgl. zum Zweck der Entlastung des Bundesgerichts Botschaft Bundesverfassung, 36, 77 f., 488 f. und 494 sowie Botschaft Bundesrechtspflege, 4214.

e) **Banalität**

- 43 Die Begründung für eine Rechtsschutzbegrenzung kann auch sein, dass gewisse Streitigkeiten schlicht zu banal sind, als dass sie von einem Gericht beurteilt werden sollten. *Minima non curat praetor*<sup>63</sup>. Dieser Grundsatz hat zwar in den Prozessgesetzen und in Art. 29a BV keinen Niederschlag gefunden, kann aber mindestens als Richtschnur des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des *Rechtsweges* und als Auslegungsargument vor Gericht herangezogen werden<sup>64</sup>. In der Tat dürfte es dem Ansehen und der Glaubwürdigkeit eines Gerichts schaden, wenn sich dieses wiederholt mit Bagatellfällen zu beschäftigen hat. Dies gilt in besonderem Masse für das Bundesgericht.

#### IV. AUSGEWÄHLTE RECHTSSCHUTZBEGRENZUNGEN - ÜBERBLICK UND PROVISORISCHE BEURTEILUNG

##### 1. Allgemeine Begrenzungen

a) **Beschwerdeobjekt**

- 44 Im öffentlichen Recht bestimmt das Beschwerdeobjekt den einzuschlagenden Prozessweg und damit auch Umfang und Grenzen des Rechtsschutzes. Ein Rechtsschutzdefizit wurde diesbezüglich beim *verfügungsfreien Staatshandeln* ausgemacht<sup>65</sup>. Der Bundesgesetzgeber korrigierte dieses Defizit mit der Einfü-

---

<sup>63</sup> Vgl. zu diesem Grundsatz LIEBS, 134.

<sup>64</sup> In zwei sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten mit jeweils geringem Streitwert (CHF 218.60.- bzw. 105.40.-) wies das Bundesgericht darauf hin, dass es den beschwerdeführenden Verwaltungsträgern offen gestanden hätte, sich den Grundsatz "minima non curat praetor" zu eigen zu machen und angesichts der geringen Streitsumme von einer Beschwerdeführung abzusehen (BGer, Urteil C 114/06 vom 17. Juli 2007 E. 3 sowie Urteil 8C\_890/2008 vom 15. Juni 2009). Weiter führte das Bundesgericht in einem betriebsrechtlichen Verfahren aus, dass es der schweizerischen Rechtsauffassung widerspreche, einer grundsätzlich justiziablen Geldforderung einzig deshalb die Beurteilung zu versagen, weil sie zahlenmässig zu geringfügig sei. Ein allfälliges Opportunitätsprinzip liege im Zivilprozessrecht grundsätzlich in den Händen der Parteien (Dispositionsmaxime). Aufgrund der gesamten Umstände qualifizierte es das Begehren der Beschwerdeführer auf definitive Rechtsöffnung für den Betrag von CHF 1.- im betreffenden Fall jedoch als rechtsmissbräuchlich (BGer, Urteil 5A\_673/2008 vom 20. November 2008 E. 4).

<sup>65</sup> RICHLI betonte in Hinblick auf die Totalrevision der Bundesrechtspflege die Notwendigkeit zum Ausbau des Rechtsschutzes bei verfüpfungsfreiem Staatshandeln (Regelungsdefizit, 196 ff.). Die Rechtsschutzsituation von durch staatliche Informationen – als Anwendungsfall von verfüpfungsfreiem Staatshandeln – in Grundrechten Betroffenen beschrieb er als prekär (Informationsmittel, 168 ff.). TSCHANNEN diskutierte als denkbare Lösungen zur Behebung des Rechtsschutzdefizits im Bereich von Realakten die Einkleidung von Realakten in Verfügungsform (Erweiterung des Verfügungsbegriffs), die Möglichkeit der Anfechtung

gung von Art. 25a VwVG, wonach über Realakte unter bestimmten Voraussetzungen eine Feststellungsverfügung verlangt werden kann. Gemeinhin wurde diese Ergänzung in der Lehre begrüsst<sup>66</sup>. Die Diskussion über den Verfügungsbegriff – und damit typischerweise über die Gewährung von Rechtsschutz<sup>67</sup> – ist durch den Erlass von Art. 25a VwVG aber keineswegs abgeschlossen, wie etwa ein jüngerer Aufsatz über die "verfahrensfreie Verfügung" zeigt<sup>68</sup>. Da sich bisher erst wenige Entscheidungen mit dieser neuen Bestimmung auseinandergesetzt haben, ist eine Einschätzung schwierig<sup>69</sup>.

- 45 Das Gleiche gilt für die Situation der Kantone, welche teilweise ihre Gesetzgebung im Sinne der Bundesgesetzgebung angepasst haben (oder eine andere Form des Rechtsschutzes für verfügungsfreies Staatshandeln vorsehen), teilweise aber auch auf eine Anpassung verzichten.

Dort, wo Anpassungen in den Kantonen fehlen, muss zumindest aus dem Blickwinkel des Bundes die Begrenzung des Rechtsschutzes auf Handeln der Verwaltung in Verfügungsform hinterfragt werden. Immerhin dürften die Ausweitungen in der bundesgerichtlichen Praxis<sup>70</sup> auch unter der Geltung der revidierten Bestimmungen der Bundesrechtspflege bestehen bleiben. Prima vista ist der kantonale Gesetzgeber aufgerufen, allfällige Rechtsschutzlücken zu schliessen. Eine

---

von Realakten durch Verwaltungsbeschwerde (Ausweitung des Anfechtungsobjekts) sowie die Möglichkeit eines Gesuchs um Erlass einer Verfügung über ergangene Realakte (Warnungen, 438 ff.). Auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN erachteten den Rechtsschutz im Bereich der Realakte als unbefriedigend (Rz. 737).

<sup>66</sup> RIVA erachtet die neue Rechtsschutzregelung – trotz einzelner negativer Aspekte – als gesamthaft positiv (347). Auch MARKUS MÜLLER (Verwaltungsrealakte, 364 ff.) bejaht eine Verbesserung des Rechtsschutzes gegen Realakte durch die Einführung von Art. 25a VwVG, sieht daneben aber weiteren Handlungs- bzw. Regelungsbedarf. Vgl. auch MARTI/MÜLLER, 37.

<sup>67</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang etwa UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 5 N 5 ff.

<sup>68</sup> BICKEL/OESCHGER/STÖCKLI, 593 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BVGer, Urteil A-3144/2008 vom 27. Mai 2009 E. 13.1 f.; BVGer, Urteil C-4682/2007 vom 13. März 2009, E. 2; BVGer, Urteil B-8057/2007 vom 1. April 2008 E. 4.2; BVGer, Urteil A-2482/2007 vom 26. Juni 2007. Vgl. auch verschiedene kantonale Entscheide, die auf Art. 25a VwVG Bezug nehmen: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 22825 vom 2. April 2007; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2007.00118 vom 12. Juli 2007.

<sup>70</sup> Vgl. BGE 121 I 87, 91 f. ("Das Paradies kann warten"); 128 I 167, 173 ff.; 128 II 156, 164 ff.; 133 I 46, 55 ff.; BGer, Urteil 1P.642/2000 vom 9. Januar 2001; ZBI 104 (2003) 311 ff.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2006.00143 vom 4. Mai 2006; VB.2006.00222 vom 24. August 2006.

Intervention des Bundesgerichts gestützt auf Art. 29a BV kann aber mindestens mittelfristig nicht gänzlich ausgeschlossen werden<sup>71</sup>.

## b) Streitwertgrenzen und Grundsatzfragen

- 46 Die in gewissen Sachbereichen vorgesehene Begrenzung der Zuständigkeit des *Bundesgerichts* auf Streitigkeiten mit einem bestimmten Streitwert ist bereits im geltenden Verfassungsrecht angelegt<sup>72</sup>. Die Streitwertgrenze ist von erheblicher praktischer Bedeutung, vor allem im Zivilrecht, aber auch in gewissen Teilen des Verwaltungsrechts<sup>73</sup>.
- 47 Die Erhöhung der Streitwertgrenze gilt als Hauptgrund für das Scheitern früherer Revisionen des OG<sup>74</sup>. In der jetzigen Ausgestaltung wird die Streitwertgrenze dadurch gemildert, dass in den gesetzlichen Bestimmungen eine Gegen Ausnahme vorgesehen ist, wonach das Bundesgericht in jedem Fall über *Grundsatzfragen* zu entscheiden hat<sup>75</sup>. Die Begrenzung des Rechtsschutzes ist damit ein Zusammenspiel zwischen gesetzlichen Voraussetzungen von Streitwert und Gegen Ausnahme einerseits, andererseits aber auch massgeblich determiniert durch die Auslegung des Begriffs der "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung" durch das Bundesgericht<sup>76</sup>.
- 48 Die ersten Entscheidungen des Bundesgerichts deuten darauf hin, dass dieses den Begriff der Grundsatzfrage im Wesentlichen restriktiv verstehen will<sup>77</sup>. Im

---

<sup>71</sup> Nach RIVA (339) besteht der Anspruch auf gerichtliche Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten im Sinne von Art. 29a BV unabhängig davon, welcher Handlungsweise sich der Staat bedient hat, also grundsätzlich auch für Realakte. Zahlreiche weitere Autoren sind der Auffassung, dass Art. 29a BV auch bei Realakten Rechtsschutz garantiert, soweit diese in geschützte Rechtspositionen eingreifen (vgl. etwa HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar zum VwVG, Art. 25a N 2; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 12; WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. 25a N 24; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a, N 4 und 6; TOPHINKE, Anpassung, 95). In der Lehre wird jedoch auch die gegenteilige Auffassung vertreten, wonach sich aus Art. 29a BV kein Anspruch auf richterliche Überprüfung von Realakten ableiten lässt (vgl. etwa MARTI/MÜLLER, 35; MÜLLER, Verwaltungsrealakte, 341). Vgl. auch BGE 133 I 388, 391 ff.

<sup>72</sup> Art. 192 Abs. 2 BV; vgl. oben Ziff. II. 1. b.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 74 und Art. 85 BGG.

<sup>74</sup> Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4218; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Entstehungsgeschichte, N 17. Auch in ersten Rückmeldungen aus der Anwaltschaft findet sich unvermindert Kritik in dieser Frage (vgl. Rohdatenpapier II, 4).

<sup>75</sup> Vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. a und 85 Abs. 2 BGG, aber auch schon Art. 191 Abs. 2 BV.

<sup>76</sup> Vgl. oben Ziff. II. 2. a.

<sup>77</sup> BGE 133 III 495, 495; 135 III 397, 399; 135 III 1, 4; 134 III 267, 269; 134 III 115, 117.

Vordergrund stehen damit die Rechtsfortbildungs- und Rechtsvereinheitlichungsfunktion des Bundesgerichts, nicht einzelne Rechtsschutzanliegen<sup>78</sup>. Immerhin handelt es sich gerade bei den Bereichen, in denen die Streitwertgrenze herabgesetzt wurde (Mietrecht und Arbeitsrecht)<sup>79</sup>, eine Streitwertgrenze aber unvermindert besteht, um Bereiche, in denen plausibel vorgebracht wird, die Schaffung von Vereinheitlichung und Rechtssicherheit durch das Bundesgericht sei für den individuellen Rechtsschutz vor der Vorinstanz von erheblicher Bedeutung<sup>80</sup>. Eine "Aufweichung" des Begriffs der Grundsatzfrage dürfte andererseits zu einer erheblichen Mehrbelastung des Bundesgerichts führen.

- 49 Eine vertiefte Beurteilung hat aufgrund weiterer Rückmeldungen aus der Praxis zu erfolgen. Die ersten Stellungnahmen aus der Anwaltschaft legen nahe, dass der frühere Zankapfel Streitwertgrenzen an Bedeutung verloren hat. Dies mag allerdings mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe in Art. 191 Abs. 2 BV zusammenhängen. Eine Rolle spielt möglicherweise auch, dass die Auswirkungen der Streitwertgrenzen unsicher erscheinen, da für das Verständnis der "Grundsatzfrage" weitere Klärungen durch das Bundesgericht abzuwarten sind.

### c) **Ausschlusskatalog (Art. 83 BGG)**

- 50 Das Bundesgerichts- und das Verwaltungsgerichtsgesetz arbeiten beide mit *Ausschlusskatalogen* (Art. 83 BGG<sup>81</sup> und Art. 32 VGG<sup>82</sup>). Während der Ausschlusskatalog für Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht in allgemeiner Weise in Frage gestellt wird, finden sich in ersten Rückmeldungen mit Bezug auf Art. 83 BGG zahlreiche prononciert kritische Stimmen aus dem Bundesgericht; am kritischsten wird der Ausschlusskatalog als "organisierte Rechtsschutzlücke" bezeichnet<sup>83</sup>. Aus dem Bundesverwaltungsgericht wird mindestens in einzelnen Sachbereichen das Fehlen einer Weiterzugsmöglichkeit ans Bundesgericht als

---

<sup>78</sup> Vgl. CHEVALIER, 332 f.; BSK BGG-RUDIN, Art. 74 N 46 a.E.; KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 18 a. E; vgl. auch oben Rz. 12.

<sup>79</sup> Vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG.

<sup>80</sup> Vgl. zu diesem Argument oben Ziff. II. 2. c. Eine Äusserung aus dem Bundesgericht kritisiert die Offenheit des Begriffs "Grundsatzfrage" (Rohdatenpapier I, 4).

<sup>81</sup> Vgl. dazu BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Günther, Art. 83; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., Art. 83.

<sup>82</sup> Vgl. dazu UHLMANN, Zuständigkeiten, 163 ff.; HAUSER/MATTLE, 87 ff.

<sup>83</sup> Rohdatenpapier I, 1.

Rechtsschutzlücke bezeichnet<sup>84</sup>. Auch von Seiten der Anwaltschaft wird der Ausschlusskatalog zum Teil als "zu streng und ... zu grosse Hürde" bezeichnet<sup>85</sup>.

- 51 In den ersten Rückmeldungen wird etwa vorgeschlagen, dass das Bundesgericht mindestens Grundsatzfragen oder bedeutende Fälle entscheiden können sollte. Dies gilt insbesondere gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht. E contrario lässt sich daraus annehmen, dass die Überprüfungsmöglichkeit mittels Verfassungsbeschwerde gegenüber kantonalen Entscheiden als ausreichend erachtet wird. In einer Stellungnahme wird explizit gefordert, die Verfassungsbeschwerde auch gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts zuzulassen<sup>86</sup>.
- 52 Begründet wird die Kritik nicht mit Zweifeln an der Qualität vorinstanzlicher Entscheidungen, also an Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts<sup>87</sup>. Bemängelt wird in der Regel, dass das Bundesgericht die Einheit der Rechtsprechung nicht gewährleisten könne. Es sei auch ein falsches Signal an die Kantone, dass deren Entscheide in jedem Fall, diejenigen des Bundesverwaltungsgerichts dagegen nicht alle weitergezogen werden könnten. Überdies bewirke der Ausschlusskatalog teilweise "absurde Verzerrungen"<sup>88</sup>, da bedeutende Fragen vom Bundesverwaltungsgericht abschliessend, unwichtige nur vorinstanzlich entschieden würden. Damit zusammenhängend – und auch ein Aspekt individuellen Rechtsschutzes – wird kritisiert, dass für gewisse bedeutende Fragen nur ein einmaliger Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgesehen sei.
- 53 Die Kritik war mindestens in dieser Deutlichkeit nicht ohne weiteres zu erwarten. Ein vertiefter Blick auf Art. 83 BGG erscheint deshalb angezeigt. Dies gilt nicht nur für einzelne Ausnahmereiche von Art. 83 BGG, sondern für die Grundkonzeption von Art. 83 BGG an sich. Es ist zu klären, welche Grundgedanken für die Abfassung von Art. 83 BGG wegleitend waren und ob diese Grundgedanken kohärent erscheinen<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> Rohdatenpapier I, 6.

<sup>85</sup> Rohdatenpapier II, 1.

<sup>86</sup> Rohdatenpapier I, 3.

<sup>87</sup> Für eine Ausnahme vgl. Rohdatenpapier II, 4.

<sup>88</sup> Rohdatenpapier I, 4.

<sup>89</sup> Allgemeine Aussagen zur Grundkonzeption finden sich nur wenige. Verschiedentlich wird die Entlastung des Bundesgerichts als wesentlicher Grund für die Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht angeführt (Botschaft Bundesverfassung, 78 und 494; Botschaft Bundesrechtspflege, 4230 und 4323; BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1951). Gemäss SPÜHLER/DOLGE/VOCK geht Art. 83

#### d) Kognition und Prüfungsdichte

- 54 Im Gegensatz zu den vorinstanzlichen Gerichten beschäftigt sich das Bundesgericht in der Regel nicht mit Sachverhalts- und Ermessensfragen. Eine Prüfung ist auf Rechtsfragen begrenzt, und auch dort grundsätzlich bezogen auf solche des Bundesrechts<sup>90</sup>. Das Bundesgericht pflegt aber verschiedene Ausnahmen und Gegenahmen. Verschiedene Ausnahmen haben einen Bezug zum materiellen Recht<sup>91</sup>.
- 55 Zu berücksichtigen ist, dass sich die Prüfungszuständigkeit des Bundesgerichts und seiner Vorinstanzen nicht nur aufgrund der blossen Beschreibung der Beschwerdegründe in den massgeblichen gesetzlichen Grundlagen definiert, sondern massgeblich auch durch die auf Spezialgesetze und verfassungsrechtliche Vorgaben abgestützte Praxis der Gerichte. So besteht beispielsweise vor Bundesverwaltungsgericht eine umfassende, die Rüge der Unangemessenheit einschliessende Prüfungsbefugnis<sup>92</sup>, diese wird jedoch vom Gericht nicht vollständig ausgeschöpft. Deshalb wurden aufgrund des Wegfalls der verwaltungsinternen Beschwerdemöglichkeiten verschiedentlich auch Rechtsschutzlücken vor Bundesverwaltungsgericht thematisiert<sup>93</sup>.
- 56 In den ersten Rückmeldungen aus der Praxis wurde teilweise auch die im Sozialversicherungsrecht gegenüber der früheren Regelung stärker eingeschränkte

---

BGG im Kern davon aus, dass nach der Natur der Sache nicht alles justiziabel ist bzw. vom obersten Gericht überprüft werden können muss (Art. 83 N 1). Für Ansätze solcher Überlegungen bei Art. 32 VGG vgl. UHLMANN, Zuständigkeiten, 164 f.

<sup>90</sup> Art. 95 ff. und Art. 116 BGG. In Art. 97 BGG ist eine beschränkte Sachverhaltsprüfung vorgesehen.

<sup>91</sup> Das Bundesgericht prüft die in Art. 95 ff. BGG vorgesehenen Rügen (vorbehaltlich Art. 98 BGG) frei und wendet dabei das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an (vgl. aber Art. 106 Abs. 2 BGG, nachfolgend Ziff. IV. 1. f.). Die unter altem Recht wesentliche Unterscheidung zwischen verfassungsmässigen Rechten und anderen Verfassungsbestimmungen ist nach Ansicht der Lehre (vgl. etwa BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 47; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 95 N 19 f.) nur noch bei der Verfassungsbeschwerde (unter Vorbehalt von Art. 98 und Art. 106 Abs. 2 BGG) von Bedeutung. In Fortführung seiner Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde hat das Bundesgericht jedoch in BGE 134 I 322, 326, festgehalten, dass das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV – unter Vorbehalt seiner besonderen Bedeutung im Straf- und Steuerrecht – nicht selbständig angerufen werden kann, sondern nur in Verbindung mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, des Willkürverbots oder eines spezifischen Grundrechts. Kantonales Gesetzesrecht prüft das Bundesgericht nur auf Willkür, es sei denn, es liege eine schwere Grundrechtsverletzung vor. Die Diskussion ist aber in diesem Bereich sicher noch nicht abgeschlossen (vgl. BIAGGINI, Bemerkungen der Redaktion zu BGer, Urteil 2C\_517/2007 vom 15. August 2007, ZBI 110 [2009], 640 ff., 643 f., betreffend Verhältnismässigkeitsprinzip).

<sup>92</sup> Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 49 VwVG.

<sup>93</sup> Vgl. dazu unten Ziff. IV. 3. c.

Kognition bemängelt<sup>94</sup>. In einer Rückmeldung wurde explizit in Frage gestellt, ob diese Einschränkung des Rechtsschutzes zu einem Abbau der Belastung des Gerichts geführt habe<sup>95</sup>. Diese Kritik ist mit Blick auf weitere Rückmeldungen aus der Praxis im Auge zu behalten.

#### e) Legitimation

- 57 Die Legitimation zur Anfechtung eines Urteils durch die oder den Direktbetroffenen ist in der Regel rechtlich unproblematisch, mindestens wenn man von der Sonderproblematik sog. Willkürbeschwerden absieht<sup>96</sup>. Schwierigere Fragen des Rechtsschutzes wirft die Stellung von Personen mit einem weniger eindeutigen Bezug zur Streitsache auf, etwa Dritte im Verwaltungsverfahren oder die Geschädigten bei der Beschwerde in Strafsachen<sup>97</sup>. Dieser Bereich des Rechtsschutzes ist durch die gerichtliche Praxis geprägt.
- 58 Der Bundesgesetzgeber deutet eine gewisse Verschärfung der Drittlegitimation an, wenn er in Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG formuliert, dass nur zur Beschwerde berechtigt ist, wer durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass *besonders* berührt ist<sup>98</sup>. Kritik an dieser Verschärfung ist bisher nicht ersichtlich, doch dürften auch allfällige Auswirkungen im Zeitpunkt des Zwischenberichts noch nicht vollständig abschätzbar sein.

---

<sup>94</sup> Rohdatenpapier II, 2 ff. Vgl. zu den Änderungen Botschaft Bundesrechtspflege, 4237 ff. und 4276; BSK BGG-SCHOTT, Art. 97 N 25 ff.; KIESER, 458 ff.; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 97 N 7.

<sup>95</sup> Vgl. dazu Rohdatenpapier I, 3.

<sup>96</sup> Vgl. dazu sogleich Rz. 59.

<sup>97</sup> Vgl. NAY, 460 ff. Gestützt auf Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG sind Opfer (im Sinne von Art. 2 Abs. 1 des Opferhilfegesetzes) im Rahmen der Beschwerde in Strafsachen zur Anfechtung des Strafpunkts legitimiert. Obwohl nicht ausdrücklich im BGG erwähnt, sind sie zudem wie bisher zur Anfechtung im Zivilpunkt berechtigt (BSK BGG-THOMMEN, Art. 81 N 10 ff.). Aufgrund des offenen Gesetzeswortlauts von Art. 81 BGG (nicht abschliessende Aufzählung der zur Beschwerde legitimierten Personen) plädiert THOMMEN (BSG BGG, Art. 81 N 17) dafür, auch "einfache Geschädigte" zur Anfechtung sowohl – wie bisher – im Zivilpunkt als – neu – auch im Strafpunkt (nur Schuld-, nicht jedoch Bestrafungspunkt) zuzulassen, letzteres mit der Begründung, dass auch aus Sicht der einfachen Geschädigten der Straftat Auswirkung auf Zivilforderungen haben könne, an deren Erhaltung diese ein rechtlich geschütztes Interesse hätten. Das Bundesgericht verneint jedoch auch unter dem BGG die Legitimation des Geschädigten im Strafpunkt. Der Strafanspruch falle dem Staat zu, dem Geschädigten fehle entsprechend das erforderliche rechtlich geschützte Interesse (BGer, Urteil 6B\_466/2009 vom 29. Oktober 2009 E. 1.1, zur Publikation vorgesehen).

<sup>98</sup> Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4329; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 89 N 28 m.w.H.

59 Besondere Diskussion verdienen auch solche Verfassungsbeschwerden, bei welchen im Wesentlichen die Verletzung des Willkürverbots nach Art. 9 BV gerügt wird (Willkürbeschwerden). Diesbezüglich hat das Bundesgericht seine Praxis zum bisherigen Recht (Art. 88 OG) auch unter Geltung des Bundesgerichtsgesetzes (Art. 115 BGG) beibehalten. So lässt das Bundesgericht die Willkürbeschwerde weiterhin nur zu, wenn der Beschwerdeführer sich auf eine durch das Gesetz oder ein spezielles Grundrecht geschützte Rechtsposition berufen kann. Es verweist dabei auf die Gesetzesmaterialien, die Ziele der Revision sowie das Bestreben, Konkordanz zwischen den einzelnen Ausschlussgründen in Art. 83 BGG zu schaffen<sup>99</sup>. Die restriktive Legitimationspraxis des Bundesgerichts wurde von der Lehre unter Geltung des OG tendenziell kritisch beurteilt, dies gilt nun auch in Bezug auf die Aufrechterhaltung dieser Rechtsprechung bei der Verfassungsbeschwerde. Einige Lehrmeinungen verlangen vom Bundesgericht, dass es das Recht zur Willkürbeschwerde für die Verfassungsbeschwerde vorbehaltlos anerkennt<sup>100</sup>. Weitere bisher kritisch eingestellte Autorinnen und Autoren äussern sich nunmehr neutral zur Legitimationsproblematik<sup>101</sup>. Sodann finden sich auch verschiedene Lehrmeinungen, welche die Beibehaltung der Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich als (folge)richtig ansehen<sup>102</sup>.

Auch im Rahmen der ersten Rückmeldungen finden sich Stimmen, welche die bisherige Legitimationspraxis als unrichtig ansehen. Vor einer vertieften Betrachtung, die sich auch mit der Notwendigkeit höchstrichterlichen Rechtsschutzes in

---

<sup>99</sup> BGE 133 I 185 ff. m.w.H.

<sup>100</sup> Vgl. etwa EHRENZELLER, 107; ZIMMERLI, 299 ff., kritisch zur Beibehaltung der restriktiven Praxis sodann auch BSK BGG-BIAGGINI, Art. 115 N 13.

<sup>101</sup> Vgl. etwa CHRISTOPH AUER, Beschwerdebefugnis, 203 ff; KIENER/KUHN, 154.

<sup>102</sup> SCHWEIZER hält etwa fest, dass "das Bundesgericht im Bereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde seine restriktive Praxis von Willkürträgen (...) weiterführen" könne (Verfassungsbeschwerde, 242). Vgl. sodann SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 115 N 10 ff.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., Art. 115 N 2 f. Differenziert zur Legitimationspraxis des Bundesgerichts äussert sich BIAGGINI (BSK BGG, Art. 115 N 7 ff.). Er weist insbesondere auf die durch die Reform der Bundesrechtspflege geänderten Rahmenbedingungen hin. So habe etwa aufgrund des engeren Gegenstandsbereichs der Verfassungsbeschwerde im Vergleich zur staatsrechtlichen Beschwerde das Argument, wonach eine Lockerung der Legitimationspraxis zu einer grossen Mehrbelastung des Bundesgerichts führen würde, an Bedeutung verloren. Zusätzlich habe die unabhängig von der Reform der Bundesrechtspflege in verschiedenen Bereichen erfolgte Verrechtlichung zu einer Verkleinerung des Anwendungsfeldes der Willkürproblematik geführt. In denjenigen Bereichen, wo sie weiterhin besteht, finde gestützt auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) mindestens einmal eine gerichtliche Beurteilung mit voller Kognition statt. Trotzdem blieben Fälle, in denen sich eine Ausdehnung der Legitimationsbefugnis aufdränge. Zusammenfassend ist eine Lockerung der Legitimationsbefugnis aus Sicht von BIAGGINI zwar rechtsstaatlich wünschenswert, jedoch aufgrund der Entstehungsgeschichte von Art. 115 lit. b BGG nicht zwingend geboten.

Willkürfragen zu befassen haben wird, gilt es weitere Rückmeldungen aus der Praxis abzuwarten. Insgesamt wird die Frage in Gerichten und Anwaltschaft nicht mehr in der Heftigkeit geführt, wie sie aufgrund der Auseinandersetzung in Lehre und Praxis zu erwarten gewesen wäre<sup>103</sup>. Eine Analyse des Willkürverbots bedarf weiterer Überlegungen, etwa zur Rügepraxis.

#### **f) Rüge- und Begründungspflichten**

- 60 Eine formelle Voraussetzung der Beschäftigung eines Gerichts mit einer bestimmten Streitsache sind die Anforderungen an die Rügen und an die Begründung einer Beschwerdeschrift. Die entsprechenden Erfordernisse basieren schwergewichtig auf der Praxis der Gerichte<sup>104</sup>. In Zivil- und Strafsachen wird eine gewisse Qualität der Beschwerdeschrift dadurch angestrebt, dass zur Vertretung vor Bundesgericht nur zugelassene Anwältinnen und Anwälte befugt sind<sup>105</sup>.
- 61 Der bundesgerichtlichen Praxis ist teilweise vorgeworfen worden, sie behindere durch ihre Strenge einen effektiven Rechtsschutz<sup>106</sup>. Die Kritik betrifft insbesondere die Rügepraxis bei der Verletzung von Grundrechten (Art. 106 Abs. 2 BGG)<sup>107</sup>. In ersten Rückmeldungen aus den Gerichten lässt sich diese Kritik erwartungsgemäss weniger belegen als in den Stellungnahmen aus der Advokatur.

#### **g) Verfahrensdauer**

- 62 Die zulässige Länge eines Verfahrens ergibt sich einerseits aus den verfassungsrechtlichen Garantien, andererseits aus einfachgesetzlichen Vorschriften für bestimmte Verfahren<sup>108</sup>. Zur Priorisierung gewisser Streitigkeiten sowie aus gerichtsorganisatorischen Überlegungen muss der Gerichtsinstanz ein gewisser Spielraum bei der Verfahrensführung zukommen – wobei natürlich nicht überse-

---

<sup>103</sup> Teilweise wird aus der Anwaltschaft die Figur der Willkür insgesamt kritisiert, welche dem entscheidenden Gericht einen zu grossen Spielraum eröffne. Pointiert wird in einer Stellungnahme "le 'trou noir' de l'arbitraire" als Rechtsschutzlücke bezeichnet (Rohdatenpapier II, 4).

<sup>104</sup> Art. 42 f. BGG; Art. 52 f. VwVG.

<sup>105</sup> Art. 40 BGG - was natürlich nicht ausschliesst, dass einerseits auch Anwältinnen und Anwälte in anderen Bereichen auftreten und andererseits auch Anwältinnen und Anwälte die entsprechenden Rüge- und Begründungspflichten nicht hinreichend erfüllen.

<sup>106</sup> NAY, 454 ff.

<sup>107</sup> NAY, 454 ff.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, BGG-Komm., Art. 106 N 2.

<sup>108</sup> UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 46a N 19 f.

hen werden sollte, dass die von den Parteien gestellten Anträge und eingereichten Rechtsschriften ihrerseits die Verfahrensdauer beeinflussen. Für die Betroffenen kann die Dauer eines Verfahrens von entscheidender Bedeutung sein.

- 63 Soweit ersichtlich findet sich kaum Kritik an der üblichen Verfahrensdauer vor den Bundesgerichten. Diskutiert wird, ob ein überlanger Instanzenzug zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes in zeitlicher Hinsicht führt<sup>109</sup>. In den ersten Erhebungen wird diese Problematik nur vereinzelt angesprochen<sup>110</sup>, doch gilt es auch diesbezüglich weitere Rückmeldungen aus der Praxis abzuwarten.

#### **h) Verfahrenskosten**

- 64 Die Verfahrenskosten bilden für die oder den Betroffenen vielfach ein erhebliches praktisches Hindernis, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Auf Bundesebene ist durch die Revision der Bundesrechtspflege die ordentliche Gerichtskostenpflicht tendenziell ausgeweitet worden. Dies gilt insbesondere im Bereich der politischen Rechte<sup>111</sup> und im Bereich des Sozialversicherungsrechts<sup>112</sup>.

- 65 Die Kostenpflicht wird allerdings gemildert durch die Garantie der unentgeltlichen Rechtspflege. Rechtsschutzlücken können auftreten, wenn die unentgeltliche Rechtspflege zu einschränkend gewährt wird oder Personen mangels erfüllter Voraussetzung nicht davon profitieren können. Während eine Prozessführung bei Kostenerlass für die oder den Betroffenen mit keinen oder nur geringen Risiken verbunden ist, kann ein verlorener Prozess für eine natürliche Person in mittelständischen Verhältnissen eine grosse wirtschaftliche Härte bedeuten und sie dementsprechend von der Verfolgung eines berechtigten Anspruchs abhalten. Ob die Kosten für die Rechtssuchenden ein Problem sind, werden die weiteren prak-

---

<sup>109</sup> Vgl. zu dieser Diskussion insbesondere SEILER, 165 ff.; NOLL, 565 ff.

<sup>110</sup> Vgl. Rohdatenpapier I, 2.

<sup>111</sup> Unter Vorbehalt der mutwilligen Prozessführung waren Beschwerden nach dem Bundesgesetz über die politischen Rechte nach bisherigem Recht unentgeltlich (Art. 86 BPR in der Fassung vom 17. Dezember 1976). Neu sind auch diese Prozesse gebührenpflichtig und unterstehen der ordentlichen Kostenregelung nach Art. 65 BGG (Art. 86 Abs. 2 BPR; vgl. auch BGE 133 I 141, 142).

<sup>112</sup> Unter der Geltung des OG war das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten über Sozialversicherungsleistungen unentgeltlich (Art. 134 OG). Gestützt auf Art. 65 Abs. 4 lit. a BGG werden neu auch bei diesen Streitigkeiten Gerichtsgebühren erhoben. Indem ein tiefer Kostenrahmen sowie eine streitwertunabhängige Festlegung der Kosten vorgesehen sind, soll sozialpolitischen Überlegungen weiterhin Rechnung getragen werden (so Botschaft Bundesrechtspflege, 4239 f. und 4305; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Günther, Art. 65 N 20; BSK BGG-GEISER, Art. 65 N 18, 20).

tischen Erhebungen zeigen. In ersten Rückmeldungen aus der Advokatur findet sich eine gewisse Kritik.

## 2. Begrenzungen in einzelnen Sachgebieten

### a) Innere und äussere Sicherheit

66 Gemäss Art. 83 lit. a BGG ist die Beschwerde gegen Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes sowie auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten unzulässig, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Zu denken ist bei einem solchen Anspruch insbesondere an Art. 6 EMRK<sup>113</sup>. Diese neu in den Wortlaut aufgenommene Gegen Ausnahme galt bereits unter altem Recht und wurde von der Praxis auch entsprechend angewendet<sup>114</sup>.

67 Erfasst von Art. 83 lit. a BGG sind eigentliche Regierungsakte (sog. "actes de gouvernement"), bei denen der zuständigen Behörde ein grosses Ermessen zukommt, über dessen Ausübung sie die alleinige Verantwortung tragen soll. Als Entscheide auf dem Gebiet der Landessicherheit im Sinne dieser Bestimmung gelten nur Entscheide, welche unmittelbar Sicherheitsanliegen verfolgen, etwa Anordnungen des Bundesrates gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV<sup>115</sup>. Der Begriff der auswärtigen Angelegenheiten ist restriktiv auszulegen, es genügt nicht jeglicher Auslandbezug, vielmehr sind nur Entscheide mit ausgeprägt politischem Charakter von der öffentlich-rechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Vgl. zur Gegen Ausnahme BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 29 ff.; LEBER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. 72 N 5 ff.; SCHEYLI, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 72 N 8 ff.; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 21. Garantiert das Völkerrecht einen entsprechenden Anspruch, ist bei Entscheiden von Bundesbehörden zunächst Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zu erheben, bevor man an das Bundesgericht gelangen kann (SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 21; ausführlich zum Verhältnis zwischen Art. 32 Abs. 1 lit. a VwVG und Art. 83 lit. a BGG auch BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 30). Ob dies auch für Anordnungen des Bundesrates gilt, oder ob diesfalls eine direkte Anfechtung beim Bundesgericht möglich ist, ist in der Lehre umstritten (SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 21, spricht sich für einen doppelten Instanzenzug aus; differenzierter BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 39 ff.)

<sup>114</sup> Vgl. etwa BGE 132 I 229, 237 f.

<sup>115</sup> BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 22 f.; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 16.

<sup>116</sup> Vgl. zum Ganzen BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 20 ff.; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 16 ff. Die Anwendbarkeit von Art. 83 lit. a BGG (bzw. Art. 100 Abs. 1 lit. a OG) wurde beispielsweise bejaht in BGer, Urteil 1A.157/2005 vom 6. Oktober 2005 E. 3.1; BGE 129 II 193, 197 f.; 121 II 248,

- 68 Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG nimmt die oben beschriebenen Entscheide auch von der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht aus. Entscheide von Bundesbehörden können letztinstanzlich mit Beschwerde an den Bundesrat weiter gezogen werden (Art. 72 lit. a VwVG)<sup>117</sup>. Gegen kantonale Entscheide i.S.v. Art. 83 lit. a BGG kann beim Bundesgericht Verfassungsbeschwerde erhoben werden<sup>118</sup>.
- 69 Die Rechtsschutzbegrenzung für Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit ist im Grundsatz unbestritten. Für die Begrenzung können Gesichtspunkte der Gewaltenteilung und mindestens teilweise der mangelnden Justiziabilität angeführt werden<sup>119</sup>. Auch in ersten Rückmeldungen aus den Gerichten und Advokatur werden Art. 83 lit. a BGG und Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG soweit ersichtlich nicht thematisiert. Immerhin ist an Rechtsschutzlücken insbesondere in drei Richtungen zu denken: Erstens besteht die Gefahr, dass der Bundesrat seine Befugnisse gemäss Art. 184 Abs. 3 BV, Art. 185 Abs. 3 BV und allfälligen weiteren Bestimmungen auf Gesetzesstufe extensiv wahrnimmt. Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der Finanzkrise, im Steuerstreit mit den USA sowie bei der Aktenvernichtung im Fall Tinner deuten mindestens in diese Richtung, doch ist es sicher zu früh für generalisierende Aussagen. Zweitens kann der Bundesrat mittels Erlass einer Verordnung den Rechtsschutz, insbesondere die Gegen Ausnahme eines völkerrechtlichen Anspruchs, beeinflussen<sup>120</sup>. Drittens können Verpflichtungen der Schweiz zur Umsetzung von UNO-Sanktionen Rechtsschutzmöglichkeiten praktisch ausschliessen<sup>121</sup>. Alle drei Be-

---

249 f.; 118 Ib 277, 279 f.; verneint in BGer, Urteil 2A.705/2004 vom 16. März 2005 E. 1.1; BGer, Urteil 2A.212/2000 vom 14. August 2000 E. 1a. Vgl. auch BGE 132 II 342, 345 E. 1.

<sup>117</sup> SCHEYLI, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 72 N 8 ff.

<sup>118</sup> SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 20. Im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit des Landes sind zwar überwiegend Bundesbehörden zuständig, allerdings sind insbesondere im Bereich der inneren Sicherheit auch kantonale Entscheide denkbar (vgl. SCHEYLI, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 73 N 5).

<sup>119</sup> Vgl. dazu oben Ziff. III. 2. b. und c.

<sup>120</sup> Vgl. dazu das unterschiedliche Vorgehen des Bundesrates im Falle der Guthaben Duvalier und Mobutu und die sich daraus ergebenden Konsequenzen (ausführlich GIROUD-ROTH/MOREILLON, 281 f.; vgl. auch CANDRIAN, 347 ff.) Zur Thematik der Einziehung und Rückführung illegal erworbener Vermögenswerte im Allgemeinen, jeweils mit Hinweisen auf die Fälle Duvalier und Mobutu, vgl. MARNIE ENGEWALD-DANNACHER, Aufarbeitung von Staatsunrecht in rechtsstaatlichen Grenzen? Zum Revisionsbedarf des Schweizerischen Einziehungsrechts im Hinblick auf Potentatengelder, AJP 2009 288 ff. und MARK PIETH, Die Herausgabe illegal erworbener Vermögenswerte an sog. "Failing States", in: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas, Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf 2007, 497 ff.

<sup>121</sup> Vgl. insbesondere BGE 133 II 450 ("Nada"), worin der Beschwerdeführer eine Überprüfung der seit über fünf Jahre dauernden Sperre seiner Vermögenswerte gestützt auf die UNO Resolutionen 1267 und 1333 bzw. der (lediglich deklaratorisch wirkenden) Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und

reiche hängen teilweise zusammen und überschneiden sich. Sie sind potentiell geeignet, Rechtsschutzlücken entstehen zu lassen und sind im Laufe der weiteren Untersuchung im Auge zu behalten.

## b) Asyl- und Ausländerrecht

- 70 Im Bereich des Ausländerrechts ist eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht in der Regel nur möglich, wenn das Bundesrecht<sup>122</sup> oder völkerrechtliche Bestimmungen<sup>123</sup> den Betroffenen einen *Anspruch auf Erteilung einer bestimmten Bewilligung* einräumen (Art. 83 lit. c BGG)<sup>124</sup>. Die erfolgreiche Ergreifung der an sich zulässigen Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide aus den Kantonen wird in den meisten Fällen am fehlenden rechtlich geschützten Interesse scheitern (Art. 115 lit. b BGG)<sup>125</sup>.

---

Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung "Al-Qaïda" oder den Taliban vom 2. Oktober 2000 (SR 946.203; Talibanverordnung) bzw. die Löschung seiner Person aus der Liste im Anhang zur Talibanverordnung verlangte. Das Bundesgericht bejahte einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung der Streitsache nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Mit Verweis auf die gestützt auf Art. 25 der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120) bestehende Verpflichtung der Schweiz zur Durchsetzung der fraglichen UNO Sanktionen (vorbehältlich einer Verletzung von *ius cogens*) sowie dem Vorrang der Charta gegenüber innerstaatlichem Recht als auch Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkünften musste es dem Beschwerdeführer die von diesem verlangte Streichung aus dem Anhang zur Talibanverordnung jedoch versagen. Diese Kompetenz komme allein dem Sanktionsausschuss der UNO zu. Immerhin habe die Schweiz den Beschwerdeführer beim Delisting-Verfahren vor dem Sanktionsausschuss zu unterstützen, auch wenn dadurch – wie das Bundesgericht selber einräumte – das Fehlen einer effektiven Beschwerdemöglichkeit nicht aufgewogen werden könne. Vgl. auch STEPHANIE EYMANN, Bemerkung zu BGE 1A\_45/2007, Embargomassnahmen – UNO-Sanktionen gegen die Taliban – Rechtsschutz, AJP 17 (2008), 244 ff. sowie DANIEL FRANK, UNO-Sanktionen gegen Terrorismus und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), in: Stephan Breitenmoseer et. al (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich 2007.

<sup>122</sup> Insbesondere Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV); Familiennachzug (Art. 42, Art. 43, Art. 48 und Art. 50 AuG); Regelung der Anwesenheit bei anerkannten Flüchtlingen (Art. 60 AsylG).

<sup>123</sup> Insbesondere Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK). Staatsangehörige von EU- oder EFTA-Ländern sowie deren Familienmitglieder geniessen gestützt auf das FZA bzw. das EFTA-Übereinkommen einen Anspruch auf Anwesenheit.

<sup>124</sup> Die Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung liegt regelmässig im Ermessen der zuständigen kantonalen Behörden (Art. 96 AuG). Gegen deren Entscheid steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit grundsätzlich nicht zur Verfügung (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG).

<sup>125</sup> BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 61; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 26; BGG 133 I 185. Der *Widerruf* einer einmal erteilten Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist nur bei Vorliegen der entsprechenden bundesrechtlichen Voraussetzungen zulässig und liegt nicht im Ermessen der Behörden. Es besteht ein Rechtsanspruch auf Beibehaltung der Bewilligung. Gegen den Widerruf einer Bewilligung kann folglich Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht erhoben werden (BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 62; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 30; ZÜND/ARQUINT HILL, Ausländerrecht, N 8.22).

- 71 Im Bereich der *Einreise*, die ebenfalls von der Anfechtung mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgenommen ist (Art. 83 lit. c Ziff. 1 BGG) besteht ein Sonderproblem<sup>126</sup>. Das FZA und das EFTA-Abkommen verlangen ein zweistufiges Beschwerdeverfahren, bei welchem die zweite Instanz zwingend ein Gericht sein muss (Art. 11 FZA und Art. 11 EFTA-Übereinkommen). Da gegen den erstinstanzlichen Entscheid des Bundesamtes für Migration lediglich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen steht, werden diese Anforderungen nicht erfüllt. Das Bundesgericht löst das Problem, indem es in diesen Fällen, in Abweichung vom Wortlaut von Art. 83 lit. c Ziff. 1 BGG, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dennoch zulässt<sup>127</sup>.
- 72 Im Bereich des *Asylrechts* schliesst Art. 83 lit. d BGG die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen alle Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Ziff. 1) sowie gegen kantonale Ermessensentscheide (Ziff. 2) aus. Eine Besonderheit besteht im Bereich der *Härtefallbewilligungen*, welche die Kantone gegenüber Asylsuchenden bereits vor Abschluss des Asylverfahrens erteilen können. Verweigert das Bundesamt für Migration die erforderliche Zustimmung, kann gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht geführt werden. Lehnt bereits der Kanton die Erteilung einer Härtefallbewilligung ab, besteht keine Anfechtungsmöglichkeit, da die Betroffenen gestützt auf die gesetzlichen Grundlagen nur im Verfahren vor dem Bundesamt über Parteistellung verfügen (Art. 14 Abs. 4 AsylG)<sup>128</sup>.
- 73 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl im Bereich des Ausländer- als auch des Asylrechts zahlreiche kantonale Entscheide vom Bundesgericht nicht oder nur sehr begrenzt beurteilt werden können. Gestützt auf die Rechtsweggarantie in Art. 29a BV sind die Kantone gehalten, für diese Fälle die Möglichkeit der Überprüfung durch ein unabhängiges kantonales Gericht, welches alle Sachverhalts- und Rechtsfragen voll überprüfen kann, vorzusehen<sup>129</sup>. Der Rechtsschutz für die Betroffenen müsste somit gewährleistet sein.

---

<sup>126</sup> Vgl. BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 56 ff.; UEBERSAX, Ausländerrecht, N 7.303.

<sup>127</sup> BGer, Urteil 2C\_375/2007 vom 8. November 2007 E. 2.

<sup>128</sup> BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 134. Vgl. die geplante Verkürzung der generellen Beschwerdefrist in Art. 108 Abs. 1 AsylG im Zusammenhang mit der Neuordnung des Nichteintretensverfahrens (Erläuterungsbericht des Bundes abrufbar auf [www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch)). Das Vernehmlassungsverfahren dauert noch bis zum 22. März 2010.

<sup>129</sup> Vgl. ZÜND/ARQUINT HILL, Ausländerrecht, N 8.104. Vgl. auch BGE 133 I 185, 196.

Es fällt allerdings auf, dass im Bereich des Asyl- und des Ausländerrechts häufig zum Mittel der *Aufsichtsbeschwerde* gegriffen wird, dies in erster Linie gegenüber Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts, über dessen Geschäftsführung dem Bundesgericht die Aufsicht zukommt (Art. 1 Abs. 2 BGG). Stellvertretend für solche Beschwerden ist ein Entscheid der Verwaltungskommission des Bundesgerichts vom 29. September 2009<sup>130</sup> anzuführen. Der Entscheid betraf die Asylgesuche zweier Cousins, deren Beschwerden vom Bundesverwaltungsgericht in einem Fall als "offensichtlich begründet" gutgeheissen, im anderen Fall als "offensichtlich unbegründet" abgewiesen wurden, obwohl Sachverhalts- und Rechtsfragen weitgehend identisch waren. Das Bundesgericht leistete der Aufsichtsanzeige keine Folge, da das Bundesverwaltungsgericht das Problem der Koordination inhaltlich zusammenhängender Entscheide in der Folge angegangen war. In seiner Rolle als Aufsichtsinstanz war es dem Bundesgericht verwehrt, einen Einzelfall auf seine inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen<sup>131</sup>. Der Entscheid des Bundesgerichts ist zur Publikation vorgesehen, was für eine Aufsichtsanzeige – der nota bene nicht einmal Folge geleistet wurde – mindestens ungewöhnlich erscheint.

Solche Fälle lösen mindestens ein gewisses Unbehagen aus. Es fällt auf, dass nicht nur aus der Advokatur, sondern auch aus den Gerichten Kritik an den Rechtsschutzbegrenzungen vor Bundesgericht geübt wird; eine Äusserung aus dem Bundesverwaltungsgericht betrifft explizit die Ausnahme im Asylbereich<sup>132</sup>. Weshalb in diesen Fällen Rechtsschutz durch das Bundesgericht notwendig sein soll, wird allerdings kaum diskutiert. Es ist zu erwarten, dass die Rückmeldungen der Betroffenen in diesem Punkt expliziter sein werden. Gleichzeitig ist schon jetzt festzuhalten, dass Ausdehnungen der Zuständigkeit des Bundesgerichts im Asyl- und Ausländerrecht zu erheblicher Mehrbelastung führen dürften<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Entscheid 12T\_1/2009 vom 29. September 2009. Vgl. als weiteres Beispiel für eine Aufsichtsanzeige an das Bundesgericht im Bereich des Asylrechts auch etwa den Entscheid 12T\_3/2007 vom 11. Dezember 2007.

<sup>131</sup> Entscheid 12T\_1/2009 vom 29. September 2009, E. 4.

<sup>132</sup> Rohdatenpapier I, 6.

<sup>133</sup> Zur Belastung der Gerichte im Asyl- und Ausländerbereich vgl. etwa den Geschäftsbericht der Eidgenössischen Gerichte für das Jahr 2008 (Das Bundesgericht erledigte total 7515 Fälle, 516 auf dem Gebiet des Bürger- und Ausländerrechts [28 ff.]; beim Bundesverwaltungsgericht stammten 6441 von insgesamt 8907 Entscheiden aus dem Bereich des Bürger-, Ausländer- und Asylrechts [90 f.]).

### c) Einbürgerung

74 Art. 83 lit. b BGG nimmt Entscheide über die ordentliche Einbürgerung von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aus. Gegenüber kantonalen oder kommunalen Einbürgerungsentscheiden ist somit lediglich die Verfassungsbeschwerde möglich. Im Vordergrund stehen die Rügen der Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV sowie die Verletzung von verfassungsmässigen Verfahrensrechten. Statuiert das kantonale Recht einen Anspruch auf Einbürgerung bei gegebenen Voraussetzungen, kann zusätzlich eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) sowie des Willkürverbots (Art. 9 BV) geltend gemacht werden<sup>134</sup>.

Für das Verfahren im Kanton bestimmt Art. 15 BÜG, dass dieses durch das kantonale Recht geregelt wird und vorsehen kann, dass ein Einbürgerungsgesuch den Stimmberechtigten an einer Gemeindeversammlung zum Entscheid vorgelegt wird. Die Ablehnung eines Einbürgerungsgesuches ist zu begründen (Art. 15a Abs. 1 BÜG). Sieht das kantonale Recht einen Entscheid durch die Stimmberechtigten vor, so können diese ein Einbürgerungsgesuch nur dann ablehnen, "wenn ein entsprechender Antrag gestellt und begründet wurde" (Art. 15a Abs. 2 BÜG). Eine Volksinitiative, welche "demokratische Einbürgerungen" verlangte<sup>135</sup>, wurde am 1. Juni 2008 vom Volk und Ständen verworfen<sup>136</sup>.

75 Weitere Entscheide der kantonalen Behörden werden nicht von Art. 83 lit. b BGG erfasst und sind folglich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht anfechtbar.

76 Verfügungen des Bundesamtes für Migration auf dem Gebiet des Bürgerrechts<sup>137</sup> können zunächst mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und sodann letztinstanzlich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden. Dies gilt – im Unterschied zum bisherigen

---

<sup>134</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1362.

<sup>135</sup> BBI 2006 8953.

<sup>136</sup> BBI 2008 6161.

<sup>137</sup> Einbürgerungsbewilligung (Art. 13 Abs. 1 BÜG); Wiedereinbürgerung (Art. 25 BÜG); erleichterte Einbürgerung (Art. 32 BÜG); Nichtigerklärung einer Einbürgerung (Art. 41 Abs. 1 BÜG); Entzug des Bürgerrechts (Art. 48 BÜG).

Recht (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. c OG) – insbesondere auch für Einbürgerungsbewilligungen<sup>138</sup>.

- 77 Insgesamt erscheint damit das frühere "Reservat staatlicher Willkür"<sup>139</sup> stark ausgetrocknet<sup>140</sup>, zumindest was den formalen Rechtsmittelweg betrifft. Ob in der Praxis allerdings nicht doch noch Probleme bestehen, bleibt im Rahmen weiterer Rückmeldungen aus der Praxis abzuwarten.

#### d) Prüfungswesen

- 78 Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen, namentlich auf den Gebieten der Schule, der Weiterbildung und der Berufsausübung, können nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 lit. t BGG). Bei diesen Entscheiden kommt den zuständigen Stellen regelmässig ein grosser Ermessensspielraum zu, weshalb sie sich für eine richterliche Überprüfung schlecht eignen<sup>141</sup>.

- 79 Erfasst werden sämtliche Fähigkeitsbewertungen, die auf einer Beurteilung der persönlichen Fähigkeiten des Bewerbers beruhen, wozu nach neuerer bundesgerichtlicher Praxis auch die geistigen und körperlichen Fähigkeiten zählen<sup>142</sup>. Der Ausschluss beschränkt sich auf das Prüfungsergebnis als solches. Sind dagegen die Zulassung zu einer Prüfung oder das Erfordernis einer Prüfung strittig, ist die Beschwerde zulässig<sup>143</sup>.

- 80 Gegen kantonale Prüfungsentscheide oder Fähigkeitsbewertungen steht grundsätzlich die Verfassungsbeschwerde offen. Entscheide der Bundesbehörden kön-

---

<sup>138</sup> BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 47; HARTMANN/MERZ, Ausländerrecht, N 12.92; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 N 23. HÄFELIN/HALLER/KELLER bezeichnen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über Einbürgerungsbewilligungen als letztinstanzlich (N 1359).

<sup>139</sup> Vgl. dazu nur GEORG MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür, 119 f.

<sup>140</sup> So üben etwa HARTMANN/MERZ grundsätzlich keine Kritik am gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittelweg im Einbürgerungswesen (Ausländerrecht, N 12.85 ff.), weisen jedoch auf die seit jeher kritische Einstellung der Lehre gegenüber der Legitimationspraxis des Bundesgerichts bei der ordentlichen Einbürgerung hin (Ausländerrecht, N 12.99 a.E.).

<sup>141</sup> BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 lit. t N 297; vgl. auch oben Ziff. III. 2. c.

<sup>142</sup> BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 lit. t N 296; BGer, Urteil 2C\_176/2007 vom 3. Mai 2007 E. 2. Unter altem Recht hatte das Bundesgericht bisweilen auch etwa Verfügungen über das Ergebnis von ärztlichen Untersuchungen überprüft (BGer, Urteil 2A.458/1995 vom 9. Juli 1996 E. 1a).

<sup>143</sup> BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 lit. t N 299; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 83 lit. t N 104.

nen mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Dieses auferlegt sich jedoch bei der Überprüfung der materiellen Beurteilung der Prüfungsleistungen regelmässig grosse Zurückhaltung und weicht nicht ohne Not von der Bewertung der erstinstanzlichen Prüfungsorgane ab. Begründet wird diese Zurückhaltung damit, dass die Rechtsmittelbehörde in der Regel weder alle notwendigen Faktoren für die Bewertung kennt, noch sich ein zuverlässiges Bild von der Gesamtheit der Leistungen des Beschwerdeführers sowie der anderen Prüfungskandidaten machen kann. Im Übrigen fehlen dem Gericht zumeist auch genügende Fachkenntnisse über das Spezialgebiet der Prüfung. Sind aber Auslegung oder Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel beim Prüfungsablauf gerügt, prüft das Bundesverwaltungsgericht diese Rügen mit voller Kognition<sup>144</sup>.

- 81 Der Rechtsschutz im Prüfungswesen erscheint damit in Bund und Kantonen sehr eingeschränkt. Soweit es nicht um die Zulassung zur Prüfung und um Verfahrensfehler geht, sind die Chancen von Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern als sehr gering einzustufen. Das Bundesgericht hat dazu in seiner früheren Rechtsprechung auch schon lakonisch festgehalten, dass staatsrechtlichen Beschwerden gegen Prüfungsentscheide regelmässig nur "geringe Erfolgsaussichten" zukämen<sup>145</sup>. In der Tat auferlegen sich Gerichte oft eine Zurückhaltung, die den Massstab einer Willkürprüfung teilweise unterschreitet<sup>146</sup>. Ob die richterliche Zurückhaltung mit Bezug auf Prüfungen, die je nach Ausgangslage für die oder den Betroffenen berufsentscheidend und damit von grosser persönlicher Tragweite sein können, wirklich durchwegs gerechtfertigt ist, wird im Lichte der Rückmeldungen der Betroffenen noch näher auszuleuchten sein. Thematisiert wird dieser Bereich soweit ersichtlich bisher kaum.

#### **e) Begnadigungen**

- 82 Durch Begnadigung können rechtskräftig auferlegte Strafen ganz oder teilweise erlassen oder in mildere Strafarten umgewandelt werden (Art. 383 StGB). Das

---

<sup>144</sup> BVGer, Urteil B-6753/2008 vom 12. Februar 2009 E. 2.1; BVGer, Urteil B-2198/2006 vom 18. Mai 2007 E. 3. Vgl. auch BGE 131 I 467, 473; 121 I 225, 230; 118 Ia 488, 495 f.; 106 Ia 1, 2ff.

<sup>145</sup> BGer, Urteil 2P.82/2001 vom 12. Juni 2001 E. 4.

<sup>146</sup> Vgl. UHLMANN, Willkürverbot, 353 ff.

ursprüngliche Straferkenntnis behält dabei seine Gültigkeit, dessen Vollzug wird jedoch durch die Begnadigung aufgehoben<sup>147</sup>.

- 83 Art. 173 Abs. 1 lit. k i.V.m. Art. 157 Abs. 1 lit. c BV räumt der Vereinigten Bundesversammlung die Kompetenz ein, Begnadigungen auszusprechen. Die Zuständigkeit der Bundesversammlung ist dabei beschränkt auf Strafurteile, welche das Bundesstrafgericht oder eine Verwaltungsbehörde des Bundes gefällt haben (Art. 381 lit. a StGB). Bei Urteilen kantonaler Behörden ist eine kantonale Begnadigungsbehörde zuständig (Art. 381 lit. b StGB).
- 84 Beim Entscheid über eine Begnadigung kommt der verantwortlichen Behörde grosses Ermessen zu. Inwieweit der (ablehnende) Entscheid begründet werden muss, ist in der Praxis umstritten<sup>148</sup>. Das Bundesgericht verneint eine Begründungspflicht in ständiger Rechtsprechung<sup>149</sup>. Gerichtlicher Rechtsschutz ist kaum gegeben. In den bisherigen Rückmeldungen sind die Begnadigungen allerdings nicht thematisiert worden.

#### **f) Politische Rechte**

- 85 In drei Urteilen vom 1. Oktober 2009 hatte sich das Bundesgericht mit Beschwerden gegen die Abstimmung über die biometrischen Pässe zu befassen<sup>150</sup>. Die Vorlage war am 17. Mai 2009 sehr knapp angenommen worden<sup>151</sup>. Verschiedene Stimmberechtigte erhoben auf kantonalen Ebene Abstimmungsbeschwerden (Art. 77 Abs. 1 lit. b BPR), denen aber nicht Folge gegeben wurde. Das Bundesgericht trat mit Blick auf Art. 29a BV und Art. 34 BV auf eine Beschwerde ein, welche das knappe gesamtschweizerische Resultat beanstandete. In der Sache wies das Bundesgericht die Beschwerde ab; es sei Sache des Gesetzgebers, die

---

<sup>147</sup> BIAGGINI, Komm. BV, Art. 173, N 29; VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 127. Denkbar ist auch eine bedingte Begnadigung, die (vorerst) lediglich einen Aufschub des Vollzugs zur Folge hat (vgl. BGE 84 IV 139 ff.)

<sup>148</sup> Bejahend etwa BIAGGINI, Komm. BV, Art. 173, N 29; verneinend VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 127.

<sup>149</sup> BGer, Urteil 1P.468/2006 vom 28. Juli 2006 E. 2; BGer, Urteil 1P.240/2001 vom 18. Juni 2001 E. 3 m.w.H.

<sup>150</sup> Urteile 1C\_241/2009, 1C\_253/2009 und 1C\_275/2009.

<sup>151</sup> BBI 2009, 7539 ff.

Voraussetzungen einer Nachzählung festzulegen (mittels Umschreibung in Worten oder einer fixen Prozentzahl)<sup>152</sup>.

- 86 Es erscheint fraglich, ob heute hinreichender Rechtsschutz gegen gesamtschweizerische Abstimmungsunregelmässigkeiten besteht. Auch aus dem Bundesgericht ist der Rechtsweg an die Kantonsregierung als "untauglich" bezeichnet worden<sup>153</sup>. Die Problematik dürfte in der Praxis zwar nur selten auftauchen, dann aber von hoher Bedeutung sein. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil wohl zu Recht eine Rechtsschutzlücke ausgemacht und provisorisch gefüllt, den Ball aber letztlich dem Gesetzgeber zugespielt<sup>154</sup>.

### **3. Sonderprobleme**

#### **a) Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen**

- 87 Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die Auswirkungen der neuen Bundesgesetzgebung; die begrenzte Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen ist demgegenüber bereits im Verfassungsrecht angelegt<sup>155</sup>. Die Frage ist in Politik und Wissenschaft ausführlich diskutiert worden.

---

<sup>152</sup> Vgl. BGer, Urteil 1C\_275/2009 vom 1. Oktober 2009 E. 2.7.

<sup>153</sup> Rohdatenpapier I, 3.

<sup>154</sup> Im Urteil 1C\_275/2009 vom 1. Oktober 2009 hat das Bundesgericht zunächst festgestellt, dass für die Frage der Nachzählung auf das eidgenössische Gesamtergebn abzustellen sei. Unabhängig von den Abstimmungsergebnissen in den einzelnen Kantonen wäre jedoch unter gegebenen Voraussetzungen in sämtlichen Kantonen eine Nachzählung notwendig (E. 2.5.1). Die gesetzlich vorgesehene Abstimmungsbeschwerde an die Kantonsregierung stelle hierzu jedoch keinen tauglichen Rechtsbehelf dar, da jede Kantonsregierung gestützt auf das Territorialitätsprinzip nur für ihr eigenes Kantonsgebiet eine Nachzählung anordnen könne. Weil das Bundesgesetz über die politischen Rechte keinen entsprechenden Beschwerdeweg vorsehe, sei eine Beschwerde unmittelbar gestützt auf Art. 29a BV i.V.m. Art. 34 BV zulässig (E. 2.5.2). Materiell beurteilte das Bundesgericht das eidgenössische Abstimmungsergebn nicht als derart knapp, dass sich die Anordnung einer Nachzählung aufdrängen würde (E. 2.6). Zuletzt appellierte es an den Bundesgesetzgeber, die bestehenden Rechtsschutzbestimmungen den verfassungsmässigen Anforderungen anzupassen (E.2.7).

<sup>155</sup> Zu diskutieren sind ggf. Rechtsschutzbegrenzungen, die sich nicht zwingend aus dem Verfassungsrecht ergeben, so etwa die Frage, inwieweit das Bundesgericht eine Verfassungsverletzung durch ein Bundesgesetz überhaupt feststellen kann und was etwa die Folgen einer solchen Feststellung sein könnten (vgl. dazu BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 13 ff.; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 3, 8 und 34 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, 128). Auch sind gewisse Folgerungen der Praxis aus Art. 190 BV nicht selbstverständlich. Dies gilt etwa für die "Massgeblichkeit" von Bundesratsverordnungen oder kantonaler Gesetze, welche durch eine nach Art. 190 BV massgebende Regelung "gedeckt" werden (vgl. dazu BGer, Urteil 2C\_62/2008 vom 25. September 2009 E. 3; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 12 a.E.; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 9 und 23). Von Relevanz ist auch die Prüfung von Bundesgesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere der EMRK (vgl. dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 1924 ff.; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 29 ff.).

88 Bemerkenswert ist immerhin, dass in den ersten Rückmeldungen aus den Gerichten Art. 190 BV zu den am häufigsten genannten Lücken zu zählen ist. Sollte sich diese Kritik in weiteren Befragungen bestätigen, ist unseres Erachtens die Frage des Ausbaus verfassungsgerichtlicher Prüfung zu thematisieren.

## **b) Verfassungsbeschwerde**

89 Die Verfassungsbeschwerde war im Entwurf des Bundesrates noch nicht vorgesehen. Sie ist erst durch die "Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz" erarbeitet worden<sup>156</sup>. Ihre Einfügung stand schwergewichtig im Zeichen der Kompensation befürchteter Rechtsschutzdefizite. Rechtsschutzdefizite wurden insbesondere durch das "Zusammenspiel von Zugangsbeschränkungen und Einheitsbeschwerde, verbunden mit der Abschaffung der staatsrechtlichen Beschwerde", erwartet<sup>157</sup>. Man befürchtete Einbussen im Bereich des Grundrechtsschutzes. Im Bereich des öffentlichen Rechts wurde besonders kritisiert, dass in den im Ausnahmekatalog erfassten Sachgebieten (Art. 78 E-BGG) bei letztinstanzlichen Entscheidungen einer kantonalen Behörde in Anwendung von kantonalem Recht durch den Wegfall der staatsrechtlichen Beschwerde keine eidgenössische Instanz die einheitliche Auslegung und Anwendung des Bundesverfassungsrechts (insbesondere verfassungsmässige Rechte) durch die Kantone mehr überprüfen könne<sup>158</sup>. Auch eine einheitliche Anwendung des Bundesverwaltungsrechts durch die kan-

---

<sup>156</sup> Die "Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz", bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern der Verwaltung, des Bundesgerichts und des EVG, wurde vom damaligen Vorsteher des EJPD eingesetzt, nachdem der vom Ständerat als Erstrat abgeänderte Entwurf des Bundesgerichtsgesetzes sowohl beim Bundesgericht, der nationalrätlichen Kommission als auch in der Lehre auf erhebliche Opposition gestossen war (Amtl. Bull. N vom 5.10.2004, 1577 ff.; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, Entstehungsgeschichte, N 67). Der Ständerat hatte für verschiedene Fälle bei Verletzung verfassungsmässiger Rechte eine Öffnung des Rechtswegs an das Bundesgericht vorgesehen, um zu verhindern, dass entsprechende kantonale Entscheide direkt an den EGMR weitergezogen werden müssen. Das Bundesgericht befürchtete eine – im Widerspruch zu den Reformzielen stehende – Verkomplizierung des Rechtsmittelsystems und Mehrbelastung des höchsten Gerichts. Die nationalrätliche Kommission und Teile der Lehre teilten seine Bedenken. Die vom EJPD als Reaktion darauf eingesetzte Arbeitsgruppe präsentierte innert weniger Wochen ihre Normvorschläge zur Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde. Diese wurden in der Folge sowohl vom National- als auch vom Ständerat praktisch unverändert ins Bundesgerichtsgesetz übernommen; ein Vernehmlassungsverfahren zu den entsprechenden Bestimmungen hatte nicht stattgefunden (vgl. BSK BGG-BIAGGINI, Art. 113 N 1 ff.; SEILER, in: Seiler/Von Werdt/Güngerich, Art. 113 N 1 ff.).

<sup>157</sup> RASELLI, Beschwerde, 5.

<sup>158</sup> Vgl. KOLLER/AUER, 471 f; WALDMANN, 754. Im Einzelnen wurden etwa die Gebiete der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse (Art. 78 Abs. 1 lit. f E-BGG), der Subventionen ohne Rechtsanspruch (Art. 78 Abs. 1 lit. j E-BGG), der Stundung und des Erlasses von Abgaben (Art. 78 Abs. 1 lit. l E-BGG) sowie der Prüfungsentscheide und Fähigkeitsbewertungen (Art. 78 Abs. 1 lit. q E-BGG) erwähnt.

tonalen Behörden könne das Bundesgericht nicht mehr sicherstellen<sup>159</sup>. Weiter wurde bemängelt, dass in verschiedenen Sachgebieten, in denen sich für die Betroffenen existenzielle Fragen stellen können, wie etwa im Asyl- bzw. Ausländerrecht<sup>160</sup>, selbst Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen sind<sup>161</sup>. RASELLI erachtete die Erhöhung der Streitwertgrenze bei vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten in Verbindung mit der streitwertunabhängigen Möglichkeit der Überprüfung von Grundsatzfragen als vertretbar (Art. 70 E-BGG)<sup>162</sup>. Die Zugangsbeschränkungen im Bereich der Bagatelldarstellungen (Art. 74 E-BGG) stufte er dagegen als problematisch ein<sup>163</sup>.

- 90 Prima vista dürften diese Rechtsschutzdefizite durch die Verfassungsbeschwerde beseitigt worden sein. Rechtsschutzbedenken wurden in ersten Rückmeldungen aus den Bundesgerichten gegenüber der Kontrolle von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts geäußert<sup>164</sup>. Für eine vollständige Beurteilung gilt es aber weitere Stellungnahmen aus der Praxis abzuwarten.

### **c) Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund**

- 91 Mit der Einrichtung des Bundesverwaltungsgerichts wurden die bisherigen eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen sowie das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren abgeschafft<sup>165</sup>. Durch die Einschaltung des Bundesverwaltungsgerichts sollte der Verfahrensgang nicht verlängert werden. Um die Situation der Rechtssuchenden nicht zu verschlechtern, wurde dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition, d.h. umfassende Prüfungsmöglichkeiten bezüglich

---

<sup>159</sup> KIENER/KUHN, 148. Differenzierter hierzu KOLLER/AUER, 470 f.

<sup>160</sup> Vgl. MOSIMANN, Fn. 11.

<sup>161</sup> RASELLI, Beschwerde, 5.

<sup>162</sup> RASELLI verwies jedoch immerhin auf die Unsicherheit bezüglich der künftigen bundesgerichtlichen Auslegung des Begriffs der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Beschwerde, 5).

<sup>163</sup> RASELLI, Beschwerde, 4 f.

<sup>164</sup> Vgl. oben Rz. 51 f.

<sup>165</sup> Es bestehen Ausnahmen, so etwa die UBI (vgl. Art. 93 Abs. 5 BV, Art. 82 ff. und 94 ff. RTVG; BESSON, Bundesverwaltungsgericht, 191 f.) oder das Beschwerdeverfahren im Bundespersonalrecht (vgl. Art. 35 Abs. 1 BPG i.V.m. Art. 110 BPV).

Rechtsslage, Sachverhalt und Angemessenheit der angefochtenen Verfügung, eingeräumt (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG)<sup>166</sup>.

- 92 In der Lehre sowie in ersten Rückmeldungen aus den Gerichten mehren sich Zweifel an der Richtigkeit dieser Entscheidung<sup>167</sup>. Bedenken bestehen insbesondere bezüglich der Effektivität des Rechtsschutzes, da dem Bundesverwaltungsgericht zwar volle Kognition zukommt, aber es diese "mangels Fachkenntnissen nicht ausübt bzw. nicht ausüben kann"<sup>168</sup>. Diese Kritik ist unseres Erachtens ernst zu nehmen und für die weiteren Untersuchungen im Auge zu behalten.

## V. FAZIT

- 93 Im Sinne einer ersten provisorischen Einschätzung lässt sich festhalten, dass die neue Bundesrechtspflege *keine eklatanten Rechtsschutzlücken* offen gelassen oder gar geschaffen hat. In Lehre, Rechtsprechung und ersten Rückmeldungen aus der Praxis finden sich keine Bereiche, die übereinstimmend und mit entsprechendem Nachdruck kritisiert werden. Dies deckt sich auch mit dem persönlichen Eindruck der Verfasser.
- 94 Nach Ansicht der Verfasser verdienen aber verschiedene Teilbereiche eine vertiefte Untersuchung. So erscheint etwa der Ersatz der verwaltungsinternen Kontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht nicht restlos geglückt<sup>169</sup>. Kritisiert werden auch die zentralen Bestimmungen von Streitwertgrenze und "Grundsatzfragen" sowie die Konzeption von Art. 83 BGG insgesamt. Im Auge zu behalten ist unseres Erachtens die Last durch Rüge- und Begründungspflichten, auch wenn diesbezüglich noch keine verlässlichen Aussagen gemacht werden können.

Überraschend deutlich ist in ersten Stellungnahmen die Kritik an Art. 190 BV ausgefallen. Auch wenn diese Rechtsschutzbegrenzung verfassungsrechtlich vorgegeben ist, erscheinen vertiefte Überlegungen zu Art. 190 BV im Lichte der neuen Bundesrechtspflege mindestens prüfenswert.

---

<sup>166</sup> Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4256; KNEUBÜHLER, 304 f., 314 ff.; KOLLER, Bundesrechtspflege, 73 f.; MARTI, Verwaltungsrechtspflege, 410.

<sup>167</sup> FELLER/MÜLLER, 442 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1740; MARTI, Verwaltungsrechtspflege, 410; GEORG MÜLLER, Verwaltungsgerichte, 344; MARKUS MÜLLER, Rechtsweggarantie, 179 ff., 190 f.

<sup>168</sup> Rohdatenpapier I, 6.

<sup>169</sup> Vgl. dazu oben Ziff. IV. III. c.

Mit Blick auf die einzelnen Sachbereiche fallen Bedenken im Asyl- und Ausländerbereich auf. Kritik findet sich auch im Sozialversicherungsrecht (Kognition). Vertiefte Betrachtung verdient unseres Erachtens der Bereich der inneren und äusseren Sicherheit, insbesondere im Zusammenhang mit den notrechtsähnlichen Interventionen. Eine punktuelle Lücke besteht schliesslich im Bereich gesamtschweizerischer Abstimmungen.