



ZfR

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)
Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 4

Evaluation der Bundesrechtspflege

Zusammenfassung Studie «Wirksamkeit
der neuen Bundesrechtspflege» und
«Studie Rechtsschutzlücken»



DIKE

Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR)

Felix Uhlmann (Hrsg.)

Band 4

Evaluation der Bundesrechtspflege

Zusammenfassung Studie «Wirksamkeit
der neuen Bundesrechtspflege» und
«Studie Rechtsschutzlücken»



Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2014
ISBN 978-3-03751-644-7

www.dike.ch

Vorwort

Der vorliegende vierte Band der Schriftenreihe des Zentrums für Rechtsetzungslehre (ZfR) enthält Gutachten und Materialien zur Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege. Die ausführlicheren Berichte und Zwischenberichte der Studie «Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege» von kpm Universität Bern/Interface/Universität Zürich sind auf der Website des EJPD abrufbar.

Die Verfasser der Studie «Rechtsschutzlücken» danken dem Team um das kpm der Universität Bern bestens für das Zuverfügungstellen ihrer Zusammenfassung, ebenso für die freundliche Aufbereitung der Rohdaten. Sie danken auch den Assistierenden Frau lic. iur. Simone Wälle-Bär, Frau lic. iur. Iris Binder, Herrn lic. iur. Florian Fleischmann, Frau MLaw Natassia Gili, Frau lic. iur. Regina Meier sowie Herrn Kollege Andreas Auer, der am Zwischenbericht aus dem Jahre 2010 mitgewirkt hat.

Ein Dank aller Verfasser geht schliesslich an die Mitarbeitenden des Bundesamtes für Justiz sowie an die Mitglieder der Begleitgruppe für die zahlreichen wertvollen Hinweise und Bemerkungen zu den Studien.

Der Bundesrat hat am 30. Oktober 2013 den Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation verabschiedet und sich mit den beiden Studien ausführlich beschäftigt (BBl 2013 9077 ff., vgl. Anhang I dieses Bandes). Auch das Bundesgericht hat sich in der Zwischenzeit geäussert (Anhang II). Das Projekt hat damit seinen Abschluss gefunden; die Verfasser freuen sich im Hinblick auf die aufgenommenen Anregungen auf einen weiteren fruchtbaren Austausch zwischen Lehre und Praxis.

Zürich, im Mai 2014

FELIX UHLMANN

Inhaltsübersicht

Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege 7 **Methodik, Ergebnisse und Folgerungen einer Evaluation**

Andreas Lienhard

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Bern

Stefan Rieder

Dr. rer. pol., Interface Politikstudien

Martin Killias

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Straf- und Strafprozessrecht unter Einschluss von Kriminologie

Christof Schwenkel

Dipl. Verw.-Wiss., Interface Politikstudien

Sophie Nunweiler

lic. phil. I

Andreas Müller

MLaw, Rechtsanwalt, Universität Bern

Rechtsschutzlücken 35

Giovanni Biaggini

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Zürich

Felix Uhlmann

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre, Universität Zürich

Anhang I 103

Bundesrat: Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege

Anhang II 141

Bundesgericht: Propositions de modification de la loi sur le Tribunal fédéral

Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege

Methodik, Ergebnisse und Folgerungen einer Evaluation

Andreas Lienhard/Stefan Rieder/Martin Killias/
Christof Schwenkel/Sophie Nunweiler/Andreas Müller

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	8
1.	Ausgangslage	8
2.	Zielsetzung, Gegenstand und Fragestellung	10
a)	Zielsetzung	11
b)	Gegenstand der Evaluation	11
c)	Zentrale Evaluationsfrage	12
3.	Evaluationsdesign	12
a)	Vergleichsebenen	12
b)	Methoden	12
c)	Evaluationsdesign	14
II.	Ergebnisse	14
1.	Vorbemerkung	14
2.	Zielerreichung der Revision der Bundesrechtspflege	15
a)	Ziel 1: Wurde das Bundesgericht aufgrund der neuen Bundesrechtspflege entlastet?	15
b)	Ziel 2: Hat sich der Rechtsschutz erhöht?	16
c)	Ziel 3: Wurden Verfahren und Rechtswege vereinfacht?	17
d)	Zielkonflikt zwischen der Entlastung des Bundesgerichts und dem Ausbau des Rechtsschutzes	18
3.	Auswirkungen der Reform auf die Urteile	19
4.	Gesamtwürdigung der Reform	21
III.	Anregungen	21
1.	Vorbemerkung	21
2.	Anregungen zur Regelung des Zugangs zum Bundesgericht	21
a)	Modifikation des Zugangs zum Bundesgericht im Allgemeinen	22
aa)	Unzulässigkeitserklärung	22
bb)	Einführung eines Anwaltszwangs	22
cc)	Summarische Prüfung	23
dd)	Streitwertgrenzen	23
b)	Prüfung von Alternativen zum Ausnahmekatalog gemäss Art. 83 BGG	23
c)	Ausschöpfung des Entlastungspotenzials des vereinfachten Verfahrens	24

d)	Einrichten Berufungsinstanz in Strafsachen	24
3.	Anregungen zur Organisation der eidgenössischen Gerichte	25
a)	Verwaltungskommissionen der eidgenössischen Gerichte stärken	25
b)	Koordinierte Personalrekrutierung der eidgenössischen Gerichte	26
4.	Anregungen zu einzelnen Verfahrensfragen	26
a)	Geschädigtenbeschwerde reflektieren	26
b)	Ausdehnung der Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerdeführung überprüfen	27
c)	Teilsatz bezüglich Aufwand in Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG reflektieren	27
d)	Kriterium des besonderen Berührtseins gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. b BGG definieren	27
e)	Rückweisungs- und Teilentscheide nicht als Zwischenentscheide qualifizieren	28
f)	Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen im Sozialversicherungsrecht ausführen	28
g)	Kognition im Bereich Militär- und Unfallversicherung anpassen	28
h)	Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit den Vorbringen der Parteien sowie Überdenken des Antragsprinzips im Sozialversicherungsrecht	28
i)	Vermehrt mündliche Beratungen durchführen	29
5.	Anregung zu Verfahren auf Stufe der Kantone	29
a)	Prüfung einer Änderung des Instanzenzugs der Kantone im Sozialversicherungsrecht	29
6.	Anregungen zu Aufsicht und Oberaufsicht	30
a)	Kriterien zur administrativen Aufsicht über die erstinstanzlichen eidgenössischen Gerichte überdenken	30
b)	Überprüfung der parlamentarischen Oberaufsicht	30
7.	Anregungen für weitere Abklärungen	31
a)	Zusätzliche Erhebungen im Zusammenhang mit Überlagerungseffekten	31
aa)	Einführung ZPO/StPO	31
bb)	Effizienzvorlage	31
cc)	Anstieg der Beschwerden	32
b)	Auswirkungen des doppelten Instanzenzugs	32
c)	Fortsetzung der Urteilsanalyse	32
d)	Analyse des Justizsystems der Schweiz	32
	Literatur	33

I. Einleitung

1. Ausgangslage

Anfang 2007 trat die Totalrevision der Bundesrechtspflege in Kraft. Die damit verbundenen Gesetzesänderungen betrafen die Organisation und das Verfahren des Bundesgerichts, die Veränderung der Anforderungen an die Vorinstan-

zen sowie Anpassungen der Rechtsmittel, die an das oberste Gericht führen.¹ Die Revision strebte drei Ziele an:

- Ziel 1: Wirksame und nachhaltige Entlastung des Bundesgerichts (Bundesgericht) und damit Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit.
- Ziel 2: Verbesserung des Rechtsschutzes in gewissen Bereichen.
- Ziel 3: Vereinfachung der Verfahren und Rechtswege.

In den Jahren 2009 bis 2012 wurde die Totalrevision der Bundesrechtspflege einer Evaluation unterzogen. Das Bundesamt für Justiz (BJ) hat eine Arbeitsgemeinschaft bestehend aus dem Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern, Interface Politikstudien Forschung Beratung und der Universität Zürich mit der Durchführung der Evaluation betraut.² Ferner hat das BJ eine Begleitgruppe zur Evaluation eingesetzt.³

Der vorliegende Beitrag gibt die Erkenntnisse des zusammenfassenden Schlussberichtes wieder, welcher im Jahr 2013 publiziert wurde.⁴ Dieser basiert auf den folgenden beiden ausführlichen Zwischenberichten:

¹ Am 1. Januar 2007 sind das Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110, das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG), SR 173.32, mehrere Parlamentsverordnungen über Richterstellen und Richterstatut, sowie Änderungen von rund 300 Erlassen in Kraft getreten. Für eine ausführliche Übersicht über die Reform der Bundesrechtspflege vgl. insbesondere die Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202.

² Die EvaluatorInnen haben ein Expertengremium gebildet, welches sie bei der Durchführung der Evaluation unterstützt hat. Dem Expertengremium gehörten folgende Personen an: Walter Kälin, Frédéric Varone, Ueli Kieser, Jolanta Kren Kostkiewicz, Miriam Lendfers, Peter Ludwig, Alexander Markus, Fabio Righetti.

³ Der Begleitgruppe gehörten folgende Personen an: Luzius Mader (Bundesamt für Justiz), Susanne Leuzinger-Näf (Bundesgericht, bis 2010), Gilbert Kolly (Bundesgericht), Paul Tschümperlin (Bundesgericht), Philippe Weissenberger (Bundesverwaltungsgericht, bis 2011), Elena Avenati-Carpani (Bundesverwaltungsgericht, bis 2011), Markus Metz (Bundesverwaltungsgericht, ab 2012), Michael Beusch (Bundesverwaltungsgericht, ab 2012), Daniel Kipfer Fasciati (Bundesstrafgericht), Patrick Guidon (Bundesstrafgericht, bis 2010), Klaus Schneider (Bundesstrafgericht, ab 2011) Ruth Herzog (Verwaltungsgericht Kanton Bern), Arnold Marti (Obergericht Kanton Schaffhausen), Regina Kiener (Universität Zürich), Thierry Tanquerel (Universität Genf).

⁴ LIENHARD ANDREAS/RIEDER STEFAN/KILLIAS MARTIN/SCHWENKEL CHRISTOF/NUNWEILER SOPHIE/MÜLLER ANDREAS, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Schlussbericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern/Zürich/Luzern 2013. (<<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/staat/evaluation/ber-kpm-interface-unizh-evalbundesrechtspflege-d.pdf>>).

- LIENHARD, ANDREAS; RIEDER, STEFAN; KILLIAS, MARTIN; SCHWENKEL, CHRISTOF; HARDEGGER, SOPHIE; ODERMATT, SIMON (2010): Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Zwischenbericht der Evaluationsphase I zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern/Zürich/Luzern.⁵
- LIENHARD, ANDREAS; RIEDER, STEFAN; KILLIAS, MARTIN; SCHWENKEL, CHRISTOF; NUNWEILER, SOPHIE; MÜLLER, ANDREAS (2012): Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Zwischenbericht II zuhanden des Bundesamtes für Justiz. Bern/Zürich/Luzern.⁶

Die beiden Dokumente äussern sich eingehend sowohl zum methodischen Vorgehen als auch zu den Ergebnissen. Die Resultate einer Urteilsanalyse sind in einem umfangreichen Anhang zum Zwischenbericht II dokumentiert.⁷

Die Ergebnisse der Evaluation bilden eine Grundlage für den Bericht des Bundesrats über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 31. Oktober 2013.⁸

Der vorliegende Beitrag gliedert sich in drei Teile: Nach der Einleitung mit Umschreibung von Zielsetzung, Gegenstand und Methodik (2.) werden die wichtigsten Ergebnisse der Evaluation zusammengefasst (3.). Anschliessend werden Anregungen für Optimierungen formuliert (4.).

2. Zielsetzung, Gegenstand und Fragestellung

Die Vorgehensweise bei der Durchführung der Evaluation lässt sich wie folgt beschreiben:

⁵ <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/staat/evaluation/ber-evalphase1-d.pdf>> (nachfolgend ZWB I).

⁶ <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/staat/evaluation/ber-evalphase2-d.pdf>> (nachfolgend ZWB II).

⁷ <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/staat/evaluation/ber-evalphase2-d-anhang-d.pdf>>.

⁸ Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBl 2013 9077 ff.; s. dazu auch TOPHINKE, Rz. 1 ff.

a) Zielsetzung

Die Evaluation bezweckte, die Erreichung der drei eingangs aufgeführten Ziele der Revision bis Ende 2011 zu überprüfen sowie allfällige Anregungen für Optimierungen zu formulieren.

b) Gegenstand der Evaluation

Im Rahmen der Untersuchung wurde die Revision in vier Gegenstände unterteilt, welche die Massnahmen der Revision und davon ausgelöste (potenzielle) Veränderungen beschreiben:

- *Organisatorische Veränderungen:* Der erste Gegenstand der Evaluation umfasst Veränderungen in der Organisation des Bundesgerichts, insbesondere die Zusammenführung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) in Luzern mit dem Bundesgericht in Lausanne. Ferner gehören die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts⁹, Anpassungen der Aufsicht und Oberaufsicht über die drei eidgenössischen Gerichte¹⁰ sowie Veränderungen in den Kantonen (z.B. Einführung des doppelten Instanzenzugs) dazu.
- *Veränderungen von Abläufen, Aufgaben und Rechtsmitteln:* Dieser zweite Gegenstand beinhaltet insbesondere die Einführung des doppelten Instanzenzugs beim Bund und den Kantonen, die Beschränkung der Kognition des Bundesgerichts im Sozialversicherungsrecht sowie die Schaffung der Einheitsbeschwerde.
- *Veränderung von Outputs:* Der dritte Gegenstand umfasst die Quantität und die Qualität der Rechtsprechung der eidgenössischen Gerichte. Es ging unter anderem darum, zu prüfen, wie sich die Belastung des Bundesgerichts entwickelt hat und ob aus den Daten ein Entlastungseffekt aufgrund der

⁹ Die sogenannte Effizienzvorlage, deren Ziel es war, das Strafverfolgungsinstrumentarium des Bundes an die neuen, international ausgerichteten Verbrechensformen (Wirtschaftskriminalität, kriminelle Organisationen, Terrorismus) anzupassen, war nicht Gegenstand der Evaluation. Vielmehr konzentriert sich die Untersuchung auf die Frage der Entlastung des Bundesgerichts durch die Schaffung des Bundesstrafgerichts sowie die Folgen des geänderten Instanzenzugs für diejenigen Strafsachen, die in die Gerichtsbarkeit des Bundes fallen.

¹⁰ Das Bundespatentgericht war nicht Gegenstand der Evaluation, da es seine Arbeit erst per 1. Januar 2012 aufnahm.

Revision zu erkennen ist. Weiter wurden qualitative Aspekte im Rahmen einer Analyse von Urteilen des Bundesgerichts untersucht.

- *Veränderungen bei den Zielgruppen:* Die Evaluation hat als vierten Gegenstand untersucht, ob und wie stark die Anwaltschaft, beschwerdeberechtigte Organisationen (hauptsächlich aus dem Sozial- und Umweltbereich) und Verwaltungsstellen des Bundes von den Änderungen infolge der Reform der Bundesrechtspflege berührt worden sind.

c) **Zentrale Evaluationsfrage**

Die zentrale *Fragestellung* der Evaluation lautet, ob die Revision im Kontext der vier Evaluationsgegenstände Veränderungen ausgelöst hat und ob diese in Übereinstimmung mit den drei Zielen der Reform stehen. Es wurde geprüft, ob und in welchem Masse die durch die Revision der Bundesrechtspflege ausgelösten Veränderungen zu einer Entlastung des Bundesgerichts, zur Verbesserung des Rechtsschutzes und zur Vereinfachung der Verfahren beigetragen haben.

3. **Evaluationsdesign**

Das Design ergibt sich aus der Wahl der Vergleichsebene und der Methode. Diese beiden Elemente werden nachfolgend beschrieben.

a) **Vergleichsebenen**

Es wurden zwei Arten von Vergleichen angestellt:

- *Soll-Ist-Vergleich:* Dieser besteht darin, die durch die Revision ausgelösten Veränderungen dahingehend zu prüfen, ob sie einen Beitrag zur Erreichung der drei Ziele der Revision geleistet haben.
- *Längsschnittvergleich:* Die Erhebungen wurden zu zwei Zeitpunkten (2009 und 2011) durchgeführt. Damit liess sich prüfen, ob die Veränderungen und deren Auswirkungen auf die Zielerreichung dauerhaft ausgefallen sind.

b) **Methoden**

Im Rahmen der beiden Vergleiche wurden fünf Methoden angewendet:

- *Auswertung von Dokumenten:* Ausgewertet wurden Unterlagen zur Revision der Bundesrechtspflege. Dazu gehören namentlich die Botschaft, einschlägige Gesetze, wissenschaftliche Publikationen sowie Jahresberichte und Unterlagen von eidgenössischen und kantonalen Gerichten.
- *Persönliche, qualitative Interviews:* In der ersten Phase der Evaluation im Jahr 2009 wurden insgesamt 33 qualitative Interviews geführt (mit RichterInnen, GerichtsschreiberInnen und Mitarbeitenden der drei eidgenössischen Gerichte, mit PräsidentInnen ausgewählter oberer kantonalen Gerichte, mit VertreterInnen der Bundesverwaltung, mit AnwältInnen). Im Jahr 2011 wurden weitere 20 Gespräche geführt, wobei versucht wurde, einen Gross- teil der Interviewten von 2009 ein zweites Mal zu befragen.
- *Quantitative Befragungen:* Es wurden elf quantitative Befragungen durchgeführt, an welchen insgesamt rund 1'000 Personen teilgenommen haben. Dabei konnten alle Mitarbeitenden der drei eidgenössischen Gerichte sowie AnwältInnen mit mehr als fünf Fällen vor dem Bundesgericht zu zwei Zeit- punkten (2009 und 2011) an einer Online-Befragung teilnehmen. Mitarbei- tende der oberen kantonalen Gerichte, Bundesverwaltungsstellen und Verantwortliche beschwerdeberechtigter Organisationen wurden nur 2009 befragt.
- *Analyse von Urteilen:* Es wurde eine qualitative Analyse von ausgewählten Urteilen des Bundesgerichts in den vier Bereichen Öffentliches Recht, Sozi- alversicherungsrecht, Strafrecht und Privatrecht durchgeführt. Für jeden dieser vier Bereiche wurden FachexpertInnen herangezogen, um Urteile des Bundesgerichts vor und nach der Reform zu analysieren.
- *Auswertung von Daten:* Es wurden Statistiken des Bundesgerichts für die Jah- re 2002 bis einschliesslich 2011 ausgewertet. Die Daten wurden zum einen den Jahresberichten der eidgenössischen Gerichte entnommen und zum anderen durch das Bundesgericht für die Evaluation zusammengestellt.

c) Evaluationsdesign

Das Evaluationsdesign lässt sich gesamthaft wie folgt darstellen:

Evaluationsdesign: Gegenstände, Vergleichsebenen und Methoden der Evaluation:

Gegenstände	Vergleichsebene	
	Soll-Ist-Vergleich	Längsschnittvergleich
Veränderungen Organisation	<ul style="list-style-type: none"> – Interviews – Mitarbeiterbefragungen bei Gerichten* 	<ul style="list-style-type: none"> – Interviews – Mitarbeiterbefragungen bei Gerichten*
Veränderungen Abläufe, Aufgaben und Rechtsmittel	<ul style="list-style-type: none"> – Interviews – Mitarbeiterbefragungen bei Gerichten* – Statistische Analyse 	<ul style="list-style-type: none"> – Interviews – Mitarbeiterbefragungen bei Gerichten* – Statistische Analyse
Veränderungen Outputs	<ul style="list-style-type: none"> – Urteilsanalyse 	<ul style="list-style-type: none"> – Urteilsanalyse – Statistische Analyse
Veränderungen bei Zielgruppen	<ul style="list-style-type: none"> – Befragungen Anwaltschaft – Befragung Bundesverwaltungsstellen und beschwerdeberechtigte Organisationen 	<ul style="list-style-type: none"> – Befragungen Anwaltschaft

Legende: * Befragt wurden die Mitarbeitenden am Bundesgericht, am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesstrafgericht, und zwar 2009 und 2011. Mitarbeitende an sieben kantonalen Gerichten wurden nur 2009 befragt.

II. Ergebnisse

1. Vorbemerkung

Bei der Darstellung der Ergebnisse wird zunächst auf die Zielerreichung der Revision eingegangen. Anschliessend werden die Auswirkungen der Revision auf die Qualität der Urteile des Bundesgerichts aufgezeigt. Die Darstellung der

Ergebnisse schliesst mit einer Gesamtwürdigung der Revision der Bundesrechtspflege.

2. Zielerreichung der Revision der Bundesrechtspflege

Die Reform der Bundesrechtspflege hat die einleitend aufgeführten drei Ziele verfolgt. Wie gut sind diese erreicht worden?

a) Ziel 1: Wurde das Bundesgericht aufgrund der neuen Bundesrechtspflege entlastet?

Die Antwort lautet grundsätzlich ja. Aufgrund der Analyse kann festgehalten werden, dass die folgenden Massnahmen eindeutig eine Entlastungswirkung entfaltet haben. Es sind dies die Reorganisation innerhalb des Bundesgerichts, die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts, die Schaffung des Bundesstrafgerichts, die Teilintegration des EVG, die erweiterte Möglichkeit zu Entscheiden im vereinfachten Verfahren, die Einschränkung der Kognition im Sozialversicherungsrecht, die Einführung der Kostenpflicht sowie die höhere Nichteintretensquote. Die empirischen Ergebnisse hinsichtlich dieser Massnahmen sind konsistent: Resultate aus Online-Befragungen, Urteilsanalyse, Statistiken und qualitativen Interviews bestätigen diesen Befund.¹¹

Eine Reihe von Massnahmen, die potenziell eine Entlastungswirkung beinhalten (Streitwertgrenzen, Anforderungen an die Vorinstanzen, Einheitsbeschwerde) haben indessen (bisher) keine Entlastungswirkung ausgelöst.

Die ermittelte Entlastungswirkung bedeutet nicht, dass alle RichterInnen respektive GerichtsschreiberInnen am Bundesgericht weniger belastet sind. Vielmehr ist auf zwei Aspekte hinzuweisen, wenn die Entlastungswirkung der Revision beurteilt werden soll:

- Zunächst zeigte namentlich die am Bundesgericht durchgeführte Online-Befragung von RichterInnen auf, dass sich ein Teil davon *nach wie vor zu stark belastet fühlt*. Zudem weicht die summative Beurteilung von RichterInnen am Bundesgericht von der Analyse einzelner Massnahmen und der statistischen Auswertung ab.

¹¹ ZWB II, S. 205.

- Ein Teil der RichterInnen am Bundesgericht fühlt sich *«falsch belastet»*: Sie kritisieren, dass sie sich zu stark mit formalen und zu wenig mit inhaltlichen Fragen auseinandersetzen können.

Die Erhebungen lassen den Schluss zu, dass die Revision der Bundesrechtspflege zwar einen Entlastungseffekt bewirkt hat, dass das Problem der starken Belastung des Bundesgerichts jedoch nicht gelöst ist. Die statistische Analyse lieferte dazu folgende Ergebnisse: Die Dauer der Verfahren ist zwar erstmals seit 2002 im Jahr 2007 zurückgegangen und die Belastung der BundesrichterInnen reduziert sich ab 2008 (gemessen an der Zahl der Fälle pro RichterIn). Der Rückgang ist allerdings nicht sehr gross und liegt unter der Zehnprozentgrenze. Die aktuellen Zahlen der Statistik für das Jahr 2012 zeigen überdies einen Anstieg der Beschwerden an das Bundesgericht.¹² Welches die Gründe dafür sind, muss im Rahmen dieser Evaluation offen bleiben, wurde doch die Empirie sowie die Untersuchung des damit verbundenen Kontextes im Jahr 2011 abgeschlossen.

Zu beachten ist ferner, dass bestimmte von der Revision unabhängige Entwicklungen die Entlastungswirkung der Revision überlagert und teilweise kompensiert haben. Dazu gehört die Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO) und der eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO). Zudem ist beispielsweise im Sozialversicherungsrecht eine beträchtliche *Zunahme der Rechtsstreitigkeiten* feststellbar, die eine exakte Bezifferung eines Entlastungseffekts erschwert.¹³ Ebenso führt die Wiedereinführung der Geschädigtenbeschwerde im Sinne von Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 Bundesgerichtsgesetz (BGG) durch die eidgenössische StPO dazu, dass zusätzliche Beteiligte – nämlich die Privatklägerschaft und nicht mehr nur Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes (OHG), wie vom Bundesgerichtsgesetz ursprünglich intendiert – zu einer Beschwerde legitimiert sind und aufgrund dessen jährlich eine beträchtliche Zahl zusätzlicher Beschwerden zu beurteilen sind.¹⁴

b) Ziel 2: Hat sich der Rechtsschutz erhöht?

Die Ergebnisse der Evaluation zu Ziel 2 fallen ambivalent aus. Es lässt sich ein Bündel von Massnahmen identifizieren, welches das Ziel unterstützt hat. Eben-

¹² Vgl. Auszug aus den Statistiken des Bundesgerichts für das Jahr 2012.

¹³ Vgl. dazu TANQUEREL/VARONE/BOLKENSTEYN/BYLAND, S. 149.

¹⁴ ZWB II, S. 205 f.

so sind Massnahmen zu erkennen, deren Auswirkungen den Zielen entgegen-gelaufen sind.¹⁵

Zunächst können wir festhalten, dass eine Reihe der untersuchten Massnahmen den Rechtsschutz stark oder wenigstens teilweise *erhöht* hat. Hierzu gehören (in der Reihenfolge ihrer Bedeutung) die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts, die Einheitsbeschwerde, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, die volle Kognition des Bundesverwaltungsgerichts, die Möglichkeit zur Prüfung von Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, die Neuregelung der Beschwerdefristen sowie die Schaffung von kantonalen gerichtlichen Vorinstanzen.

Vier Massnahmen der Revision haben den Rechtsschutz indessen gezielt *eingeschränkt*: Es sind dies (in der Reihenfolge ihrer Bedeutung) die Einschränkung der Kognition im Sozialversicherungsrecht, die Einführung der Kostenpflicht im Sozialversicherungsbereich, die Einführung der Streitwertgrenzen und die Möglichkeit zu Entscheiden im vereinfachten Verfahren.¹⁶

Trotz der gegensätzlichen Effekte der geschilderten Massnahmen kann die Revision der Bundesrechtspflege bezüglich Ziel 2 als erfolgreich bezeichnet werden: Das Vorgehen ist konsistent, der Ausbau des Rechtsschutzes an einigen Stellen und die Einschränkung an anderen Orten waren geplant und sind auch so umgesetzt worden.¹⁷

c) Ziel 3: Wurden Verfahren und Rechtswege vereinfacht?

Die Frage kann grundsätzlich bejaht werden. Die ermittelten Wirkungen sind im Vergleich zu den Zielen 1 und 2 aber deutlich weniger gross und die Ergebnisse insgesamt weniger konsistent. Positiv festzuhalten ist, dass von sechs Massnahmen im Rahmen der neuen Bundesrechtspflege eine positive Wirkung

¹⁵ ZWB II, S. 206.

¹⁶ Zur Thematik eigentlicher Rechtsschutzlücken s. UHLMANN FELIX/BIAGGINI GIOVANNI, Rechtsschutzlücken, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Schlussbericht, Zürich 2013. (<<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/staat/evaluation/ber-zfr-eval-bundesrechtspflege-d.pdf>>).

¹⁷ Ein aktuelles Beispiel dafür ist BGE 138 I 61 betreffend die Eidgenössische Volksabstimmung über die Unternehmenssteuerreform, anlässlich welchem das Bundesgericht klarstellt, dass aufgrund der Justizreform eidgenössische Stimmrechtsangelegenheiten neu mit Stimmrechtsbeschwerde beim Bundesgericht anhängig gemacht werden können.

ausgeht. Die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts und die Einheitsbeschwerde sind dabei nach Ansicht der befragten Mitarbeitenden der eidgenössischen Gerichte sowie der Anwaltschaft die wichtigsten Massnahmen.¹⁸

Drei Massnahmen haben keinen Effekt auf die Verfahren und den Rechtsweg. Es sind dies aber alles Massnahmen, von denen materiell auch kein grosser Effekt erwartet worden ist.

Die Entscheide im vereinfachten Verfahren sind nach Ansicht der Befragten an den eidgenössischen Gerichten eine Massnahme zur Vereinfachung von Verfahren und Rechtswegen. Die Anwaltschaft beurteilt dies anders. Wir vermuten, dass hier die negative Beurteilung im Hinblick auf den Rechtsschutz bestimmend war und daher die Entscheide im vereinfachten Verfahren von der Anwaltschaft insgesamt ambivalent bewertet worden sind. Ambivalent hinsichtlich Ziel 3 ist schliesslich auch die Schaffung des Bundesstrafgerichts zu beurteilen: Die Befragten an den eidgenössischen Gerichten gehen von einer Zunahme der Komplexität der Verfahren und Abläufe aus (z.B. bezüglich der internationalen Rechtshilfe, zumindest auf Kantonsebene).¹⁹ Umgekehrt sieht die Anwaltschaft durch die Einführung des Bundesstrafgerichts eine Vereinfachung des Verfahrens.²⁰

d) Zielkonflikt zwischen der Entlastung des Bundesgerichts und dem Ausbau des Rechtsschutzes

Die Revision der Bundesrechtspflege war von Anfang an mit einem Dilemma behaftet: Ein Ausbau des Rechtsschutzes ist nicht ohne Mehraufwand beim Bundesgericht zu haben (Zielkonflikt zwischen den Zielen 1 und 2).²¹ Dieses Dilemma ist auch durch die Revision der Bundesrechtspflege nicht gelöst worden und besteht weiterhin. Massnahmen, die sich negativ auf den Rechtsschutz auswirken, haben oft eine Entlastungswirkung. Allerdings geht diese Zielkonkurrenz nicht so weit, dass die Entlastung des Bundesgerichts vollständig mit einer Reduktion des Rechtsschutzes hätte «erkauft» werden müssen. Vielmehr ist es im Lichte der Evaluation gelungen, den Zielkonflikt durch die Schaffung

¹⁸ ZWB II, S. 206.

¹⁹ Vgl. dazu auch ZWB I, S. 81, 88–89, 154.

²⁰ ZWB II, S. 207.

²¹ Zum grundsätzlichen Konflikt zwischen Entlastung und Rechtsschutz s. im vorliegenden Zusammenhang auch UHLMANN/BIAGGINI, a.a.O., S. 32 f.

der erstinstanzlichen eidgenössischen Gerichte und der Einheitsbeschwerde deutlich zu entschärfen.²²

3. Auswirkungen der Reform auf die Urteile

Hat sich die Revision der Bundesrechtspflege auf die Urteile ausgewirkt? Die Evaluation hat zur Beantwortung dieser Frage eine Analyse von Urteilen des Bundesgerichts in den Bereichen Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht und Sozialversicherungsrecht vorgenommen. Im Zeitraum zwischen 2005 und 2010 wurden insgesamt 423 Urteile qualitativ und 805 Urteile quantitativ ausgewertet.

Die Evaluation zeigt, dass die Revision die Qualität der analysierten Urteile nur in geringem Ausmass verändert hat. Die redaktionelle Qualität der Urteile hat sich in zwei von vier untersuchten Rechtsgebieten geringfügig im Sinne der Revision entwickelt: Die Urteilslänge hat beim Sozialversicherungsrecht abgenommen und Eintretensfragen werden im Strafrecht eher kürzer behandelt. Insgesamt haben sich die Begründungsdichte und die Nachvollziehbarkeit der Urteile vor und nach der Reform indessen kaum verändert.

Allerdings ergibt die qualitative Analyse der Urteile des Bundesgerichts, dass im Vergleich zur Praxis vor Inkrafttreten des BGG kaum grosse beziehungsweise unerwartete Veränderungen beobachtet werden konnten. Die wichtigsten signifikanten Änderungen lassen sich in folgenden zwei Bereichen erkennen:







- Eine gewichtige Veränderung trat bei der Kognition bezüglich der Sachverhaltsüberprüfung ein, am deutlichsten beim Sozialversicherungsrecht, aber auch im Öffentlichen Recht.
- Weiter findet sich eine erhebliche Veränderung in Bezug auf Zwischen- und Endentscheide, indem Rückweisungsentscheide neu in der Regel als Zwischenentscheide eingestuft werden und indem auch die meisten Teilentscheide neu als Zwischenentscheide qualifiziert werden.

Darüber hinaus sind in zahlreichen Bereichen kleinere Veränderungen zu beobachten. Die untenstehende Tabelle fasst das Gesamtergebnis im Überblick zusammen:

²² ZWB II, S. 206.

Fragestellung	Rechtsgebiete			
	Öffentliches Recht	Sozialversicherungsrecht	Strafrecht	Privatrecht
Begründungsdichte (A01)				
Kognition (A02)				
Zwischen- und Endentscheid (A03)				
Begründungspflicht (A04)		-	-	-
Schützenswertes Interesse (A05)		-	-	-
Ausnahmekatalog (A06)		-	-	-
Eintretensfragen (A07)		-	-	-
Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (A08)		-	-	

Die in der obigen Tabelle zusammengestellten Ergebnisse lassen sich in sechs Gruppen einteilen:

	Grosse Veränderungen, im Sinne der Reform
	Grosse Veränderungen, nicht/eher nicht im Sinne der Reform
	Kleine Veränderungen, im Sinne der Reform
	Kleine Veränderungen, nicht/eher nicht im Sinne der Reform
	Keine Veränderungen, im Sinne der Reform
	Keine Veränderungen, nicht/eher nicht im Sinne der Reform

4. Gesamtwürdigung der Reform

Die Evaluation kommt insgesamt zu einem positiven Befund. Die untersuchten Massnahmen haben einen substanziellen Beitrag zur Erreichung der drei Ziele der Reform geleistet und das Erreichte ist angesichts des Handlungsspielraums als angemessen zu beurteilen. Der Längsschnittvergleich zeigt zudem, dass sich die positiven Effekte der Reform zwischen 2009 und 2011 verstärkt haben. Die Resultate basieren auf einer breiten empirischen Basis, verschiedenen methodischen Zugängen und dürfen als stabil bezeichnet werden. Insgesamt kann die Reform daher für sich in Anspruch nehmen, die ihr vom Gesetzgeber vorgegebenen Möglichkeiten umgesetzt und die beabsichtigten Effekte erzielt zu haben.

Trotz dieser positiven Gesamtbeurteilung wäre es aber insbesondere falsch, daraus zu folgern, dass die Entlastung des Bundesgerichts nachhaltig sichergestellt sei. Gerade auch zu diesem Bereich werden deshalb nachfolgend Anregungen für Optimierungen formuliert.

III. Anregungen

1. Vorbemerkung

In diesem Teil werden wesentliche im Rahmen der Evaluation gewonnene Anregungen zusammenfassend dargestellt. Sie wurden nach Themen gruppiert und entsprechend der Diskussion mit dem Expertengremium und der Begleitgruppe nach Prioritäten geordnet. Sie verstehen sich kumulativ, wobei Zielkonflikte teilweise unvermeidbar sind. Unmittelbare Bezüge zur Empirie sind mit Verweisen auf die Zwischenberichte gekennzeichnet. Einzelne Anregungen sind aus der Diskussion der Evaluationsergebnisse im Expertengremium entstanden und gehen partiell über die empirischen Befunde hinaus. Zudem sind auch erste Reflexionen aus den Sitzungen mit der Begleitgruppe des BJ eingeflossen.

2. Anregungen zur Regelung des Zugangs zum Bundesgericht

Die Evaluation hat in erster Linie deutlich gezeigt, dass die Belastung des Bundesgerichts auch in Zukunft eine zentrale Herausforderung darstellen wird. Es

werden in diesem Kontext vier Anregungen bezüglich des Zugangs zum Bundesgericht formuliert. Diese bedürfen eingehender Abklärungen unter Berücksichtigung von Erfahrungen und Vergleichen auch bei anderen Gerichten (z.B. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], deutsches Bundesverfassungsgericht).

a) **Modifikation des Zugangs zum Bundesgericht im Allgemeinen**

Die Evaluation hat ergeben, dass das Bundesgericht teilweise «falsch» belastet ist, es also zu viele unbedeutende Fälle zu beurteilen hat. Zudem macht die absolut steigende Fallzahl die Entlastungswirkung der Reform wieder zunichte.²³ So ist nach verschiedenen Wegen zu suchen, die Funktion des Bundesgerichts als höchste innerstaatliche Gerichtsinstanz zu optimieren. Folgende Möglichkeiten stehen zur Diskussion, um zu verhindern, dass insbesondere unbedeutende oder offensichtlich aussichtslose Fälle ans Bundesgericht gelangen:

aa) **Unzulässigkeitserklärung**

Das Bundesgericht würde mit diesem Instrument gewisse Beschwerden als unzulässig erklären. Dies wäre beispielsweise möglich bei offensichtlich nicht zulässigen Beschwerden, bei offensichtlich aussichtslosen Beschwerden, bei Beschwerden mit ungenügender Begründung oder etwa bei querulatorischen oder rechtsmissbräuchlichen Beschwerden.²⁴

bb) **Einführung eines Anwaltszwangs**

Dieser würde dazu führen, dass von Privatpersonen formulierte Beschwerden, welche von Form und Inhalt her offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben, nicht mehr zu behandeln wären, woraus ein Entlastungseffekt resultieren wür-

²³ ZWB I, S. 230.

²⁴ Dabei würde mit einem *generellen Hinweis auf die Aussichtslosigkeit* der Beschwerde diese ohne weitere Prüfung für unzulässig erklärt. Derartige Unzulässigkeitsentscheide erlauben es dem EGMR und dem UNO-Menschenrechtsausschuss, viele Fälle ohne grossen Arbeitsaufwand zu erledigen. Ein Entwurf für eine BGG-Bestimmung in diese Richtung wurde vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) 1997 erarbeitet: s. den Vorschlag des EJPD zum Vorprüfungsverfahren vom 5. September 1997; vgl. ZWB II, S. 208.

de.²⁵ Die diesbezüglichen Kostenfolgen im Kontext der unentgeltlichen Rechtspflege wären jedoch näher zu untersuchen. Überdies könnte geprüft werden, nur noch akkreditierte AnwältInnen zur Prozessführung vor Bundesgericht zuzulassen.

cc) Summarische Prüfung

Mit diesem Instrument würden eingehende Beschwerden in einem definierten Verfahren einer ersten summarischen Prüfung unterzogen, deren Ergebnis den Beschwerdeführenden mitgeteilt wird. So könnten Beschwerdeführende ein *prima vista* offensichtlich aussichtsloses Rechtsmittel zurückziehen, ohne erhebliche Mehrkosten und zusätzliche Geschäftslast zu verursachen.²⁶ Wird allerdings trotz negativem Entscheid an der Beschwerdeführung festgehalten, könnten ein unerwünschter Mehraufwand sowie Ausstandsproblematiken entstehen.²⁷

dd) Streitwertgrenzen

Eine weitere Möglichkeit zur Modifikation des Zugangs zum Bundesgericht bestünde in der *Anhebung der Streitwertgrenzen*. Diese ist insbesondere deshalb prüfenswert, weil von der derzeitigen Regelung kaum eine Entlastungswirkung ausgeht.²⁸

b) Prüfung von Alternativen zum Ausnahmekatalog gemäss Art. 83 BGG

Eine wichtige Zugangsschranke stellt zurzeit Art. 83 BGG (Ausnahmekatalog bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) dar.²⁹ Die Motion Janiak I schlug diesbezüglich Änderungen vor; diese wurden indessen vom

²⁵ ZWB II, S. 133; hier wurde insbesondere angeregt, eine Analyse der Nichteintretensentscheide durchzuführen, um zu prüfen, welche Bedeutung der Beizug eines Anwaltes oder einer Anwältin für den Erfolg einer Beschwerde haben kann.

²⁶ ZWB II, S. 133.

²⁷ Zur Anregung, das Entlastungspotential des vereinfachten Verfahrens noch mehr auszuschöpfen s. Anregung 2.c) hiernach.

²⁸ ZWB II, S. 205.

²⁹ ZWB II, S. 38 f., 183. Zur Kritik am Ausnahmekatalog s. auch UHLMANN FELIX/BIAGGINI GIOVANNI, in diesem Band, S. 59 ff.

Parlament abgelehnt.³⁰ Trotzdem soll an dieser Stelle erneut empfohlen werden, den Ausnahmekatalog zu hinterfragen. Es wird angeregt, anstatt eines Ausnahmekatalogs ein *Zulassungs- beziehungsweise Annahmeverfahren* zu prüfen, das sich am Mechanismus im Bereich der öffentlichen Beschaffungen (Art. 83 Bst. f. BGG), der internationalen Rechtshilfe (Art. 84 BGG) sowie der internationalen Amtshilfe in Steuersachen (Art. 84a BGG) orientiert und damit auf Fälle von grundsätzlicher Bedeutung beziehungsweise auf besonders bedeutende Fälle abstellt.³¹ Davon ausgenommen wären einzig Bereiche, die sich für eine gerichtliche Beurteilung nicht eignen (z.B. *actes de gouvernement*) und deswegen einem Gericht ohnehin nicht unterbreitet werden können.

Ein derartiger Mechanismus könnte über eine Anwendung bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hinaus für sämtliche Bereiche in Erwägung gezogen werden.

c) **Ausschöpfung des Entlastungspotenzials des vereinfachten Verfahrens**

Die Evaluation weist auf die (potenzielle) Entlastungswirkung respektive das zusätzliche Potenzial der Verfahren nach Art. 108 f. BGG hin: Während nach Art. 108 BGG ein einzelrichterlicher Nichteintretensentscheid im vereinfachten Verfahren ergeht, besteht gemäss Art. 109 BGG die Möglichkeit, auch materiell (gutheissend oder abweisend) mit einer summarischen Begründung zu entscheiden. Diese Instrumente haben bereits eine gewisse Entlastung des Bundesgerichts bewirken können.³² Das damit verbundene Entlastungspotenzial scheint indessen noch nicht vollständig ausgeschöpft zu sein, wobei transparente Kriterien wünschenswert sind.

d) **Einrichten Berufungsinstanz in Strafsachen**

Die Motion Janiak II hat zum Ziel, die Kognition des Bundesgerichts bei Beschwerden gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichts zu erweitern,³³ was – je nach Ausgestaltung – eine mehr oder weniger starke zusätzliche *Belastung* des Bundesgerichts auslösen würde. Die Motion ist ange-

³⁰ S. <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103054>.

³¹ ZWB II, S. 208.

³² ZWB II, S. 60.

³³ S. <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103138>.

nommen und überwiesen worden; die Vernehmlassungsfrist lief bis am 5. Dezember 2012. Dass die Motion umgesetzt wird, scheint damit realistisch.³⁴ In diesem Kontext wird angeregt, die Schaffung eines zweistufigen Gerichtsmodells im Bereich der Bundesstrafgerichtsbarkeit zu erwägen.³⁵ Vorgeschlagen wird eine *neu zu schaffende Appellationsinstanz*, welche Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichts mit voller Kognition prüft. Dabei wäre eine selbständige Behörde oder eine Angliederung an das Bundesstrafgericht resp. an das Bundesverwaltungsgericht denkbar.

3. Anregungen zur Organisation der eidgenössischen Gerichte

Die beiden Anregungen zur Organisation zielen auf eine stärkere Entlastung der RichterInnen und auf die Personalrekrutierung der eidgenössischen Gerichte ab.

a) Verwaltungskommissionen der eidgenössischen Gerichte stärken

Die Erfahrungen des Bundesgerichts mit der gestärkten *Verwaltungskommission* sind positiv.³⁶ Es wäre somit zu prüfen, ob die Verwaltungskommissionen der einzelnen eidgenössischen Gerichte mit zusätzlichen Kompetenzen zu versehen sind, um die RichterInnen noch stärker von Verwaltungsaufgaben zu entlasten. Dies wäre insbesondere beim Bundesverwaltungsgericht eine Entlastungsmöglichkeit, da sich die RichterInnen nach wie vor zu wenig durch die Verwaltungskommission entlastet fühlen.³⁷ Gleichzeitig ist aber auch darauf hinzuweisen, dass eine Ausweitung der Kompetenz der Verwaltungskommission durch einen Teil der Befragten eher kritisch beurteilt wird.³⁸

³⁴ ZWB II, S. 145: zumindest die Anwaltschaft wäre positiv eingestellt.

³⁵ S. in diesem Sinn auch die – abgelehnte – Motion 12.3341 «Zweite Berufungsinstanz in Bundesstrafsachen».

³⁶ ZWB II, S. 15.

³⁷ ZWB II, S. 19 f.

³⁸ S. auch die – abgelehnte – Motion 12.3708 «Strukturanalyse bei allen erstinstanzlichen Bundesgerichten»; weitere Erkenntnisse zu den Gerichtsleitungsorganen sind in den nächsten Jahren auch von dem durch den Schweizerischen Nationalfonds (SNF) geförderten Forschungsprojekt «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz» zu erwarten; vgl. dazu <<http://www.justizforschung.ch>>.

b) **Koordinierte Personalrekrutierung der eidgenössischen Gerichte**

Die zweite Anregung betrifft die *Personalrekrutierung* der eidgenössischen Gerichte. Die dezentralisierten Standorte des Bundesgerichts (Lausanne und Luzern), des Bundesstrafgerichts (Bellinzona), des Bundesverwaltungsgerichts (St. Gallen) und nun auch des Bundespatentgerichts (St. Gallen) machen in Zukunft eine besonders aktive Personalpolitik notwendig, um genügend auch sprachlich qualifiziertes Personal zu rekrutieren und dauerhaft halten zu können.³⁹ Das Bundesgericht könnte diesbezüglich allenfalls eine Koordinationsfunktion wahrnehmen (z.B. Stellenbörse).⁴⁰

In die angeregte Richtung gehen im Übrigen auch bereits die diesbezüglichen Kontakte unter den Generalsekretariaten der eidgenössischen Gerichte.

4. **Anregungen zu einzelnen Verfahrensfragen**

Die Evaluation formuliert im Folgenden neun Anregungen zu konkreten Verfahrensfragen.

a) **Geschädigtenbeschwerde reflektieren**

Die *Geschädigtenbeschwerde* im Strafrecht wurde auf den 1. Januar 2011 (neuer Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 BGG) mit dem Strafbehördenorganisationsgesetz wieder eingeführt. Sie war im Jahr 2000 abgeschafft worden, um das Bundesgericht zu entlasten.⁴¹ Diese Legitimationsregeln scheinen vor dem Hintergrund der jährlich beträchtlichen Zahl zusätzlicher Beschwerden erneut überlegenswert.⁴²

³⁹ ZWB I, S. 42, 53 f. und ZWB II, S. 23, 27.

⁴⁰ ZWB I, S. 208.

⁴¹ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 10. September 2008, BBl 2008 8182 f.

⁴² ZWB II, S. 205 sowie Anhang zum ZWB II, S. 143 f.

b) Ausdehnung der Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerdeführung überprüfen

In einem weiteren, damit zusammenhängenden Kontext wird angeregt, auf die *prozessuale Gleichheit* der Weiterzugsmöglichkeiten von Gemeinwesen vermehrt Rücksicht zu nehmen, etwa im Bereich des Öffentlichen Rechts:⁴³ Eventuell wäre es vor diesem Hintergrund sinnvoll, eine partielle Erweiterung der Legitimation des Gemeinwesens zu prüfen.⁴⁴

c) Teilsatz bezüglich Aufwand in Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG reflektieren

Es wird angeregt, bezüglich der *Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden* gemäss Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG den Teilsatz «und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen» zu streichen⁴⁵ – oder durch die Rechtsprechung sachgerecht zu konkretisieren. Dieses Kriterium erscheint derart unbestimmt, dass sowohl für die kantonalen Gerichte als auch für die Rechtsuchenden eine beträchtliche Unsicherheit bezüglich der selbständigen Anfechtbarkeit besteht.⁴⁶ Damit wäre wohl indessen eine Mehrbelastung des Bundesgerichts verbunden.

d) Kriterium des besonderen Berührtseins gemäss Art. 89 Abs. 1 Bst. b BGG definieren

Ähnliches gilt für das Kriterium des *besonderen Berührtseins* im Sinne von Art. 89 Abs. 1 Bst. b BGG: Der Wortlaut zeigt sich diesbezüglich nämlich enger als der entsprechende Artikel im OG vor der Reform, was die bundesrätliche Botschaft damit begründet hatte, dass die Praxis bei Drittbeschwerden teilweise zu grosszügig gewesen sei. Die neue Handhabung lässt indessen keine Verschärfung erkennen. Dies kann aber auch daran liegen, dass sich das Bundesgericht bereits vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes eine grössere Zurückhaltung auferlegte, der neue Wortlaut somit nur nachvollzog. Trotzdem scheint es sinnvoll, die genaue Handhabung noch einmal zu überdenken.⁴⁷

⁴³ ZWB II, S. 186.

⁴⁴ ZWB II, S. 187.

⁴⁵ ZWB II, S. 185.

⁴⁶ ZWB II, S. 168.

⁴⁷ ZWB II, S. 183.

e) Rückweisungs- und Teilentscheide nicht als Zwischenentscheide qualifizieren

Die Evaluation hat weiter gezeigt, dass gegenwärtig viele Rückweisungs- und Teilentscheide als Zwischenentscheide definiert werden. Daraus resultiert gemäss den Erkenntnissen der Evaluation eine Mehrbelastung für die betroffenen Parteien und insbesondere für die Kantone.⁴⁸ Es wird dementsprechend ange-regt, diese Praxis zu überdenken.

f) Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen im Sozialversicherungsrecht ausführen

Zudem ergeben sich aus der Evaluation insbesondere für das *Sozialversicherungsrecht* einige Anregungen: So ist teilweise die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen schwierig nachzuvollziehen.⁴⁹ Es wird angeregt, dies in der Praxis deutlicher zu formulieren, auch um zukünftigen Rechtsuchenden eine Vorstellung darüber zu ermöglichen, ob eine potenzielle Beschwerde Aussicht auf Erfolg haben könnte oder nicht. Angeregt wird ferner, vermehrt ausdrückliche Hinwei-se zur Kognition im betreffenden Fall zu formulieren.⁵⁰

g) Kognition im Bereich Militär- und Unfallversicherung anpassen

Die Evaluation empfiehlt zu prüfen, ob die neuen Kognitionsregelungen des Bundesgerichtsgesetzes auch auf die Bereiche *Militär- und Unfallversicherung* auszudehnen sind.⁵¹

h) Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit den Vorbringen der Parteien sowie Überdenken des Antragsprinzips im Sozialversicherungsrecht

Weiter wird angeregt, dass sich das Bundesgericht in den *schriftlichen Begründungen* deutlicher mit den Vorbringen der Parteien auseinandersetzen sollte. Dies steigert die Nachvollziehbarkeit, was mit der Zeit eine Entlastungswirkung zur Folge haben sollte. Hingegen scheint es fraglich, ob im Sozialversicherungsrecht

⁴⁸ ZWB II, S. 204.

⁴⁹ ZWB II, S. 182.

⁵⁰ ZWB II, S. 185.

⁵¹ ZWB II, S. 185.

– wo es fast immer um die Durchsetzung objektiven Rechts geht – dem *Antragsprinzip* weiterhin ein hoher Stellenwert beizumessen ist. Eine strikte Bindung des Bundesgerichts an die Anträge der Parteien erscheint insofern problematisch. De lege ferenda wäre somit prüfenswert, ob das Antragsprinzip im Sozialversicherungsrecht modifiziert angewendet werden sollte.⁵² Dies wäre indes im Gesamtkontext der Dispositionsmaxime zu reflektieren.

i) Vermehrt mündliche Beratungen durchführen

Die Auswertung der statistischen Daten zeigte auf, dass die Urteilsfindung des Bundesgerichts mittels schriftlichem Verfahren zunimmt, die Zahl der mündlichen Verhandlungen hingegen abnimmt.⁵³ Zur Sicherstellung der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung wird angeregt, in Zukunft wieder vermehrt mündliche Beratungen durchzuführen, um im direkten Austausch zwischen Richterin und Richter ein Urteil vertieft zu erörtern.⁵⁴

5. Anregung zu Verfahren auf Stufe der Kantone

Auf Stufe der Kantone erscheint folgende Anregung erwähnenswert:

a) Prüfung einer Änderung des Instanzenzugs der Kantone im Sozialversicherungsrecht

Die Revision der Bundesrechtspflege führte zur Einführung des doppelten Instanzenzugs auf Stufe der Kantone in den Bereichen Straf- und Zivilrecht.⁵⁵ Für das Sozialversicherungsrecht regelt Art. 57 ATSG hingegen ausdrücklich, dass zwingend nur eine *einzig kantonale Gerichtsinstanz* eingerichtet werden darf. Eine Besonderheit gilt nur in der beruflichen Vorsorge: Hier sind die Bestimmungen des ATSG nicht anwendbar und es bleibt den Kantonen überlassen, wie sie das kantonale Gerichtsverfahren ausgestalten. Die Kantone haben aber – soweit ersichtlich ausnahmslos – nur eine einzige kantonale Instanz eingerichtet.

⁵² ZWB II, S. 186.

⁵³ ZWB II, S. 117 ff.

⁵⁴ ZWB I, S. 242.

⁵⁵ Art. 75 und 80 BGG.

Das Expertengremium warf vor diesem Hintergrund die Frage auf, ob der *Instanzenzug* auf Stufe der Kantone im Bereich des Sozialversicherungsrechts, insbesondere aufgrund der Kognitionsbeschränkung des Bundesgerichts, überprüft werden müsste. Es wäre deshalb zu erwägen, im Bereich des Sozialversicherungsrechts einen *doppelten Instanzenzug* auf Stufe der Kantone vorzusehen.

6. Anregungen zu Aufsicht und Oberaufsicht

Zur Thematik der Oberaufsicht respektive Aufsicht werden folgende zwei Anregungen formuliert:

a) Kriterien zur administrativen Aufsicht über die erstinstanzlichen eidgenössischen Gerichte überdenken

Bei der *administrativen Aufsicht* des Bundesgerichts über die anderen eidgenössischen Gerichte ergaben sich teilweise Abgrenzungsprobleme zur parlamentarischen Oberaufsicht. Diese konnten zwar während der Dauer der Evaluation etwas entschärft werden.⁵⁶ Indessen besteht nach wie vor ein gewisser Handlungsbedarf.⁵⁷ Zu prüfen wäre beispielsweise, ob die Intensität der Berichterstattung der unteren eidgenössischen Gerichte an das Bundesgericht verringert werden sollte.

b) Überprüfung der parlamentarischen Oberaufsicht

Die Oberaufsicht der eidgenössischen Gerichte durch das Parlament ist gegenwärtig auf sieben Kommissionen verteilt. In dieser Hinsicht wird vorgeschlagen, die Kommissionsorganisation zu überprüfen und die Anzahl der für die Oberaufsicht zuständigen Parlamentskommissionen zu senken. Die verschiedenen Optimierungsvarianten könnten bis hin zu einer aus Mitgliedern des National- und Ständerats zusammengesetzten (gemischten) Justizkommission reichen.⁵⁸

⁵⁶ ZWB II, S. 31 sowie auch ZWB I, S. 244.

⁵⁷ Zur Kontroverse bezüglich der Beaufsichtigung der erstinstanzlichen Gerichte auf Bundesebene s. neustens TSCHÜMPERLIN/MEYER, Rz. 1 ff. und METZ, Rz. 1 ff.

⁵⁸ ZWB II, S. 33 und ZWB I, S. 61 ff.

7. Anregungen für weitere Abklärungen

Im grösseren Rahmen der Evaluation der Revision der Bundesrechtspflege bestehen einige Bereiche, in denen nähere Analysen zu zusätzlichen Erkenntnissen führen dürften. Die folgenden Anregungen beziehen sich dementsprechend auf weitere Untersuchungsgegenstände mit vertieftem Abklärungsbedarf.

a) **Zusätzliche Erhebungen im Zusammenhang mit Überlagerungseffekten**

Wie bei der Überprüfung der Zielerreichung angemerkt, besteht ein Zielkonflikt zwischen der Entlastung des Bundesgerichts und der Verbesserung des Rechtsschutzes. Es ist deshalb von Bedeutung, die *Entlastungswirkungen für das Bundesgericht* differenziert zu ergründen. Dazu gehört, sämtliche Faktoren – also auch diejenigen ausserhalb der Revision – zu berücksichtigen. Zudem ist auch die Frage einzubeziehen, wie sich die Belastung des Bundesgerichts heute präsentieren würde, wenn keine Revision stattgefunden hätte.⁵⁹ Mit zusätzlichen Erhebungen beziehungsweise Auswertungen – etwa zu Überlagerungseffekten – könnten derartige Fragen noch genauer beantwortet werden:

aa) **Einführung ZPO/StPO**

Die Entlastungswirkungen der Revision der Bundesrechtspflege beim Bundesgericht wurden und werden durch andere Effekte überlagert sowie positiv wie negativ beeinflusst. Von besonderer Bedeutung ist diesbezüglich die Einführung der eidgenössischen Straf- und Zivilprozessordnungen. Es ist davon auszugehen, dass gerade diese eine Auswirkung auf die Belastung des Bundesgerichts haben. Den betreffenden Effekten nachzugehen und die Wechselwirkungen mit der Revision der Bundesrechtspflege im Detail zu erläutern, würde sich aus Sicht der EvaluatorInnen lohnen.⁶⁰

bb) **Effizienzvorlage**

Ähnlich wie die neue StPO/ZPO stellt die sogenannte Effizienzvorlage eine wichtige Reform im Justizsystem der Schweiz in den letzten zehn Jahren dar. Ziel der Effizienzvorlage war es, das Strafverfolgungsinstrumentarium des Bun-

⁵⁹ ZWB II, S. 206.

⁶⁰ ZWB II, S. 205.

des an die neuen, international ausgerichteten Verbrechensformen anzupassen. Wohl hat die Evaluation die Effekte der Effizienzvorlage auf die Belastung des Bundesgerichts untersucht. Die Wirkung der Effizienzvorlage selber war aber nicht Gegenstand der Evaluation.⁶¹ Eine vertiefte Untersuchung in diesem Bereich würde einen Mehrwert generieren.

cc) Anstieg der Beschwerden

Zudem wird angeregt, die Gründe für den Anstieg der Beschwerden an das Bundesgericht im Jahr 2012 im Gesamtkontext näher zu untersuchen.

b) Auswirkungen des doppelten Instanzenzugs

Die Evaluation regt zudem an, die Einführung des *doppelten Instanzenzugs auf Stufe der Kantone* weiter zu beobachten, da dieser gemäss den bisherigen Analysen kaum Auswirkungen gezeitigt hat. Es stellt sich etwa die Frage, ob Wirkungen überhaupt noch eintreten werden,⁶² und wie stark Effekte kantonaler Justizreformen die Wirkungen der Revision der Bundesrechtspflege überlagert haben.⁶³

c) Fortsetzung der Urteilsanalyse

Es wird weiter vorgeschlagen, die *Urteilsanalyse* fortzusetzen, insbesondere hinsichtlich von Veränderungen aufgrund der Evaluation.

d) Analyse des Justizsystems der Schweiz

Schliesslich wird zur Diskussion gestellt, über die Bundesrechtspflege hinaus das gesamte Justizsystem der Schweiz im Sinne der drei zentralen Zielsetzungen der Reform der Bundesrechtspflege⁶⁴ zu untersuchen, betreffen diese doch auch die kantonale Gerichtsbarkeit.

⁶¹ ZWB II, S. 8.

⁶² Wie zum Beispiel durch das Handelsgericht Zürich oder die geänderte Gerichtsorganisation im Kanton Waadt.

⁶³ Zu Überlagerungseffekten ZWB II, S. 200.

⁶⁴ Wirksame Entlastung und damit Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Justiz (Ziel 1), Verbesserung des Rechtsschutzes in gewissen Bereichen (Ziel 2) sowie Vereinfachung der Verfahren und Rechtswege (Ziel 3).

Literatur

- METZ MARKUS, Das Spannungsverhältnis zwischen Selbstverwaltung und Aufsicht – Gedankenplitter eines «Beaufsichtigten», in: «Justice-Justiz-Giustizia», 2012/3
- TANQUEREL THIERRY/VARONE FRÉDÉRIC/BOLKENSTEYN ARUN/BYLAND KARIN, Le contenu administratif judiciaire en Suisse: une analyse empirique, Zürich 2011
- TOPHINKE ESTHER, Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege, in: «Justice–Justiz–Giustizia», 2013/4
- TSCHÜMPERLIN PAUL/MEYER LORENZ, Die Aufsicht des Bundesgerichts, in: «Justice-Justiz-Giustizia», 2012/3

Rechtsschutzlücken

Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann

Inhaltsübersicht

I.	Rechtsschutz und Rechtsschutzlücken	36
1.	Rechtsschutz: Begriff und Grundlagen	36
a)	Allgemeine Begriffsumschreibung	36
b)	Verfassungsrechtliche Grundlagen	36
2.	Rechtsschutz: Elemente und Abgrenzungen	39
a)	Individueller Rechtsschutz	39
b)	Gerichtlicher Rechtsschutz	40
c)	Richterlicher und höchstrichterlicher Rechtsschutz	41
d)	Effektiver Rechtsschutz	44
3.	Rechtsschutzlücken und Rechtsschutzbegrenzungen	45
a)	Rechtsschutzlücken gemäss der Botschaft zur neuen Bundesrechtspflege	45
b)	Interdependenz zwischen Rechtsschutzanforderungen und Lücken	46
c)	Begrenzungen und Lücken	47
d)	Lücken als ungerechtfertigte Rechtsschutzbegrenzung	47
II.	Rechtsschutzbegrenzungen	48
1.	Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege	48
a)	Begriff und Übersicht	48
b)	Formale Begrenzungen	48
c)	Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen	49
d)	Praktische Begrenzungen	49
2.	Begründung von Rechtsschutzbegrenzungen	50
a)	Übersicht	50
b)	Gewaltenteilung und Föderalismus	50
c)	Justiziabilität und Praktikabilität	51
d)	Entlastung	52
e)	Banalität	52
III.	Beurteilung ausgewählter Rechtsschutzbegrenzungen	53
1.	Allgemeine Begrenzungen	53
a)	Beschwerdeobjekt: verfügbare Staatshandeln	53
b)	Beschwerdeobjekt: Zwischenverfügungen	55
c)	Streitwertgrenzen und Grundsatzfragen	57
d)	Ausschlusskatalog (Art. 83 BGG)	59
e)	Kognition und Prüfungsdichte	62
f)	Legitimation	64
g)	Rüge- und Begründungspflichten	67
h)	Verfahrensdauer	67
i)	Verfahrenskosten	68

2. Begrenzungen in einzelnen Sachgebieten	69
a) Innere und äussere Sicherheit	69
b) Asyl- und Ausländerrecht	74
c) Einbürgerung	78
d) Prüfungswesen	80
e) Begnadigungen	82
f) Politische Rechte	83
3. Sonderprobleme	85
a) Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen	85
b) Verfassungsbeschwerde	87
c) Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund	89
IV. Fazit und Empfehlungen	91
Literatur	93
Materialien	102

I. Rechtsschutz und Rechtsschutzlücken

1. Rechtsschutz: Begriff und Grundlagen

a) Allgemeine Begriffsbeschreibung

- ¹ Rechtsschutz ist eine notwendige Bedingung des Rechtsstaats¹. Recht und Rechtsschutz sind untrennbar miteinander verbunden², 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 Staat³. Rechtsschutz beantwortet die Frage, wie Recht gesprochen wird, Rechte durchgesetzt und Rechtsverstösse sanktioniert werden. Rechtsschutz bedeutet das *Verfahren zur Rechtsdurchsetzung* im weitesten Sinn⁴. In qualifizierter Form wird Rechtsschutz durch Gerichte gewährleistet⁵.

b) Verfassungsrechtliche Grundlagen

- ² Vor Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1999 prägte die verfassungsgerichtliche Praxis das rechtsstaatlich gebotene Verfahren. Das Bundesgericht

¹ Vgl. GRIFFEL, § 27 N 3; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 9.

² HANGARTNER, 131.

³ GRIFFEL, § 27 N 2.

⁴ Vgl. GRIFFEL, § 27 N 2; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 9.

⁵ Vgl. GRIFFEL, § 27 N 2. Siehe dazu auch unten Ziff. II. 2. b.

berief sich dabei schwergewichtig auf den (materiellen) Gleichheitssatz sowie auf internationale Verpflichtungen, namentlich Art. 6 EMRK⁶. Heute widmet die Bundesverfassung dem Verfahrensrecht erhebliche Aufmerksamkeit. Zu erwähnen ist an erster Stelle Art. 29a BV, welcher unter dem Titel «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), für 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 zueinander, insbesondere das Verhältnis von Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) zu den übrigen Verfahrensgarantien, kann vorliegend offen gelassen werden⁷. Klar ist, dass die Verfahrensbestimmungen in ihrer Gesamtheit möglicherweise individualrechtlich, mindestens aber konstitutiv-institutionell eine *Justizgewährleistungspflicht* beinhalten⁸. Diese Justizgewährleistungspflicht bildet den Kern rechtsstaatlich gebotenen Rechtsschutzes.

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)⁹. Bekräftigt wird in Art. 191c BV die Unabhängigkeit des Bundesgerichts, weiterer richterlicher Behörden des Bundes (Art. 191a BV) sowie der richterlichen Behörden der Kantone (Art. 191b BV)¹⁰. Eine Begrenzung richterlicher Zuständigkeit besteht für Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates; Ausnahmen bestimmt das Gesetz (Art. 189 Abs. 4 BV).

⁶ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien 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.

⁷ Vgl. dazu ausführlich SCHAUB, 1128 ff.

⁸ So zu Art. 29a BV das Bundesgericht im Urteil vom 7. Juni 2007 2P.112/2005 E. 3.2; zurückhaltender KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 6.

⁹ Vgl. dazu unten Rz. 13 ff., 28 f., 44 ff., 72 ff.

¹⁰ Zur Anwendbarkeit von Art. 191c BV – neben Art. 30 Abs. 1 BV – auf kantonale Behörden vgl. STEINMANN, St. Galler Kommentar zu Art. 191c BV, Rz. 2.

- 4 Neben der verfassungsrechtlichen Regelung sind die *völkerrechtlichen Gewährleistungen*, d.h. vor allem Art. 5 und 6 EMRK, Art. 13 EMRK sowie Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II, in den Hintergrund getreten¹¹. 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 Verfassungsrecht¹². Entsprechend haben die in der EMRK gewährleisteten Rechte eine gewisse prozessuale Bedeutung¹³.
- 5 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 den Kreis anfechtbarer Beschwerdeobjekte erweitert, um dem materiellen Grundrecht zum Durchbruch zu verhelfen¹⁴.
- 6 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass verschiedene neuere Kantonsverfassungen ebenfalls Verfahrensrechte und Justizgewährleistungsverpflichtungen festgeschrieben haben¹⁵.

¹¹ Zu diesen Bestimmungen vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 21, Rz. 1 ff., § 24, Rz. 2 ff. und 166 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.).

¹² Vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 32; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1654 f.; vgl. BGE 139 I 16, 29 (wonach «eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung regelmässig unanwendbar» bleibt); BGE 136 II 241, 255; BGE 128 IV 201, 205 f.; BGE 128 III 113, 116; BGE 125 II 417, 424 ff. (wonach im Konfliktfall «das Völkerrecht prinzipiell dem Landesrecht vor[geht], insbesondere wenn die völkerrechtliche Norm dem Schutz der Menschenrechte dient.») Unklar ist jedoch, inwieweit das Bundesgericht weiterhin an der Schubert-Praxis festhalten will oder nicht (HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1926 f.; BIAGGINI, Staatsrecht, § 9 N 34 f.; BGE 136 III 168, 172 f.).

¹³ Zur fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze vgl. auch unten Rz. 101 ff.

¹⁴ Vgl. unten Fn. 69.

¹⁵ 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).

2. Rechtsschutz: Elemente und Abgrenzungen

a) Individueller Rechtsschutz

Die stark individualrechtlich ausgerichtete Konzeption der Verfahrensgarantien der schweizerischen Bundesverfassung¹⁶ 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 Selbstzweck¹⁷. 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 Kantonen¹⁸. Im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive einerseits sowie Gerichten andererseits prägen Rechtsschutzzuständigkeiten die Gewaltenteilung resp. die Gewaltenhemmung zwischen legislativer, exekutiver und judikativer Gewalt¹⁹.

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 Rechtsschutzerwartungen und -funktionen.

Die weiteren staatsrechtlichen Zusammenhänge von Rechtsschutz sind für die vorliegende Untersuchung aber durchaus relevant. Insbesondere sind sie bei der *Begrenzung* des Individualrechtsschutzes²⁰ zu untersuchen. Sie beeinflussen auch die Auslegung und das Verständnis der Prozessgesetze. So finden sich im BGG beispielsweise verschiedene Streitwertgrenzen, welche den Rechtsschutz zwar begrenzen²¹, aber ihrerseits durch die Gegen Ausnahme der «Grundsatzfrage»

¹⁶ Das Verfahrensrecht allgemein ist auf Individualrechtsschutz ausgerichtet (vgl. KIE-
NER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 29: «Rechtsschutz [ist] auf das Individuum – und nicht die Allge-
meinheit – ausgerichtet.»)

¹⁷ GRIFFEL, § 27 N 3.

¹⁸ Zu Letzterem vgl. BIAGGINI, Bundesstaat, 191 ff.

¹⁹ Vgl. nur HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1418 f.

²⁰ Vgl. Rz. 25 ff.

²¹ Art. 74 und Art. 85 BGG.

(hier und im Folgenden kurz für: «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung») relativiert werden. Ein auf Individualrechtsschutz ausgerichtetes Verständnis der Bundesrechtspflege bejaht eine «Grundsatzfrage» primär bei elementaren Rechts- und Rechtsschutzverletzungen. Eine Betrachtungsweise, welche in erster Linie die Funktion des Bundesgerichts für eine einheitliche Rechtsprechung betont, nimmt demgegenüber eine Grundsatzfrage auch dort an, wo sich eine neue präjudiziell relevante Frage stellt oder untere Gerichte von der Rechtsprechung des Bundesgerichts bewusst abweichen²². 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.

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

- 11 Art. 29a BV ist auf *gerichtlichen* Rechtsschutz ausgerichtet, dies etwa im Gegensatz zu Art. 13 EMRK²³. Auch die Revision der Bundesrechtspflege befasste sich schwergewichtig mit dem gerichtlichen Rechtsschutz, wurden doch darin die Zuständigkeiten des *Bundesgerichts*, des *Bundesstrafgerichts* und des *Bundesverwaltungsgerichts* geregelt. Entsprechend konzentriert sich auch die vorliegende Untersuchung auf den gerichtlichen Rechtsschutz.

²² Vgl. zum Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung BEYELER; KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 15 ff.; REETZ, 30 f.; BSK BGG-RUDIN, Art. 74 N 31 ff. und Art. 85 N 24 ff.; VOCK, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, Art. 74 N 11 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1307 f.; ausführlich MÜNCH/LUCZAK, Bundesgericht, N 2.19 ff. und KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1474 ff.; vgl. als Anwendungsbeispiel BGE 138 I 143, 147; siehe auch unter Rz. 49.

²³ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a N 2; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 6; GRABENWARTER/PABEL, § 24, Rz. 173; BGE 130 I 388, 395.

Zu beachten ist immerhin, dass gerichtlicher Rechtsschutz und nichtgerichtlicher Rechtsschutz in einem engen Verhältnis stehen. So hat beispielsweise die weitgehende Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund Auswirkungen auf den gerichtlichen Rechtsschutz, namentlich auf den Bedarf an Sachverhalts- und Rechtskontrolle durch die Gerichte²⁴. Zudem ist zu erwähnen, dass in der Bundesrechtspflege Änderungen erfolgt sind, welche für den nichtgerichtlichen Rechtsschutz von Bedeutung sind. Zu nennen ist beispielsweise Art. 25a VwVG, welcher im Bundesverwaltungsrecht den Rechtsschutz gegen Realakte regelt²⁵.

12

c) Richterlicher und höchstrichterlicher Rechtsschutz

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 Rechtsschutzverfahren oder Rechtsschutz durch ein oberes oder höchstes Gericht ist unter Art. 29a BV nicht gefordert²⁶.

13

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 lassen²⁷.

Die Bestimmungen über den *höchstrichterlichen* Rechtsschutz auf Verfassungsebene finden sich in Art. 188 ff. BV²⁸. Sie sind mit gewissen Unsicherheiten behaftet.

14

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

²⁴ Vgl. zu dieser Problematik unten Rz. 51 ff.

²⁵ Vgl. zu dieser Bestimmung unten Rz. 41 ff.

²⁶ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a N 7 f.; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 15; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 202.

²⁷ 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.

²⁸ Vgl. oben Rz. 3.

Einschränkungsmöglichkeiten regeln. Mindestens für sich allein gelesen erscheint die Formulierung von Art. 191 Abs. 1 BV²⁹ 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 werden³⁰. 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»³¹. Andererseits wird von einer «grundsätzlichen *Garantie des Zugangs* zum Bundesgericht auf Verfassungsstufe» gesprochen³².

Die praktische Tragweite von Art. 191 BV lässt sich aufgrund dessen Entstehungsgeschichte³³ 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)³⁴; 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)³⁵.

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 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 kann³⁶. Für das Bundesgericht ist das

²⁹ «Das Gesetz gewährleistet den Zugang zum Bundesgericht.»

³⁰ Vgl. immerhin MÜLLER/SCHEFER, 907.

³¹ KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 9.

³² AESCHLIMANN, 398 (Hervorhebung nur hier).

³³ KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 1 ff.

³⁴ KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 12 ff.; vgl. auch Art. 74 und Art. 85 BGG.

³⁵ 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.

³⁶ Vgl. dazu ausführlich KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 22 ff.; unten Rz. 51 ff.

Verständnis von Art. 191 BV etwa ausschlaggebend bei der Auslegung des Begriffs der «Grundsatzfrage» gemäss BGG (insb. Art. 74, 83, 84a, 85 BGG).

Vorliegend werden Rechtsschutzlücken in erster Linie als Lücken im *Individualrechtsschutz* verstanden³⁷. Individualrechtsschutz wird schwergewichtig von unteren Gerichten gewährleistet; teilweise wird die Auffassung geäussert, dass ausreichender «Verfassungsschutz» ohne weiteres von oberen kantonalen Gerichten gewährleistet werden könne³⁸. 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 ableiten³⁹.

15

Dessen ungeachtet erfüllt aber auch das Bundesgericht im Bereich des individuellen Rechtsschutzes wichtige Funktionen⁴⁰. 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.

Weitergehend als die Rechtsprechung der unteren Gerichte dient die Rechtsprechung des Bundesgerichts den über den Einzelfall hinausgehenden Anlie-

³⁷ Vgl. oben Rz. 7 ff.

³⁸ Vgl. in diese Richtung KOLLER, Bundesrechtspflege, 79; MISIC, N 39 ff. insb. N 43; vgl. dazu auch KIENER/KUHN, 148.

³⁹ Vgl. oben Rz. 13.

⁴⁰ 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 7 f.) 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 (Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1929, in der neusten Auflage so nicht mehr ausgeführt) und BIAGGINI (Komm. BV, Art. 188 N 4) zählen den Schutz der Verfassung zu den Hauptaufgaben des Bundesgerichts. Sowohl in HÄFELIN/HALLER/KELLER (7. Aufl., N 1735, 1741 und 1744 f.) 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.

gen der Rechtssicherheit, der Rechtsfortbildung und der Vermeidung uneinheitlicher Auslegung und Anwendung des Bundesrechts⁴¹ – Anliegen, welche ihrerseits wiederum auf den individuellen Rechtsschutz zurückwirken, wenn etwa der Rechtsschutz in den Kantonen durch eine einheitliche Praxis des Bundesgerichts begünstigt wird⁴².

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. Wo das Bundesgericht nicht zuständig ist, muss reflektiert werden, ob der vorinstanzliche Rechtsschutz besonders geeignet oder ungeeignet erscheint.

d) Effektiver Rechtsschutz

- 16 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 beiträgt⁴³. Effektiver Rechtsschutz ist eine Forderung der Rechtsordnung; sie ist ein rechtliches Gebot⁴⁴. Effektiver Rechtsschutz wird teilweise gar als «Leitmotiv» von Art. 29a BV bezeichnet⁴⁵. Gewisse formale Sicherungen sind dazu in Art. 29, Art. 30, Art. 31 und Art. 32 BV angelegt.
- 17 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»⁴⁶. Effektiver

⁴¹ Vgl. vorstehend Fn. 40.

⁴² Nach RASELLI, Justizreform, 429, beinhaltet Rechtsschutz (generell) die Garantie, dass Bundesrecht einheitlich angewendet werde. Diese Aussage erscheint uns indessen mindestens diskutabel.

⁴³ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 200.

⁴⁴ Vgl. KÄLIN, 55; KISS, Rechtsweggarantie, 293; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 9; MARKUS MÜLLER, Rechtsweggarantie, 167; MÜLLER/SCHEFER, 909 und 915 f.; SCHAUB, 1128; TOPHINKE, 92, WALDMANN, 750 f.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 200.

⁴⁵ SCHAUB, 1128.

⁴⁶ 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,

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 lassen⁴⁷.

Dass auch in der Schweiz Rechtsschutz effektiv sein muss, ist unbestritten⁴⁸; der Begriff wird in allgemeiner Form aber wenig diskutiert. Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes ist jedoch wesentlich, weil es über Art. 29a BV insofern hinausgeht, als eine Rechtsmittelinstanz ihr Ungenügen nicht unter Hinweis auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz vor der Vorinstanz rechtfertigen kann. Effektiver Rechtsschutz muss durch erstinstanzliche Gerichte, obere Gerichte und das Bundesgericht gewährleistet werden.

Prozessgesetze können so ausgestaltet sein, dass Zweifel aufkommen, ob das Verfahren wirksamen Rechtsschutz bietet⁴⁹. Dies ist aber nicht nur eine Frage der rechtlichen Ausgestaltung, sondern auch eine Frage der Handhabung in der Praxis. 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 im Lichte der Rückmeldungen der Betroffenen untersucht werden. 18

3. Rechtsschutzlücken und Rechtsschutzbegrenzungen

a) Rechtsschutzlücken gemäss der Botschaft zur neuen Bundesrechtspflege

Der Begriff der Rechtsschutzlücke (oder auch des Rechtsschutzdefizits) wurde bereits in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Fe- 19

Grundgesetz, Art. 19 N 143 ff. Im Geltungsbereich der EMRK verlangt bereits Art. 13 eine wirksame Beschwerde, vgl. dazu etwa GRABENWARTER/PABEL, § 24, Rz. 166 ff., insb. 179 ff. Zum Begriff des wirksamen Rechtsschutzes in Art. 77 Abs. 1 KV ZH vgl. HÄNER, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Art. 77 N 1 ff. insb. N 7 f., wo verlangt wird, dass die im Verfahrensrecht vorgesehenen Rechtsmittel tatsächlich offen stehen, die Rechtsmittelinstanz unabhängig ist, ein faires Verfahren stattfindet und ein allfälliges Obsiegen der Beschwerdeführenden Folgen hat und nicht bloss Empfehlungen abgegeben werden.

⁴⁷ BVerfGE 96, 27 ff., 39.

⁴⁸ Vgl. oben Fn. 44.

⁴⁹ Vgl. unten Rz. 30 ff.

bruar 2001⁵⁰ 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* aus⁵¹. Lücken im Rechtsschutz ergaben sich nach Meinung des Bundesrates insbesondere mit Blick auf die Einführung der Rechtsweggarantie⁵². Unabhängige Gerichte fehlten aus Sicht des Bundesrates in Bereichen des Bundesverwaltungsrechts, in denen der Bundesrat⁵³ 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 beinhaltete⁵⁴. 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 auf die Entscheidung der eidgenössischen Räte nicht Bestandteil der neuen Bundesrechtspflege bilden⁵⁵.

- 20 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

- 21 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 erfüllt werden oder aus anderen Gründen gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Von einer Rechtsschutzlücke ist zu

⁵⁰ BBI 2001 4202 ff.

⁵¹ Botschaft Bundesrechtspflege, 4211 ff. Zur Belastung des Bundesgerichts nach der Reform vgl. AESCHLIMANN, 407 ff.

⁵² Botschaft Bundesrechtspflege, 4215 f.

⁵³ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 197.

⁵⁴ Botschaft Bundesrechtspflege, 4215.

⁵⁵ Botschaft Bundesrechtspflege, 4216; vgl. auch RHINOW, Bundesverfassung, 198 f. sowie RHINOW/SCHEFER, N 2867 ff.

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

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 Rechtsschutz*begrenzung* sachlich gerechtfertigt ist, liegt zwar eine *Begrenzung*, nicht aber eine *Lücke* vor. 22

Demgemäss führt der Weg zur Rechtsschutzlücke über die *Rechtsschutzbegrenzung*. Um Rechtsschutzlücken zu finden, müssen die Grenzen und *Begrenzungen* des Rechtsschutzes untersucht werden. 23

d) Lücken als ungerechtfertigte Rechtsschutz*begrenzung*

In der vorliegenden Arbeit wird es somit darum gehen, nach dem Abstecken der verfassungsrechtlichen Anforderungen (vorstehend Ziff. II. 2.) einzelne Rechtsschutz*begrenzungen* zu analysieren (nachfolgend Ziff. III. und IV.). Es wird zu untersuchen sein, wo Rechtsschutz*begrenzungen* in der neuen Bundesrechtspflege angelegt sind oder von der Praxis entwickelt werden⁵⁶ und wie sie gegebenenfalls zu rechtfertigen sind⁵⁷. Aufgezeigt werden soll, wo nach Meinung der Autoren Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, allenfalls für die Gerichte, besteht. 24

⁵⁶ Vgl. unten Rz. 25 ff., 41 ff.

⁵⁷ Vgl. unten Rz. 33 ff.

II. Rechtsschutzbegrenzungen

1. Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege

a) Begriff und Übersicht

- 25 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.
- 26 Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege lassen sich im Wesentlichen in drei Richtungen ausmachen: Zu untersuchen sind zunächst formale Begrenzungen, welche grundsätzlich mit den üblichen Eintretensvoraussetzungen zusammenfallen⁵⁸. Als zweite Kategorie sind Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen auszumachen, wo richterlicher oder höchstrichterlicher Rechtsschutz ausgeschlossen ist⁵⁹. Eine dritte Kategorie von Rechtsschutzbegrenzungen besteht aus praktischen Hürden, welche der oder dem Rechtssuchenden bei der Anrufung eines Gerichts im Wege stehen⁶⁰.

b) Formale Begrenzungen

- 27 Zu den formalen Begrenzungen zählen im Wesentlichen die *Prozessvoraussetzungen*. Die Prozessgesetze geben Auskunft darüber, wer unter welchen Voraussetzungen das Handeln einer anderen Person oder einer Behörde in bestimmten Verfahren prüfen kann oder wer welches Recht in welchem Verfahren gegen wen durchsetzen kann⁶¹. Prozessvoraussetzungen sind keine juristische Selbstverständlichkeit, sondern ein Entscheid über Wesen und Grenzen des Rechtsschutzes. So ist beispielsweise im öffentlichen Recht primär rechtsförmliches Handeln Gegenstand einer Rechtsmittelkontrolle; das faktische Handeln kann

⁵⁸ Vgl. unten Rz. 27.

⁵⁹ Vgl. unten Rz. 28 f.

⁶⁰ Vgl. unten Rz. 33 ff.

⁶¹ Vgl. ausführlich zu den Prozessvoraussetzungen RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1035 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1331 ff.

te bis zum Inkrafttreten von Art. 25a VwVG auf Bundesebene nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtlich geprüft werden.

c) Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen

Von erheblicher Bedeutung sind die Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen. Solche Begrenzungen sind bereits im Verfassungsrecht angelegt, wenn einerseits Art. 29a BV es Bund und Kantonen erlaubt, die Rechtsweggarantie «in Ausnahmefällen» einzuschränken (Begrenzung des richterlichen Rechtsschutzes)⁶². 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. 28

Zu den sachlichen 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. 29

d) Praktische Begrenzungen

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, 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*⁶³. 30

Praktische Begrenzungen sind teilweise bewusst vom Gesetzgeber in den Prozessgesetzen angelegt worden. So sieht etwa Art. 40 BGG vor, dass Parteien in Zivil- und Strafsachen vor Bundesgericht nur durch eine Rechtsanwältin oder 31

⁶² Vgl. dazu KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 205.

⁶³ Vgl. oben Rz. 16 ff.

einen Rechtsanwalt vertreten werden können (sog. Anwaltsmonopol)⁶⁴. Im Unterschied dazu besteht bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten keine Begrenzung der Vertretung. 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.

- 32 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

- 33 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 Instanz⁶⁵. Sie haben je nach Gericht (richterlicher oder höchstrichterlicher Schutz) und Verfahren unterschiedliche Bedeutung.

b) Gewaltenteilung und Föderalismus

- 34 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 ty-

⁶⁴ Vgl. BSK BGG-MERZ, Art. 40 N 5, 13 ff.

⁶⁵ 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.

pische Aufgabe eines Gerichts, umgekehrt definiert das richterliche Betätigungsfeld den zu erwartenden Rechtsschutz.

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 Verhältnis⁶⁶.

35

c) Justiziabilität und Praktikabilität

Gewisse Fragen werden als nur begrenzt «justizierbar» 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 entzogen⁶⁷, da hier eine richterliche Beurteilung letztlich kaum zu mehr Gerechtigkeit führen dürfte⁶⁸. In ähnlicher Weise erscheinen Prüfungsentscheide nur begrenzt justi-

36

⁶⁶ Zu Letzterem vgl. insbesondere BIAGGINI, Bundesstaat, 191 ff.; zur geplanten Ausweitung des Rechtsschutzes gegenüber Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung vgl. Bericht Gesamtergebnisse, 9105 f. (hinten S. 131 f.).

⁶⁷ Art. 32 Abs. 1 Bst. c VGG.

⁶⁸ 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 2003 S 865) als auch vom Nationalrat (AB 2004 N 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 2003 S 872). Ob aus der Schwierigkeit einer Nachprüfung ohne weiteres ein gänzlicher Verzicht auf Nachprüfung abzuleiten ist,

ziabel, weil sich bei mündlichen Prüfungen die konkrete Prüfungssituation vor Gericht kaum je realistisch rekonstruieren lässt⁶⁹.

- 37 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

- 38 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 beeinträchtigen⁷⁰. 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.
- 39 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 ermöglichen⁷¹.

e) Banalität

- 40 Die Begründung für eine Rechtsschutzbegrenzung kann auch sein, dass gewisse Streitigkeiten schlicht zu banal sind, als dass sie von einem Gericht beurteilt

erscheint mindestens diskutabel; eine Willkürkontrolle durch Gerichte wäre unseres Erachtens wenigstens zu erwägen gewesen.

⁶⁹ Vgl. nur BGE 106 Ia 1, 2 f.; unten Rz. 91 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu die Ausführungen zur Justizreform in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 488 f.).

⁷¹ Vgl. zum Zweck der Entlastung des Bundesgerichts Botschaft Bundesverfassung, 36, 77 f., 488 f. und 494 sowie Botschaft Bundesrechtspflege, 4214.

werden sollten. *Minima non curat praetor*⁷². 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 werden⁷³. In der Tat besteht die Gefahr, dass Ansehen und Glaubwürdigkeit einer Rechtsmittelinstanz leiden, wenn sich diese immer wieder mit Bagatellfällen zu beschäftigen hat. Dies gilt in besonderem Masse für das Bundesgericht.

III. Beurteilung ausgewählter Rechtsschutzbegrenzungen

1. Allgemeine Begrenzungen

a) Beschwerdeobjekt: verfügungsfreies Staatshandeln

Im öffentlichen Recht bestimmt das Beschwerdeobjekt den einzuschlagenden Prozessweg und damit auch Umfang und Grenzen des Rechtsschutzes⁷⁴. Ein Rechtsschutzdefizit wurde diesbezüglich beim *verfügungsfreien Staatshandeln* ausgemacht⁷⁵. Der Bundesgesetzgeber korrigierte dieses Defizit mit der Einfü-

41

⁷² Vgl. zu diesem Grundsatz DETLEF LIEBS, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., Darmstadt 2007, 134.

⁷³ 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 betreibungsrechtlichen 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).

⁷⁴ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 331, 362.

⁷⁵ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, 412; RICHLI betonte in Hinblick auf die Totalrevision der Bundesrechtspflege die Notwendigkeit zum Ausbau des Rechtsschutzes bei verfügungsfreiem Staatshandeln (Regelungsdefizit, 196 ff.). Die Rechtsschutzsituation von durch staatliche Informationen – als Anwendungsfall von verfügungsfreiem Staatshandeln – in Grundrechten Betroffenen beschrieb er als prekär (Informationsmittel, 168 ff.).

gung von Art. 25a VwVG, wonach über Realakte unter bestimmten Voraussetzungen eine Feststellungsverfügung verlangt werden kann. Gemeinhin wurde diese Ergänzung in der Lehre begrüsst⁷⁶. Die Diskussion über den Verfügungsbegriff – und damit typischerweise über die Gewährung von Rechtsschutz⁷⁷ – ist durch den Erlass von Art. 25a VwVG aber keineswegs abgeschlossen, wie etwa ein jüngerer Aufsatz über die «verfahrensfreie Verfügung» zeigt⁷⁸. Da sich bisher erst wenige Entscheidungen mit dieser neuen Bestimmung auseinandergesetzt haben, ist eine Einschätzung schwierig⁷⁹.

- 42 Das Gleiche gilt für die Situation der Kantone, welche teilweise ihre Gesetzgebung im Sinne der Bundesgesetzgebung angepasst haben⁸⁰ (oder eine andere Form des Rechtsschutzes für verfassungsfreies Staatshandeln vorsehen⁸¹), 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 Praxis⁸² auch unter der Geltung der revidierten

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 von Realakten durch Verwaltungsbeschwerde (Ausweitung des Anfechtungsobjekts) sowie die Möglichkeit eines Gesuchs um Erlass einer Verfügung über ergangene Realakte (Warnungen, 438 ff.). Dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 737.

⁷⁶ RIVA, 347, erachtet die neue Rechtsschutzregelung – trotz einzelner negativer Aspekte – als gesamthaft positiv. 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.

⁷⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang etwa UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger, Praxis-Kommentar VwVG, Art. 5 N 5 ff.

⁷⁸ BICKEL/OESCHGER/STÖCKLI, 593 ff.

⁷⁹ Vgl. BVGer, Urteil A-101/2011 vom 7. September 2011 E. 4; 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.

⁸⁰ So z.B. § 10c f. VRG/ZH (LS 1275.2).

⁸¹ So z.B. Art. 28 Abs. 4 und Art. 49 Abs. 3 VRG/GR (BR 370.100).

⁸² Vgl. BGE 121 I 87, 91 f. («Das Paradies kann warten»); BGE 128 I 167, 173 ff.; BGE 128 II 156, 164 ff.; BGE 133 I 46, 55 ff.; BGer, Urteil 1P.642/2000 vom 9. Januar 2001; ZBI

Bestimmungen der Bundesrechtspflege bestehen bleiben; in jüngerer Vergangenheit hat das Bundesgericht etwa gefordert, dass bestimmten Realakten (*in casu*: Abstellen des Stromes) ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung voranzugehen hat⁸³. Prima vista ist der *kantonale Gesetzgeber* aufgerufen, allfällige Rechtsschutzlücken zu schliessen. Eine Intervention des Bundesgerichts gestützt auf Art. 29a BV kann aber mindestens mittelfristig nicht gänzlich ausgeschlossen werden⁸⁴.

Die Befragungen bei Gerichten und Advokatur haben diesbezüglich kaum Rückmeldungen gezeitigt. Es darf damit davon ausgegangen werden, dass die Praxis auch in Zukunft allfällige Lücken schliessen wird. Handlungsbedarf besteht heute – mindestens für den Gesetzgeber – nicht.

43

b) Beschwerdeobjekt: Zwischenverfügungen

Gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG sind «andere» Vor- und Zwischenentscheide, d.h. Vor- und Zwischenentscheide, die nicht die Zuständigkeit und den Ausstand betreffen (Art. 92 BGG), anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (oder die Behandlung der Beschwerde verfahren

44

104 (2003) 311 ff.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2006.00143 vom 4. Mai 2006; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2006.00222 vom 24. August 2006.

⁸³ BGE 137 I 120 ff. betr. Industrielle Werke Basel (IWB).

⁸⁴ Das Bundesgericht führte in BGE 136 I 323 ff., 328 E. 4.2 aus: «Cette norme étend le contrôle judiciaire à toutes les matières, y compris aux actes de l'administration, en établissant une garantie générale de l'accès au juge [...]» und E. 4.3: «L'art. 29a Cst. étend donc le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques [...]». 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 und Autorinnen sind der Auffassung, dass Art. 29a BV auch bei Realakten Rechtsschutz garantiert, soweit diese in geschützte Rechtspositionen eingreifen. Vgl. dazu etwa auch HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar 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, 95. Nach KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 416, ergibt sich ein Rechtsschutz gegen Realakte direkt aus verfassungs- und völkerrechtlichen Garantien (Art. 6 und 13 EMRK). 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 130 I 388, 391 ff.

rensökonomisch geboten ist). Ob es sich dabei um einen tatsächlichen oder rechtlichen Nachteil handeln muss, erscheint aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht eindeutig⁸⁵. Im Zwischenbericht II Anhang wird angeregt, diese Frage zu klären⁸⁶.

- 45 Kritisiert wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch insofern, als die Überprüfung der Verletzung von Verteidigungsrechten während des Strafverfahrens nicht oder mindestens nicht im gebotenen Umfang möglich ist. Die Kritik erfolgt nicht nur aus Gründen des Rechtsschutzes im konkreten Fall, sondern auch mit Blick auf die Tatsache, dass sich mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung «die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen grundlegend geändert» hätten; das Bundesgericht vermöge in diesem Bereich keine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten⁸⁷. Die Kritik ist neueren Datums und wird auch von der Anwaltschaft erhoben⁸⁸. Von Vertretern des Bundesgerichts wird die «StPO» oder die «Abstimmung StPO – BGG» als Rechtsschutzlücke ausgemacht⁸⁹; möglicherweise zielt diese Kritik in eine ähnliche Richtung wie die Stellungnahmen von Lehre und Anwaltschaft.

⁸⁵ Siehe dazu BSK BGG-UHLMANN, Art. 93 N 4. Das Bundesgericht fordert einen rechtlichen Nachteil: «[D]er nicht wieder gutzumachende Nachteil im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG [muss] rechtlicher Natur sein [...], was voraussetzt, dass er durch einen späteren günstigen Entscheid nicht oder nicht mehr vollständig behoben werden kann. Eine rein tatsächliche oder wirtschaftliche Erschwernis reicht in der Regel nicht [...]. Hingegen genügt die blossе Möglichkeit eines rechtlichen Nachteils» (BGE 137 V 314 E. 2.2.1; BGE 137 IV 172 E. 2.2; 134 III 188 E. 2.1). Jedoch können, «soweit es das materielle Verwaltungsrecht gebietet, [...] bei Vor- und Zwischenentscheiden auch rein tatsächliche Nachteile nicht wieder gutzumachende Nachteile im Sinne von Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG darstellen. Sofern es dem Beschwerdeführer bei der Anfechtung einer Zwischenverfügung [...] nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern, kann ein anderes, auch wirtschaftliche Anliegen beinhaltendes schutzwürdiges Interesse ausreichen [...]. Mit diesem Vorgehen kann in Zukunft grundsätzlich vermieden werden, dass das Bundesgericht die Frage des nicht wieder gutzumachenden Nachteils offenlässt, wenn die Beschwerde in materieller Hinsicht abzuweisen ist [...]» (BGE 135 II 36 E. 1.3.4). Bei Beschwerden in Strafsachen muss, entsprechend Art. 81 Bst. b BGG, der Nachteil rechtlicher Natur sein (vgl. BGer, Urteil 1B_135/2013 vom 26. Juni 2013 E. 1.2). Umgekehrt ist dies bei anderen Beschwerdearten wohl zumindest nicht zwingend; siehe auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1437 (und N 908 ff., insb. 912 ff. zur Praxis des BVGer).

⁸⁶ Zwischenbericht II Anhang, 17.

⁸⁷ NOLL, Föderalismus, 461.

⁸⁸ Rohdatenpapier III, 5.

⁸⁹ Rohdatenpapier III, 2.

In der Tat steht das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 93 BGG vor der heiklen Aufgabe, Rechtsschutzanliegen im Einzelfall gegenüber der Gefahr der Verschleppung von Prozessen durch die wiederholte Anfechtung von Zwischenentscheiden abzuwägen. Das Bundesgericht muss auch prüfen, inwieweit die Sachbereiche Privatrecht – Strafrecht – öffentliches Recht eine einheitliche oder differenzierte Auslegung des Begriffs des nicht wieder gutzumachenden Nachteils erfordern. Eine vertiefte Beschäftigung des Bundesgerichts mit diesen Fragen ist unseres Erachtens wünschenswert. Die Frage ist vorderhand der Praxis zu überlassen; der Gesetzgeber wird erst dann zu reagieren haben, wenn die Praxis die Fragen nicht klärt oder nicht klären kann. 46

c) Streitwertgrenzen und Grundsatzfragen

Die in gewissen Sachbereichen vorgesehene Begrenzung der Zuständigkeit des *Bundesgerichts* auf Streitigkeiten mit einem bestimmten Streitwert ist bereits im geltenden Verfassungsrecht angelegt⁹⁰. Die Streitwertgrenze ist von erheblicher praktischer Bedeutung, vor allem im Zivilrecht, aber auch in gewissen Teilen des Verwaltungsrechts⁹¹. 47

Die Erhöhung der Streitwertgrenze gilt als Hauptgrund für das Scheitern früherer Revisionen des OG⁹². 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 hat⁹³. 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» seitens des Bundesgerichts⁹⁴. 48

⁹⁰ Art. 191 Abs. 2 BV; vgl. oben Rz. 3, 14, 29.

⁹¹ Vgl. Art. 74 und Art. 85 BGG.

⁹² Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4218; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Entstehungsgeschichte, N 17. Auch in ersten Rückmeldungen aus der Anwaltschaft findet sich unvermindert Kritik in dieser Frage (vgl. Rohdatenpapier II, 4).

⁹³ Vgl. Art. 74 Abs. 2 Bst. a und 85 Abs. 2 BGG, aber auch schon Art. 191 Abs. 2 BV.

⁹⁴ Vgl. oben Rz. 7 ff.

- 49 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts deutet darauf hin, dass dieses den Begriff der Grundsatzfrage im Wesentlichen restriktiv verstehen will⁹⁵. Im Vordergrund stehen damit die Funktionen der Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung, nicht einzelne Rechtsschutzanliegen⁹⁶. Indessen dürfte in Gebieten wie dem Mietrecht und dem Arbeitsrecht – obwohl die Streitwertgrenze hier niedriger angesetzt ist⁹⁷ – nach wie vor ein hoher Bedarf an bundesgerichtlichen Klärungen für die Praxis bestehen, dies auch aus dem Blickwinkel des Individualrechtsschutzes⁹⁸. Eine «Aufweichung» des Begriffs der Grundsatzfrage dürfte andererseits zu einer erheblichen Mehrbelastung des Bundesgerichts führen.
- 50 Die Stellungnahmen aus der Anwaltschaft legen nahe, dass der frühere Zankapfel Streitwertgrenzen an Bedeutung verloren hat. Dies mag mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe in Art. 191 Abs. 2 BV zusammenhängen. In den Befragungen aus dem Jahre 2011 werden die Streitwertgrenzen (oder die Gegen Ausnahme der Grundsatzfrage) nicht thematisiert⁹⁹; am ehesten der Kritik ausgesetzt ist die Praxis des Bundesgerichts bei der Zulassung von Fällen aus dem Beschaffungsrecht¹⁰⁰. Das Bundesgericht hat seinerseits den Kantonen zu verstehen gegeben, dass auch gewisse Beschwerdemöglichkeiten im Bereich der freihändigen Vergabe unterhalb der Schwellenwerte bestehen müssen¹⁰¹. Gesamthaft konstatiert der Zwischenbericht II eine neutrale Einschätzung betreffend Entlastung und eine eher negative Einschätzung betreffend Rechtsschutz¹⁰². Die gesetzliche Regelung und die Praxis des Bundesgerichts erscheinen *grosso modo* akzeptiert – allerdings ist auch der Entlastungseffekt der Streitwertgrenzen bescheiden¹⁰³. Aus unserer Sicht besteht heute kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

⁹⁵ BGE 133 III 495, 495; BGE 134 III 115, 117; BGE 135 III 397, 399; BGE 135 III 1, 4; BGE 134 III 267, 269; BGE 138 I 143, 147 sowie BGE 139 II 340, 343 (m.w.H.). Vgl. auch die Aufarbeitung der Fragestellung im Zwischenbericht II, 176 ff.

⁹⁶ 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.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1481; vgl. auch oben Rz. 9.

⁹⁷ Art. 74 Abs. 1 Bst. a BGG.

⁹⁸ Vgl. zu diesem Argument oben Ziff. II. 2. a. Eine Äusserung aus dem Bundesgericht kritisiert die Offenheit des Begriffs «Grundsatzfrage» (Rohdatenpapier I, 4).

⁹⁹ Einzige Ausnahme ist ein Hinweis aus der Anwaltschaft, dass Streitwertgrenzen im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG nicht sinnvoll seien (Rohdaten III, 6).

¹⁰⁰ Rohdatenpapier III, 4; Zwischenbericht II, 175.

¹⁰¹ BGE 131 I 137, 139 ff.

¹⁰² Zwischenbericht II, 189 u. 191.

¹⁰³ Zwischenbericht II, 205.

d) Ausschlusskatalog (Art. 83 BGG)

Das Bundesgerichts- und das Verwaltungsgerichtsgesetz arbeiten beide mit *Ausschlusskatalogen* (Art. 83 BGG¹⁰⁴ und Art. 32 VGG¹⁰⁵). Während der Ausschlusskatalog für Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht in allgemeiner Weise in Frage gestellt wird, finden sich in den Rückmeldungen mit Bezug auf Art. 83 BGG zahlreiche prononciert kritische Stimmen aus dem Bundesgericht; am kritischsten wird der Ausschlusskatalog als «organisierte Rechtsschutzlücke» bezeichnet¹⁰⁶. Aus dem Bundesverwaltungsgericht wird mindestens in einzelnen Sachbereichen das Fehlen einer Weiterzugsmöglichkeit ans Bundesgericht als Rechtsschutzlücke bezeichnet¹⁰⁷. Auch von Seiten der Anwaltschaft wird der Ausschlusskatalog zum Teil als «zu streng und [...] zu grosse Hürde» bezeichnet¹⁰⁸. 51

In den 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 folgern, 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 zuzulassen¹⁰⁹. 52

Begründet wird die Kritik nicht mit Zweifeln an der Qualität vorinstanzlicher Entscheidungen, also an Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts¹¹⁰. 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 Aus- 53

¹⁰⁴ Vgl. dazu BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 83; AEMISEGGER, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, Art. 83; zur Handhabung, die offenbar keine grössere Mühe macht, vgl. Zwischenbericht II, 174 f.

¹⁰⁵ Vgl. dazu UHLMANN, Zuständigkeiten, 163 ff.; HAUSER/MATTLER, 79 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N 1.25 ff.

¹⁰⁶ Rohdatenpapier I, 1; vgl. auch Rohdatenpapier III, 2

¹⁰⁷ Rohdatenpapier I, 6.

¹⁰⁸ Rohdatenpapier II, 1.

¹⁰⁹ Rohdatenpapier I, 3.

¹¹⁰ Für eine Ausnahme vgl. Rohdatenpapier II, 4.

schlusskatalog teilweise «absurde Verzerrungen»¹¹¹, da bedeutende Fragen vom Bundesverwaltungsgericht abschliessend, unwichtige nur vorinstanzlich entschieden würden. Damit zusammenhängend – und von Bedeutung auch unter dem Aspekt des individuellen Rechtsschutzes – wird kritisiert, dass für gewisse bedeutende Fragen nur ein einmaliger Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgesehen sei.

- 54 Im Zeitraum zwischen der ersten Fassung dieser Untersuchung (2010)¹¹² und der Ausfertigung des Schlussberichts ist der Gesetzgeber diesem Anliegen bereits punktuell mit der Abänderung von Art. 83 Bst. h BGG und der Einführung eines neuen Art. 84a BGG (beide seit 1. Februar 2013 in Kraft) nachgekommen. Danach kann ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe in Steuersachen durch das Bundesgericht überprüft werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder wenn es sich aus anderen Gründen um einen besonders bedeutenden Fall im Sinne von Art. 84 Abs. 2 BGG handelt¹¹³. Ausserdem war Art. 83 BGG auch Gegenstand eines politischen Vorstosses. In der Motion Janiak 10.3054 vom 4. März 2010 wird ausdrücklich die Öffnung des Rechtsweges von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts an das Bundesgericht gefordert; das Bundesgericht soll Fälle behandeln können, welche «Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung» aufwerfen (vgl. 74 Abs. 2 Bst. a BGG; Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG; Art. 85 Abs. 2 BGG) oder «besonders bedeutend» sind (vgl. Art. 84 Abs. 1 BGG). Der Bundesrat hat die Annahme der Motion beantragt; bereits im Bericht über die Zwischenergebnisse vom 18. Juni 2010 wird mit Blick auf Art. 83 BGG Handlungsbedarf ausgemacht¹¹⁴. Die Motion wurde in der Folge vom Ständerat angenommen (10. Juni 2010), vom Nationalrat jedoch abgelehnt (17. Dezember 2010). Dies geschah aber nicht aufgrund prinzipieller Einwände gegen das Anliegen; vielmehr wollte der Nationalrat gerade das Ergebnis der laufenden Evaluation abwarten¹¹⁵.
- 55 Aus unserer Sicht ist ein vertiefter Blick auf Art. 83 BGG tatsächlich angezeigt. Dabei dürfte es nicht bloss um die Einführung punktueller Eingriffsmöglichkei-

¹¹¹ Rohdatenpapier I, 4.

¹¹² Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, 1. Zwischenbericht, 2010 (siehe Materialienverzeichnis).

¹¹³ Botschaft zum Erlass eines Steueramtshilfegesetzes vom 6. Juli 2011, BBl 2011 6193 ff., 6224.

¹¹⁴ BBl 2010 4846.

¹¹⁵ Vgl. AB 2010 N 2146.

ten des Bundesgerichts gehen (wie etwa für «Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung»), sondern vielmehr um die zentrale Frage, ob sich Art. 83 BGG nicht insgesamt in einer *Schräglage* befindet. In der Motion Janiak wird zu Recht darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht beispielsweise jede Bagatellbusse prüfen kann, nicht jedoch bedeutende Fälle im Bereich der Amtshilfe¹¹⁶.

Unseres Erachtens haben Änderungen von Art. 83 BGG im Lichte der Funktionen des Bundesgerichts zu erfolgen. Wie vorstehend bei Streitwertgrenzen und Grundsatzfragen ausgeführt, hat das Bundesgericht neben der Gewährleistung von Rechtsschutz eine ausgeprägte Funktion zur *Rechtsfortbildung* und zur *einheitlichen Rechtsanwendung*. Dies spricht dafür, dass das Bundesgericht flächendeckend Fälle entscheiden kann, denen es eine grundsätzliche Bedeutung im Lichte dieser Funktionen beimisst. Mit Blick auf die Belastung des Bundesgerichts liegt es aber nahe, gleichzeitig Bereiche vorzusehen, in denen der Rechtsweg zu ihm erschwert wird. 56

Eine Asymmetrie des Ausschlusskatalogs liegt darin, dass er für kantonale und eidgenössische Vorinstanzen unterschiedliche Auswirkungen hat. Gegen kantonale Entscheide steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offen, während das Bundesverwaltungsgericht im Bereich des Ausschlusskataloges letztinstanzlich entscheidet. Eine Ausdehnung des Ausschlusskataloges führt im Bereich des Bundesverwaltungsgerichts zu einer klaren Entlastung des Bundesgerichts, während bei kantonalen Vorinstanzen die Entlastung des Bundesgerichts unter Berücksichtigung der Möglichkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde zu beurteilen ist. Der Entlastungseffekt im Bereich kantonalen Entscheide (und natürlich auch die Einschränkung des individuellen Rechtsschutzes) ist dort am stärksten, wo die Beschwerdeführenden einen kantonalen Entscheid als willkürlich ansehen, aber keinen Anspruch in der Sache haben (etwa in vielen Bereichen des Ausländerrechts oder – meist – bei Erlassgesuchen) und dementsprechend an den Voraussetzungen von Art. 115 Bst. b BGG scheitern¹¹⁷. 57

Bei einer allfälligen Überarbeitung von Art. 83 BGG ist unserer Ansicht nach zunächst die Grundkonzeption des Artikels zu definieren¹¹⁸. Wegleitend muss 58

¹¹⁶ Neu unterliegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe in Steuersachen unter bestimmten Voraussetzungen der Prüfung durch das Bundesgericht; vgl. Art. 83 Bst. h BGG i.V.m. Art. 84a BGG.

¹¹⁷ Vgl. zur Willkürbeschwerde unten Rz. 65, für das Ausländerrecht unten Rz. 77.

¹¹⁸ Allgemeine Aussagen zur Grundkonzeption finden sich bisher nur wenige. Verschiedentlich wird die Entlastung des Bundesgerichts als wesentlicher Grund für die Be-

sein, dass das Bundesgericht alle Fälle entscheiden kann, die im Lichte der Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung höchstrichterlich zu klären sind. Der Rechtsweg ans Bundesgericht kann dort eingeschränkt werden, wo hinreichender Rechtsschutz durch die Vorinstanzen gewährleistet ist und die Einschränkung tatsächlich zu einer Entlastung des Bundesgerichts führt.

e) Kognition und Prüfungsdichte

- 59 Im Gegensatz zu den vorinstanzlichen Gerichten beschäftigt sich das Bundesgericht in der Regel nicht mit Sachverhalts- und Ermessensfragen. Die Prüfung ist auf Rechtsfragen begrenzt, und auch dort grundsätzlich bezogen auf solche des Bundesrechts¹¹⁹. Das Bundesgericht pflegt aber verschiedene Ausnahmen und Gegenahmen. Einige dieser Ausnahmen haben einen Bezug zum materiellen Recht¹²⁰.

schränkung 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 AEMISEGGER, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, Art. 83 N 2, bezwecken manche Ausschlüsse die Entlastung des Bundesgerichts, andere betreffen nicht justiziable Sachgebiete. Für Ansätze solcher Überlegungen bei Art. 32 VGG vgl. UHLMANN, Zuständigkeiten, 164 f.; zur geplanten Überarbeitung von Art. 83 BGG vgl. Bericht Gesamtergebnisse, 9102 f. (siehe hinten S. 128 f.).

¹¹⁹ Art. 95 ff. und Art. 116 BGG. In Art. 97 BGG ist eine beschränkte Sachverhaltsprüfung vorgesehen.

¹²⁰ 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, BGG, 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 E. 2.1 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. In gleicher Weise schreitet das Bundesgericht gegen eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots ausserhalb von Grundrechtsverletzungen nur dann ein, wenn die kantonale rechtliche Anordnung offensichtlich unverhältnismässig ist und damit Willkür vorliegt (BGE 134 I 153 E. 4.2.2). Die Diskussion ist aber in diesem Bereich sicher noch nicht abgeschlossen (vgl. BIAGGINI, Bemerkungen

Die Prüfungszuständigkeit des Bundesgerichts und seiner Vorinstanzen ist nicht nur aufgrund der Umschreibung 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 Prüfungsbefugnis¹²¹, diese wird jedoch vom Gericht nicht vollständig ausgeschöpft¹²². Deshalb wurden aufgrund des Wegfalls der verwaltungsinternen Beschwerdemöglichkeiten verschiedentlich auch Rechtsschutzlücken vor Bundesverwaltungsgericht thematisiert¹²³. 60

Aus der Praxis wurde vor allem die im Sozialversicherungsrecht gegenüber der früheren Regelung stärker eingeschränkte Kognition bemängelt¹²⁴. In einer Rückmeldung wurde explizit in Frage gestellt, ob diese Einschränkung des Rechtsschutzes zu einem Abbau der Belastung des Gerichts geführt habe¹²⁵; die weiteren Untersuchungen haben aber nun doch gezeigt, dass in diesem Bereich eine grosse Entlastungswirkung für das Bundesgericht eingetreten ist¹²⁶. Kombiniert mit der Einführung der Kostenpflicht im Sozialversicherungsbereich liegen darin aber möglicherweise auch die grössten Rechtsschutz einschränkungen. Gleichwohl erscheint es uns richtig, eine Rechtsschutzlücke zu verneinen, da das Bundesgericht trotz Kognitionsbeschränkung die Funktion der Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung erfüllen kann¹²⁷. 61

In der Motion Janiak 10.3138 vom 17. März 2010¹²⁸ wird die Erweiterung der Kognition des Bundesgerichtes bei Beschwerden gegen Urteile der Strafkam- 62

zu BGer, Urteil 2C_517/2007 vom 15. August 2007, ZBl 110 [2009], 640 ff., 643 f., betreffend Verhältnismässigkeitsprinzip).

¹²¹ Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG. Vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N 2.149 ff.

¹²² SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 230 m.w.H.; vgl. unten Fn. 250.

¹²³ Vgl. dazu unten Rz. 108.

¹²⁴ 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/Güntherich, BGG, Art. 97 N 7.

¹²⁵ Vgl. dazu Rohdatenpapier I, 3.

¹²⁶ Zwischenbericht II, 180 f., 205.

¹²⁷ Vgl. immerhin die vorgeschlagene Angleichung der Kognition im Bereich der Unfall- und Militärversicherung (vgl. Zwischenbericht II, 164).

¹²⁸ Motion Janiak 10.3138 vom 17. März 2010, Erweiterung der Kognition des Bundesgerichtes bei Beschwerden gegen Urteile des Bundesstrafgerichtes, abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103138>, besucht am 14. Februar 2014.

mer des Bundesstrafgerichtes gefordert, da es nicht dem allgemeinem Rechtsempfinden entspricht, dass der Sachverhalt in einem Strafprozess nur von einer Instanz festgestellt werden kann und die bestehende Regelung nicht demjenigen in den Kantonen entspricht. Der Bundesrat beantragte die Annahme der Motion. Ein entsprechender Gesetzesentwurf wurde bereits ausgearbeitet und sieht für das Bundesgericht eine umfassende Sachverhaltsüberprüfung analog der Bestimmung für Geldleistungen der Militär- und Unfallversicherung vor¹²⁹. Demgegenüber lehnte der Nationalrat auf Antrag des Bundesrates die Motion Kommission für Rechtsfragen NR 12.3341 vom 26. April 2012 ab, welche mit der Schaffung einer zweiten Instanz (Berufungsgericht) mit voller Kognition das gleiche Ziel verfolgte, dies jedoch mit dem Nachteil, dass die zweite Instanz zwingend hätte Beweise abnehmen und eine öffentliche Verhandlung durchführen müssen¹³⁰.

f) Legitimation

- 63 Die Legitimation zur Anfechtung eines Urteils durch die oder den Direktbetroffenen ist in der Regel rechtlich unproblematisch, mindestens wenn man von der Sonderproblematik der sog. Willkürbeschwerden absieht¹³¹. Schwierigere Fragen des Rechtsschutzes wirft die Stellung von Personen mit einem weniger eindeutigen Bezug zur Streitsache auf, etwa Dritte im Verwaltungsverfahren

¹²⁹ Motion Kommission für Rechtsfragen NR 12.3341 vom 26. April 2012, abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123341>, besucht am 14. Februar 2014; Medienmitteilungen des Bundesrats vom 5. September 2012 (betr. Motion Janiak), abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2012/2012-09-05.html>>, besucht am 14. Februar 2014; siehe zur Umsetzung dieser Motion Erläuternder Bericht betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht – Erweiterung der Kognition bei Beschwerden in Strafsachen (Umsetzung der Motion Janiak 10.3138), abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-09-05/vn-ber-d.pdf>>, besucht am 14. Februar 2014). – Vgl. nunmehr auch die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Erweiterung der Kognition bei Beschwerden in Strafsachen) vom 4. September 2013, BBl 2013 7109 ff., 7114, 7119 sowie 7125 (Entwurf); der Bundesrat möchte die Sachverhaltskontrolle bei Geldleistungen der Militär- und Unfallversicherung abschaffen, vgl. Bericht Gesamtergebnisse, 9104 f. (siehe hinten S. 130 f.).

¹³⁰ Motion Kommission für Rechtsfragen NR 12.3341 vom 26. April 2012, abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123341>, zuletzt besucht am 14. Februar 2014.

¹³¹ Vgl. dazu sogleich Rz. 65.

oder die Geschädigten bei der Beschwerde in Strafsachen¹³². Dieser Bereich des Rechtsschutzes ist durch die gerichtliche Praxis geprägt.

Der Bundesgesetzgeber deutet eine gewisse Verschärfung der Drittlegitimation an, wenn er in Art. 89 Abs. 1 Bst. b BGG formuliert, dass zur Beschwerde nur berechtigt ist, wer durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass *besonders* berührt ist¹³³. Kritik an dieser neuen Umschreibung ist nicht ersichtlich; allerdings ist auch sehr fraglich, ob in der Praxis überhaupt eine Verschärfung eingetreten ist¹³⁴. 64

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 bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde weiterhin nur zu, wenn der Beschwerdeführer oder die Beschwerdeführerin sich auf eine durch das Gesetz oder ein spezielles Grundrecht geschützte Rechtsposition berufen 65

¹³² Vgl. NAY, 460 ff. Gestützt auf Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 BGG sind Opfer (im Sinne von Art. 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, 1. Aufl., Art. 81 N 10 ff.). Aufgrund des offenen Gesetzeswortlauts von Art. 81 BGG (nicht abschliessende Aufzählung der zur Beschwerde legitimierten Personen) plädiert THOMMEN (BSK BGG, 1. Aufl., Art. 81 N 17) dafür, auch «einfache Geschädigte» zur Anfechtung sowohl – wie bisher – im Zivilpunkt als – neu – auch im Strafpunkt (nur Schuld-, nicht jedoch im «Bestrafungspunkt», vgl. zum Begriff BSK BGG-THOMMEN, 2. Aufl., Art. 81 N 36) zuzulassen, Letzteres mit der Begründung, dass auch aus Sicht der einfachen Geschädigten der Strafentscheid Auswirkungen auf Zivilforderungen haben könne, an deren Erhaltung diese ein rechtlich geschütztes Interesse hätten. Das Bundesgericht verneinte jedoch vorerst auch unter dem BGG die Legitimation der Geschädigten im Strafpunkt. Der Strafanspruch falle dem Staat zu, den Geschädigten fehle entsprechend das erforderliche rechtlich geschützte Interesse (BGE 136 IV 41 E. 1.1; vgl. BSK BGG-THOMMEN, 2. Aufl., Art. 81 N 47 ff.). Unter der Geltung der seither in Kraft getretenen eidgenössischen StPO (insb. mit Blick auf Art. 119 Abs. 2 Bst. a) hat das Bundesgericht die Legitimation jedoch im oben beschriebenen Sinn erweitert (BGE 139 IV 78; BGE 139 IV 84; vgl. auch schon BGE 137 IV 219 E. 2.2 ff.; s. zum Ganzen AEMISEGGER/DOLGE, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, Art. 81 N 33, 36 f.).

¹³³ Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4329; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 89 N 28 m.w.H.

¹³⁴ Vgl. BGer, Urteil 2C_53/2009 vom 23. September 2011 E. 1.3 m.w.H. (Selbstdispensation Zürich), abgedruckt in ZBI 113 (2012), 194 ff. mit Bemerkungen von MARKUS SCHOTT.

kann. Es verweist dabei auf die Gesetzesmaterialien, die Ziele der Revision sowie das Bestreben, Konkordanz zwischen den einzelnen Ausschlussgründen in Art. 83 BGG zu schaffen¹³⁵. Die restriktive Legitimationspraxis des Bundesgerichts wurde von der Lehre unter Geltung des OG tendenziell kritisch beurteilt, ebenso die Aufrechterhaltung dieser Rechtsprechung bei der Verfassungsbeschwerde. Teilweise wird verlangt, dass das Bundesgericht Willkürbeschwerden vorbehaltlos zulässt¹³⁶. Weitere bisher kritisch eingestellte Autorinnen und Autoren äussern sich nunmehr allerdings eher neutral zur Legitimationsproblematik¹³⁷. Schliesslich finden sich auch zustimmende Äusserungen¹³⁸.

Auch im Rahmen der Rückmeldungen finden sich Stimmen, welche der Legitimationspraxis kritisch gegenüberstehen. Insgesamt wird die Frage in Gerichten und Anwaltschaft aber nicht mehr mit der Heftigkeit diskutiert, wie sie aufgrund der früheren Auseinandersetzungen in Lehre und Praxis zu erwarten gewesen wäre¹³⁹. Die Frage ist mit Blick auf eine mögliche Überprüfung von

¹³⁵ BGE 133 I 185 ff. m.w.H.; BGE 137 II 305 E. 2.

¹³⁶ Vgl. etwa EHRENZELLER, 107; ZIMMERLI, 299 ff. MISIC, N 615, kritisiert, dass es sich beim Argument der Überlastung nicht um ein juristisches Argument handelt; kritisch zur Beibehaltung der restriktiven Praxis sodann auch BSK BGG-BIAGGINI, Art. 115 N 13.

¹³⁷ Vgl. etwa CHRISTOPH AUER, Beschwerdebefugnis, 203 ff.; KIENER/KUHN, 154.

¹³⁸ SCHWEIZER, Verfassungsbeschwerde, 242, hält etwa fest, dass «das Bundesgericht im Bereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde seine restriktive Praxis von Willkür rügen (...) weiterführen» könne. Vgl. sodann SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güntherich, BGG, Art. 115 N 10 ff.; AEMISEGGER, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, Art. 115 N 2 f., 12 ff. 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 Legitimationspraxis aus Sicht von BIAGGINI zwar rechtsstaatlich wünschenswert, jedoch aufgrund der Entstehungsgeschichte von Art. 115 Bst. b BGG nicht zwingend geboten.

¹³⁹ 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).

Art. 83 BGG im Auge zu behalten, dies namentlich, weil der Entlastungseffekt einer Verfassungsbeschwerde je nach Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer selbständigen Willkürüge anders zu beurteilen ist¹⁴⁰. Isoliert betrachtet würden wir Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber eher verneinen.

g) Rüge- und Begründungspflichten

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 Gerichte¹⁴¹. In Zivil- und Strafsachen wird eine gewisse Qualität der Beschwerdeschrift dadurch angestrebt, dass zur Vertretung vor Bundesgericht nur zugelassene Anwältinnen und Anwälte befugt sind¹⁴².

66

Der bundesgerichtlichen Praxis ist teilweise vorgeworfen worden, sie behindere durch ihre Strenge einen effektiven Rechtsschutz¹⁴³. Die Kritik betrifft insbesondere die Rügepraxis bei der Verletzung von Grundrechten (Art. 106 Abs. 2 BGG)¹⁴⁴. In den Rückmeldungen aus den Gerichten lässt sich diese Kritik erwartungsgemäss weniger belegen als in den Stellungnahmen aus der Advokatur. In der Befragung 2011 wird die Thematik kaum erwähnt, was darauf hindeutet, dass mindestens keine Verschlechterung des Rechtsschutzes stattgefunden hat¹⁴⁵ und dementsprechend Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber zu verneinen ist.

67

h) Verfahrensdauer

Die zulässige Länge eines Verfahrens ergibt sich einerseits aus den verfassungsrechtlichen Garantien, andererseits aus einfachgesetzlichen Vorschriften für

68

¹⁴⁰ Vgl. oben Rz. 51 ff.

¹⁴¹ Art. 42 f. BGG; Art. 52 f. VwVG.

¹⁴² 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.

¹⁴³ NAY, 454 ff.

¹⁴⁴ NAY, 454 ff.; SPÜHLER, in: Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, Art. 106 N 2.

¹⁴⁵ Rohdatenpapier III, 4 ff.

bestimmte Verfahren¹⁴⁶. Zur Priorisierung gewisser Streitigkeiten sowie aus gerichtsorganisatorischen Überlegungen muss der Gerichtsinstanz ein Spielraum bei der Verfahrensführung zukommen – wobei natürlich nicht übersehen 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.

- 69 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 führt¹⁴⁷. In den Rückmeldungen aus der Praxis wird diese Problematik nur vereinzelt angesprochen¹⁴⁸, so dass aus unserer Sicht kein Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber besteht.

i) Verfahrenskosten

- 70 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 Rechte¹⁴⁹ und im Bereich des Sozialversicherungsrechts¹⁵⁰.
- 71 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 er-

¹⁴⁶ UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 46a N 19 f.

¹⁴⁷ Vgl. zu dieser Diskussion insbesondere SEILER, 165 ff.; NOLL, Kontrapunkt, 565 ff.

¹⁴⁸ Vgl. Rohdatenpapier I, 2; Rohdatenpapier III, 4 ff.

¹⁴⁹ 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).

¹⁵⁰ Unter der Geltung des OG war das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten über Sozialversicherungsleistungen unentgeltlich (Art. 134 OG). Gestützt auf Art. 65 Abs. 4 Bst. 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, BGG, Art. 65 N 20; BSK BGG-GEISER, Art. 65 N 18, 20).

füllter Voraussetzungen diese nicht in Anspruch nehmen können. Es besteht mit Blick auf die Kosten also ein doppeltes Problem: Tatsächlich Bedürftigen wird zu Unrecht der Kostenerlass verweigert oder Personen, die den Prozess zwar bezahlen könnten, scheuen ein übermässiges Prozessrisiko; in der Tat 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. In den Rückmeldungen aus der Praxis, namentlich aus der Advokatur, wird die Problematik der Kosten zum Teil erwähnt, scheint aber insgesamt kein grösseres Problem darzustellen¹⁵¹. Dementsprechend besteht kein Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber.

2. Begrenzungen in einzelnen Sachgebieten

a) Innere und äussere Sicherheit

Gemäss Art. 83 Bst. 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 EMRK¹⁵². Diese neu in den Gesetzeswortlaut aufgenommene Gegenausnahme galt bereits unter altem Recht und wurde von der Praxis auch entsprechend angewendet¹⁵³.

72

¹⁵¹ Die Befragung wurde – aus naheliegenden, praktischen Gründen – nur gegenüber der Anwaltschaft (und den Gerichten) durchgeführt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine Befragung von Privatpersonen zu einem anderen Bild geführt hätte.

¹⁵² Vgl. zur Gegenausnahme 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, BGG, 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, BGG, Art. 83 N 21; ausführlich zum Verhältnis zwischen Art. 32 Abs. 1 Bst. a VwVG und Art. 83 Bst. 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, BGG, Art. 83 N 21, spricht sich für einen doppelten Instanzenzug aus; differenzierter BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 39 ff.)

¹⁵³ Vgl. etwa BGE 132 I 229, 237 f.

- 73 Erfasst von Art. 83 Bst. a BGG sind eigentliche Regierungsakte (sog. «actes de gouvernement»), bei denen der zuständigen Behörde ein grosses Ermessen zukommt, für 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 BV¹⁵⁴. Der Begriff der auswärtigen Angelegenheiten ist restriktiv auszu-legen, es genügt nicht jeglicher Auslandsbezug, vielmehr sind nur Entscheide mit ausgeprägt politischem Charakter von der öffentlich-rechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen¹⁵⁵.
- 74 Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG nimmt die oben beschriebenen Entscheide auch von der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht aus¹⁵⁶. Entscheide von Bundesbehörden können letztinstanzlich mit Beschwerde an den Bundesrat weitergezogen werden (Art. 72 Bst. a VwVG)¹⁵⁷. Gegen kantonale Entscheide i.S.v. Art. 83 Bst. a BGG kann beim Bundesgericht Verfassungsbeschwerde erhoben werden¹⁵⁸.

¹⁵⁴ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 22 f.; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 83 N 16.

¹⁵⁵ Vgl. zum Ganzen BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 20 ff.; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 83 N 16 ff.; KAYSER, 448 f. Die Anwendbarkeit von Art. 83 Bst. a BGG (bzw. Art. 100 Abs. 1 Bst. a OG) wurde beispielsweise bejaht in BGer, Urteil 1A.157/2005 vom 6. Oktober 2005 E. 3.1; BGE 129 II 193, 197 f.; BGE 121 II 248, 249 f.; BGE 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.

¹⁵⁶ Eine Ausnahme besteht gemäss Art. 11 Abs. 1 RuVG (BG vom 1. Oktober 2010 über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen, SR 196.1, sog. Lex Duvalier), wonach eine Sperrungsverfügung des Bundesrates mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann. Der Gesetzgeber hat das Problem des Rechtsschutzbedürfnisses grundsätzlich erkannt, jedoch nur punktuell gelöst. Vor diesem Hintergrund erscheint das Weiterbestehen von Lücken umso weniger legitim.

¹⁵⁷ SCHEYLI, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 72 N 8 ff.

¹⁵⁸ SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, 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). Vgl. zum Verhältnis der Rechtsmittel KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1736 ff., insb. 1744 und KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 1289 ff.

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 werden¹⁵⁹. Auch in den Rückmeldungen aus den Gerichten und der Advokatur werden Art. 83 Bst. a BGG und Art. 32 Abs. 1 Bst. 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 Finanzkrise¹⁶⁰, im Steuerstreit mit den USA¹⁶¹ sowie bei der Aktienvernichtung im Fall Tinner¹⁶² deuten mindestens in diese Richtung. Zweitens kann der Bundesrat mittels Erlass einer Verordnung den Rechtsschutz, insbesondere die Gegen Ausnahme eines völkerrechtlichen Anspruchs, beeinflussen¹⁶³. Drittens können Verpflichtungen der Schweiz zur Umsetzung von UNO-

¹⁵⁹ Vgl. dazu oben Rz. 34 ff.

¹⁶⁰ Siehe dazu die Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Oktober 2008 (AS 2008 4741 f.), welche rückwirkend auf den 25. August 2009 ausser Kraft gesetzt wurde (AS 2010 447). Siehe dazu auch TRÜMLER, 244 ff.

¹⁶¹ Siehe dazu das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft (SR 0.672.933.612); dazu BVGE 2010/40; siehe zur Kritik an diesem Urteil FELIX UHLMANN/RALPH TRÜMLER, «Das Rückwirkungsverbot ist im Bereich der Amtshilfe nicht von Bedeutung» – Überlegungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2010 betreffend den UBS-Staatsvertrag, ZSR 2011 I, 139 ff. Neu können seit dem 1. Februar 2013 Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe in Steuersachen beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder Fall von Art. 84 Abs. 2 BGG) ans Bundesgericht weitergezogen werden, Art. 83 Bst. h i.V.m. Art. 84a BGG.

¹⁶² Siehe dazu TRÜMLER, 207 ff.; Fall Tinner: Rechtmässigkeit der Beschlüsse des Bundesrats und Zweckmässigkeit seiner Führung, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 19. Januar 2009, BBl 2009 5007 ff.; Jahresbericht 2009 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 22. Januar 2010, BBl 2010 2671 ff., 2680, 2738 ff.; BStGer, Urteil SK.2011.29 vom 25. September 2012; NZZ vom 26. September 2012, Nr. 224, 13.

¹⁶³ 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

Sanktionen Rechtsschutzmöglichkeiten empfindlich einschränken¹⁶⁴. Alle drei Bereiche hängen teilweise zusammen und überschneiden sich. Sie sind potentiell geeignet, Rechtsschutzlücken entstehen zu lassen¹⁶⁵.

- 76 Das auf den 11. Mai 2011 in Kraft gesetzte Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen vom 17. Dezember 2010¹⁶⁶ sorgt zwar dafür, dass notrechtliche Massnahmen nicht während einer unbestimmten Zeit Anwendung finden, jedoch können betroffene Personen nach wie vor gegen notrechtliche Massnahmen keinen

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 (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf 2007, 497 ff. Siehe allgemein zur Thematik Notrecht TRÜMLER; zum Rechtsschutz im Fall Duvalier s. BVGer, Urteil C-1371/2010 vom 23. September 2013 E. 1.2.2.

¹⁶⁴ Vgl. insbesondere BGE 133 II 450 («Nada»), worin der Beschwerdeführer eine Überprüfung der seit über fünf Jahre dauernden Sperre seiner Vermögenswerte gestützt auf die sog. Talibanverordnung (SR 946.203) verlangt. Das Bundesgericht bejahte zwar einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung der Streitsache nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, versagte mit Blick auf die internationalen Verpflichtungen der Schweiz jedoch dem Beschwerdeführer die Streichung aus dem Anhang zur Talibanverordnung. Diese Kompetenz komme allein dem Sanktionsausschuss der UNO zu. Immerhin habe die Schweiz den Beschwerdeführer beim Delisting-Verfahren vor dem Sanktionsausschuss zu unterstützen (vgl. auch STEPHANIE EYMANN, Bemerkung zu BGE 1A.45/2007, Embargomassnahmen – UNO-Sanktionen gegen die Taliban – Rechtsschutz, AJP 2008, 244 ff. sowie DANIEL FRANK, UNO-Sanktionen gegen Terroristen und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), in: Stephan Breitenmoser et al. [Hrsg.], Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich 2007). Der EGMR hat in dieser Sache entschieden, dass die Schweiz mit ihrem Vorgehen gegenüber Nada die EMRK verletzt habe (Urteil des EGMR Nada v. Switzerland, no. 10593/08 vom 12. September 2012; NZZ vom 13. September 2012, Nr. 213, 9). So auch das Urteil des EGMR (Kleine Kammer) Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland, no. 5809/08 vom 26. November 2013; NZZ vom 27. November 2013, Nr. 276, 15 und NZZ vom 30. Januar 2014, Nr. 24, 9.

¹⁶⁵ KAYSER, 454 ff., kritisiert den bisher ungenügenden Rechtsschutz gegen «actes de gouvernement». So müssten insbesondere Entscheidungen, welche Private unmittelbar berührten, gerichtlich überprüfbar sein. Er ist der Meinung, dass es längerfristig bei den «actes de gouvernement» einen Paradigmawechsel gibt, weg von der Frage, ob sie von einem Gericht überprüft werden dürfen oder nicht, zur Frage, inwieweit sie einer verwaltungsgerichtlichen Prüfung zugänglich sind (458).

¹⁶⁶ AS 2011 1381 ff.; BBl 2010 1563; BBl 2010 2803 ff. Das Gesetz sieht Änderungen des RVOG, ParlG und FHG vor.

Rechtsschutz anrufen. Diese Lücke hätte mit der Umsetzung der Motion 11.3006 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zum Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen¹⁶⁷ geschlossen werden sollen¹⁶⁸. Gemäss dieser Motion wäre der Bundesrat beauftragt worden, «der Bundesversammlung den Entwurf einer gesetzlichen Regelung zu unterbreiten, welche den Rechtsschutz gegen unmittelbar auf die Bundesverfassung (Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung) gestützte Verordnungen und Verfügungen des Bundesrates und entsprechende Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse der Bundesversammlung (Art. 173 Abs. 1 Bst. c der Bundesverfassung) gewährleistet». Die Motion wurde vom Nationalrat am 15. Dezember 2011 angenommen¹⁶⁹, vom Ständerat aber am 29. Februar 2012 abgelehnt¹⁷⁰.

Aus unserer Sicht war das Anliegen der Motion berechtigt, insbesondere wenn man die Fragestellung wie dargelegt in einem weiteren Kontext untersucht. Der Fall Nada¹⁷¹ zwingt die Schweiz ohnehin zur Beschäftigung mit Fragen des Rechtsschutzes im Rahmen von völkerrechtlichen Verpflichtungen. Auch wenn diese streng genommen kein Thema der Verordnungskompetenzen gemäss Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV sind, fällt doch auf, dass es vielfach ausserpolitische Ereignisse gewesen sind, die den Bundesrat zur Ergreifung dringlicher Massnahmen veranlasst haben.

Rechtsschutzbegrenzungen in auswärtigen Angelegenheiten und in ausserordentlichen Lagen haben mindestens einen praktischen Bezug. Sie sollten ungeachtet des negativen Entscheids des Ständerats vom 29. Februar 2012 weiter untersucht werden. Gegenüber den einlässlichen Abklärungen im nationalen Verhältnis hinken Untersuchungen des Rechtsschutzes in auswärtigen Angelegenheiten und in ausserordentlichen Lagen nach¹⁷². Es besteht Handlungsbedarf für den Gesetzgeber.

¹⁶⁷ Motion 11.3006 der Staatspolitischen Kommission NR vom 3. Februar 2011 zum Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen, abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113006>, besucht am 14. Februar 2014.

¹⁶⁸ Motion 11.3006 der Staatspolitischen Kommission NR vom 3. Februar 2011 zum Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen; RALPH TRÜMLER, Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen – Palliation mit klingendem Namen, SJZ 108 (2012), 309 ff., 314.

¹⁶⁹ AB 2011 N 2101.

¹⁷⁰ AB 2012 S 52.

¹⁷¹ Urteil des EGMR Nada v. Switzerland, no. 10593/08 vom 12. September 2012, E. 207 ff.

¹⁷² Vgl. immerhin die unlängst erschienenen Monographien von TRÜMLER und SUTTER.

b) Asyl- und Ausländerrecht

- 77 Im Bereich des Ausländerrechts ist eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht in der Regel nur möglich, wenn das Bundesrecht¹⁷³ oder völkerrechtliche Bestimmungen¹⁷⁴ den Betroffenen einen *Anspruch auf Erteilung einer bestimmten Bewilligung* einräumen (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG)¹⁷⁵. Somit ist eine grosse Anzahl von Verfügungen betreffend Bewilligungen nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anfechtbar¹⁷⁶. 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 Bst. b BGG)¹⁷⁷.
- 78 Im Bereich der *Einreise*, die ebenfalls von der Anfechtung mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgenommen ist (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG), besteht ein Sonderproblem¹⁷⁸. 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,

¹⁷³ Insbesondere Anspruch auf 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).

¹⁷⁴ Insbesondere Anspruch auf 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.

¹⁷⁵ 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 Bst. c Ziff. 2 BGG).

¹⁷⁶ THURNHERR, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. 112 N 16, 48.

¹⁷⁷ THURNHERR, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. 112 N 16, 48, 73; BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 61; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 83 N 26; BGE 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, BGG, Art. 83 N 30; ZÜND/ARQUINT HILL, in: Ausländerrecht, N 8.22).

¹⁷⁸ Vgl. BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 56 ff.; UEBERSAX, in: Ausländerrecht, N 7.303.

werden diese Anforderungen nicht erfüllt. Das Bundesgericht löst das Problem, indem es in diesen Fällen, in Abweichung vom Wortlaut von Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dennoch zulässt¹⁷⁹.

Eine mögliche Rechtsschutzlücke besteht bezüglich der Ansetzung einer Ausreisefrist und den Vollstreckungsmodalitäten. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts handelt sich dabei nicht um Verfügungen nach Art. 5 VwVG, so dass «bei sämtlichen im Anschluss an die Wegweisungsverfügung angeordneten Vollstreckungsmodalitäten ein eklatantes Rechtsschutzdefizit» ausgemacht wird¹⁸⁰. Kritisiert wird auch die Ausnahme von Art. 85 Abs. 3 AuG (Kantonswechsel)¹⁸¹.

Im Bereich des *Asylrechts* schliesst Art. 83 Bst. d BGG die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Ziff. 1)¹⁸² 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)¹⁸³.

¹⁷⁹ BGer, Urteil 2C_375/2007 vom 8. November 2007 E. 2.

¹⁸⁰ THURNHERR, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. 112 N 34; BVGer, Urteil C-1872/2007 vom 20. September 2007 E. 1.2; BVGer, Urteil C-1649/2007 vom 9. September 2008 E. 1.1.

¹⁸¹ THURNHERR, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. 112 N 33.

¹⁸² Die Beschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ist ausgeschlossen, «ausser sie betreffen Personen, gegen die ein Auslieferungsersuchen des Staates vorliegt, vor welchem sie Schutz suchen».

¹⁸³ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 134. Vgl. zur geplanten Verkürzung der generellen Beschwerdefrist in Art. 108 Abs. 1 AsylG im Zusammenhang mit der Neuordnung des Nichteintretensverfahrens Erläuternder Bericht zur Änderung des Asylgesetzes und des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf den Ersatz von Nichteintretensentscheiden vom 16. Dezember 2009, abrufbar unter <<http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/asylg-aug/ersatz-nee/vn-ber-d.pdf>>, besucht am 14. Februar 2014; Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010, BBl 2010 4455 ff. Geltende Rechtslage:

- 81 Verschärft wird die Problematik des Ausnahmekatalogs nach Art. 83 Bst. d BGG dadurch, dass das Parlament in der Herbstsession 2012 die Streichung von Art. 106 Abs. 1 Bst. c AsylG beschlossen hat¹⁸⁴. Vor Bundesverwaltungsgericht kann nun der Rügegrund der Unangemessenheit nicht mehr geltend gemacht werden. Damit ist nicht nur der Weg ans Bundesgericht in vielen Fällen ausgeschlossen (Art. 83 Bst. d BGG), sondern der Rechtsschutz vor der einzigen Gerichtsinstanz auf Bundesebene erheblich reduziert.
- 82 Im Bereich des Asyl- und des Ausländerrechts wird teilweise zum Mittel der *Aufsichtsbeschwerde* gegriffen, dies in erster Linie gegenüber Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts, über dessen Geschäftsführung dem Bundesgericht die Aufsicht zukommt (Art. 1 Abs. 2 BGG)¹⁸⁵. Stellvertretend für solche Beschwerden ist ein Entscheid der Verwaltungskommission des Bundesgerichts vom 29. September 2009¹⁸⁶ 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 überprüfen¹⁸⁷. Der Entscheid des Bundesgerichts wurde publiziert, was für eine Aufsichtsanzeige – der nota bene nicht einmal Folge geleistet wurde – mindestens ungewöhnlich erscheint. Solche Fälle lösen Unbehagen aus.
- 83 Es fällt auf, dass nicht nur aus der Advokatur, sondern auch aus den Gerichten Kritik an den Rechtsschutzbegrenzungen vor Bundesgericht geübt wird, so auch gegenüber den begrenzten Möglichkeiten einer Revision¹⁸⁸; eine Äusserung aus

Art. 112b AsylG i.V.m. Art. 38 der Verordnung über die Durchführung von Testphasen zu den Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich (SR 142.318.1).

¹⁸⁴ AB 2012 N 1174; AB 2012 S 707; AS 2013 4375, 4383 (in Kraft seit 1. Februar 2014, AS 2013 5457). Siehe dazu insbesondere die kritische Haltung von BENJAMIN SCHINDLER, Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen, ZBl 113 (2012), 565 f.

¹⁸⁵ BGE 135 II 426; BGer, Urteil 12T_3/2007 vom 11. Dezember 2007 (betr. Verfahrensdauer) und BGer, Urteil 12T_4/2010 vom 2. August 2010 (betr. Kostenvorschuss), teilweise publiziert als BGE 136 II 380.

¹⁸⁶ BGE 135 II 426.

¹⁸⁷ BGE 135 II 426, 429 f.

¹⁸⁸ Rohdatenpapier III, 3.

dem Bundesverwaltungsgericht betrifft explizit die Ausnahme im Asylbereich¹⁸⁹.

Schliesslich haben die Räte am 28. September 2012 dringliche Änderungen des Asylgesetzes beschlossen¹⁹⁰. In Art. 112b AsylG ist neu ein «Asylverfahren im Rahmen von Testphasen» vorgesehen. Gemäss Art. 112b Abs. 1 AsylG kann der Bundesrat «Testphasen zur Beurteilung neuer Verfahrensabläufe vorsehen, wenn diese aufgrund von aufwendigen, organisatorischen und technischen Massnahmen eine Testphase vor dem Erlass einer Gesetzesänderung erfordern». Er kann dabei von den Vorschriften des Gesetzes abweichen (Art. 112b Abs. 2 AsylG), namentlich hinsichtlich der Beschwerdefrist, «wenn [dabei] der wirksame Rechtsschutz der betroffenen Asylsuchenden durch geeignete Massnahmen gewährleistet ist» (Art. 112b Abs. 3 AsylG). Die Dauer der Testphasen ist auf zwei Jahre zu begrenzen (Art. 112b Abs. 5 AsylG).

84

Unbestritten ist, dass das Parlament der Regierung keinen «Blankocheck» erteilen wollte und sich diese zur Einhaltung verfassungsrechtlicher Vorgaben (Gleichbehandlung, Rechtsweggarantie) bekannt hat¹⁹¹. Der Bundesrat kann in Testphasen auch Verbesserungen für die Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller vorsehen¹⁹². Die Gestaltungsfreiheit der Regierung ist im Rahmen von Art. 112b AsylG aber beträchtlich; sie geht über das hinaus, was gemeinhin unter «experimenteller Rechtsetzung» bekannt ist¹⁹³. Der Wortlaut von Art. 112b AsylG ist sehr offen. Der Begriff des «Verfahrensablaufs» (bzw. «Asylverfahrens», «Wegweisungsverfahrens») betrifft mit Blick auf die explizite Nennung der Beschwerdefristen das nichtstreitige und das Streitige Verfahren; der Verordnungsgeber kann praktisch von allen verfahrensrechtlichen Sicherungen im Gesetz abweichen. Überdies sind die entsprechenden Verordnungsbestimmungen einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle nur schwach unterworfen, da der Gesetzge-

¹⁸⁹ Rohdatenpapier I, 6.

¹⁹⁰ AS 2012 5359 ff. Die Regelung trat am 29. September 2012 in Kraft und gilt bis 28. September 2015.

¹⁹¹ Vgl. Votum Sommaruga im Ständerat, AB 2012 S 696 f.

¹⁹² Vgl. etwa die Massnahmen für einen verbesserten Rechtsschutz in der Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes (Kurzfristige Massnahmen) vom 23. September 2011 (BBl 2011 7325 ff., 7332 f.).

¹⁹³ Zur experimentellen Rechtsetzung siehe MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, N 275 f.; Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden, 3. Aufl., Bern 2007, N 586 ff.

ber dem Bundesrat ein weites Ermessen einräumen wollte und dieser Entscheid unter Art. 190 BV vom Bundesgericht zu respektieren sein wird¹⁹⁴.

- 85 Insgesamt sind die Entwicklungen im Ausländer- und Asylrecht stark im Fluss; die Problembereiche haben sich seit dem Zwischenbericht von 2010 nicht unwesentlich verschoben resp. akzentuiert. Aus unserer Sicht fehlt derzeit ein gesamtheitliches Grundkonzept. Die einzelnen Einbrüche in den Rechtsschutz wirken eher zufällig. Die geltende Regelung mag historisch und politisch nachvollziehbar sein, kann aber aus dem Blickwinkel des Rechtsschutzes nicht befriedigen – übrigens auch nicht aus dem Blickwinkel einer adäquaten Belastung der Gerichte durch diese Fälle. Die – rechtsstaatlich nicht unbedenkliche – Experimentierklausel in Art. 112b AsylG dürfte Ausdruck dieses Unbehagens sein und sollte Anlass geben, die Fragen des Rechtsschutzes à fonds zu klären. Dabei ist einerseits zu diskutieren, welcher Rechtsschutz Asylbewerberinnen und Asylbewerbern sowie Ausländerinnen und Ausländern eigentlich zukommen soll, namentlich im Vergleich mit dem sonst vorhandenen Rechtsschutzniveau. Andererseits ist die Rolle des Bundesgerichts mit Blick auf eine allfällige Umgestaltung von Art. 83 BGG¹⁹⁵ stringent zu definieren. Es besteht Handlungsbedarf für den Gesetzgeber.

c) Einbürgerung

- 86 Art. 83 Bst. b BGG nimmt Entscheide über die ordentliche Einbürgerung von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aus. Gegenüber kantonalen oder kommunalen Einbürgerungsentscheiden ist somit nur, aber immerhin die Verfassungsbeschwerde möglich. Im Vordergrund stehen die Rügen der Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV sowie die Verletzung von verfassungsmässigen Verfahrensrechten.

¹⁹⁴ «Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weites Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV (Fassung gemäss Justizreform, vormals Art. 191 BV) für das Bundesgericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist» (BGE 136 II 337 E. 5.1).

¹⁹⁵ Vgl. oben Rz. 51 ff.

Neu lässt das Bundesgericht gestützt auf Art. 14 und Art. 15b BüG unabhängig von einem kantonalen Anspruch auf Einbürgerung bei gegebenen Voraussetzungen die Rüge der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) sowie des Willkürverbots (Art. 9 BV) zu. Es kann somit geltend gemacht werden, «sämtliche bundes- und kantonrechtlichen Einbürgerungsvoraussetzungen seien offensichtlich erfüllt, weshalb sich [die] Nichteinbürgerung als klarerweise unhaltbar und rechtsungleich erweise»¹⁹⁶. 87

Für das Verfahren im Kanton bestimmt Art. 15a 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. 15b 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. 15b Abs. 2 BüG). Eine Volksinitiative, welche «demokratische Einbürgerungen» verlangte¹⁹⁷, wurde am 1. Juni 2008 von Volk und Ständen verworfen¹⁹⁸.

Weitere Entscheide der kantonalen Behörden werden nicht von Art. 83 Bst. b BGG erfasst und sind folglich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht anfechtbar. 88

Verfügungen des Bundesamtes für Migration auf dem Gebiet des Bürgerrechts¹⁹⁹ können zunächst mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und sodann letztinstanzlich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden. Dies gilt – im Unterschied zum früheren Recht (vgl. Art. 100 Abs. 1 Bst. c OG) – insbesondere auch für Einbürgerungsbewilligungen²⁰⁰. 89

¹⁹⁶ BGE 138 I 305 E. 1.4.6; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1359, 1362. Diese Rechtsprechung wurde positiv gewertet (KÄLIN/KÜNZLI/LIENHARD/TSCHANNEN/TSCHENTSCHER/WYTTENBACH, 691; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1359).

¹⁹⁷ BBl 2006 8953 ff. – Zur Begründungspflicht vgl. auch BGE 138 I 305, 314 (E. 2.3).

¹⁹⁸ BBl 2008 6161 ff.

¹⁹⁹ 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).

²⁰⁰ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 47; HARTMANN/MERZ, in: Ausländerrecht, N 12.92; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 83 N 23. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1359,

- 90 Insgesamt erscheint damit das frühere «Reservat staatlicher Willkür»²⁰¹ stark ausgetrocknet²⁰², zumindest was den formalen Rechtsmittelweg betrifft. Es besteht kein Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber.

d) Prüfungswesen

- 91 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 Bst. t BGG). Bei diesen Entscheiden kommt den zuständigen Stellen regelmässig ein grosser Ermessensspielraum zu, weshalb sie sich für eine richterliche Überprüfung schlecht eignen²⁰³.
- 92 Erfasst werden sämtliche Fähigkeitsbewertungen, die auf einer Beurteilung der persönlichen Fähigkeiten des Bewerbers oder der Bewerberin beruhen, wozu nach neuerer bundesgerichtlicher Praxis auch die geistigen und körperlichen Fähigkeiten zählen²⁰⁴. Der Ausschluss beschränkt sich auf das Prüfungsergebnis als solches²⁰⁵. Sind dagegen die Zulassung zu einer Prüfung oder das Erfordernis einer Prüfung strittig, ist die Beschwerde zulässig²⁰⁶.
- 93 Gegen kantonale Prüfungsentscheide oder Fähigkeitsbewertungen steht grundsätzlich die Verfassungsbeschwerde offen. Entscheide der Bundesbehör-

bezeichnen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über Einbürgerungsbewilligungen als letztinstanzlich.

²⁰¹ Vgl. dazu nur GEORG MÜLLER, *Reservate staatlicher Willkür*, 119 f.

²⁰² So üben etwa HARTMANN/MERZ grundsätzlich keine Kritik am gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittelweg im Einbürgerungswesen (in: *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 (in: *Ausländerrecht*, N 12.99 a.E.).

²⁰³ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 297; vgl. auch oben Rz. 36 f. Vgl. zur Thematik nunmehr auch ausführlich SCHINDLER/LOUIS, 509 ff.

²⁰⁴ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 296; BGE 138 II 42 E. 1.1; BGE 136 I 229 E. 1; BGE 136 II 61 E. 1.1.1; 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).

²⁰⁵ BGE 136 II 470 E. 1.2; BGE 136 I 229 E. 1.

²⁰⁶ BGer, Urteil 2C_417/2011 vom 13. Januar 2011 E. 1 mit einer Zusammenfassung der Rechtsprechung; BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 299; SEILER, in: *Seiler/von Werdt/Gün-gerich*, BGG, Art. 83 N 104.

den können 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 bzw. der Beschwerdeführerin sowie der anderen Prüfungskandidatinnen und -kandidaten 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 Kognition²⁰⁷. Ausserdem beschränken das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht den Streitgegenstand i.d.R. auf das Prüfungsergebnis als solches und lassen die Überprüfung einzelner Noten nicht zu²⁰⁸. Ausnahmsweise überprüfen sie – in Ausdehnung des Rechtsschutzes gegenüber früher – auch einzelne Noten, wenn die Höhe der einzelnen Note bestimmte Rechtsfolgen nach sich zieht (Einfluss auf das Prädikat)²⁰⁹.

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 gering einzustufen. Das Bundesgericht hat dazu in seiner früheren Rechtsprechung auch schon lakonisch festgehalten, dass staatsrechtlichen Beschwerden gegen Prüfungsentscheide regelmässig nur «geringe Erfolgsaussichten» zukämen²¹⁰. In der Tat auferlegen sich Gerichte oft eine Zurückhaltung, die den Massstab einer Willkürprüfung teilweise unterschreitet²¹¹. 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, erscheint

94

²⁰⁷ BVGer, Urteil B-6462/2011 vom 2. Oktober 2012 E. 3; BVGer, Urteil B-6228/2011 vom 2. Oktober 2012 E. 3; 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; BGE 121 I 225, 230; BGE 118 Ia 488, 495 f.; BGE 106 Ia 1, 2 ff.

²⁰⁸ BVGE 2009/10 E. 6.2.1; BGE 136 I 229 E. 2.6.

²⁰⁹ BVGE 2009/10 E. 6.2.1; BGE 136 I 229 E. 2.6.

²¹⁰ BGer, Urteil 2P.82/2001 vom 12. Juni 2001 E. 4.

²¹¹ Vgl. UHLMANN, Willkürverbot, 353 ff.; vgl. HELG, 213.

mindestens nicht selbstverständlich²¹². Wir sehen aber vorderhand keinen Handlungsbedarf, mindestens nicht solchen für den Gesetzgeber.

e) Begnadigungen

- 95 Durch Begnadigung können rechtskräftig auferlegte Strafen ganz oder teilweise erlassen oder in mildere Strafarten umgewandelt werden (Art. 383 StGB). Das ursprüngliche Straferkenntnis behält dabei seine Gültigkeit, dessen Vollzug wird jedoch durch die Begnadigung aufgehoben²¹³.
- 96 Art. 173 Abs. 1 Bst. k i.V.m. Art. 157 Abs. 1 Bst. 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 Bst. a StGB). Bei Urteilen kantonaler Behörden ist eine kantonale Begnadigungsbehörde zuständig (Art. 381 Bst. b StGB).
- 97 Beim Entscheid über eine Begnadigung kommt der verantwortlichen Behörde grosses Ermessen zu. Inwieweit der (ablehnende) Entscheid begründet werden muss, ist in der Praxis umstritten²¹⁴. Das Bundesgericht verneint eine Begründungspflicht in ständiger Rechtsprechung²¹⁵. Gerichtlicher Rechtsschutz ist kaum gegeben. In den Rückmeldungen sind die Begnadigungen allerdings nicht thematisiert worden. Wir sehen – namentlich mit Blick auf die geringe praktische Bedeutung – keinen Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber.

²¹² HELG, 216 f., rechtfertigt die Reduktion der Prüfungsdichte mit verfahrensrechtlichen Besonderheiten (fehlende fachspezifische Kenntnisse und Zeitdruck) und führt aus, dass die Reduktion der Prüfungsdichte vor falschen Erwartungen schützen kann. Ausserdem führt bereits die Möglichkeit des Rechtsschutzes bei Prüfungsentscheiden tendenziell dazu, dass die Prüfungsinstanz bei der Korrektur schriftlicher Prüfungen nach einem nachvollziehbaren Lösungsschema vorgeht.

²¹³ 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.).

²¹⁴ Bejahend etwa BIAGGINI, Komm. BV, Art. 173 N 29; verneinend VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 127.

²¹⁵ 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.

f) Politische Rechte

In drei Urteilen vom 1. Oktober 2009 hatte sich das Bundesgericht mit Beschwerden gegen die Abstimmung über die biometrischen Pässe zu befassen²¹⁶. Die Vorlage war am 17. Mai 2009 sehr knapp angenommen worden²¹⁷. Verschiedene Stimmberechtigte erhoben auf kantonaler Ebene Abstimmungsbeschwerde (Art. 77 Abs. 1 Bst. 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 Voraussetzungen einer Nachzählung festzulegen (mittels Umschreibung in Worten oder einer fixen Prozentzahl)²¹⁸.

98

In BGE 138 I 61 ff.²¹⁹ beurteilte das Bundesgericht die eidgenössische Abstimmung über die Unternehmenssteuerreform II, bei welcher sich im Nachhinein herausstellte, dass die Informationen im Abstimmungsbüchlein bezüglich der Steuerausfälle nicht vollständig waren²²⁰. Wie zuvor bereits die Berner Kantonsregierung kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Abstimmungsbeschwerde nach Art. 77 Abs. 2 BPG zu spät eingereicht worden sei (E. 4.2)²²¹ und dass im Gesetz kein Verfahren auf Revision oder Wiedererwägung vorgesehen sei (E. 4.3). Dennoch trat das Bundesgericht gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV und

99

²¹⁶ BGE 136 II 132 ff.; BGer, Urteil 1C_241/2009 vom 1. Oktober 2009; BGer, Urteil 1C_253/2009 vom 1. Oktober 2009.

²¹⁷ BBl 2009 7539 ff.

²¹⁸ Vgl. BGE 136 II 132 E. 2.7. – Der Bundesrat will durch eine Teilrevision des BPR erreichen, dass eine Nachzählung nur bei Glaubhaftmachung von Unregelmässigkeiten verlangt werden kann (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 29. November 2013 zur Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte, BBl 2013 9217, 9239 ff., 9252 ff., 9256, 9264 ff.; Art. 13 Abs. 3 E-BPR, BBl 2013 9271).

²¹⁹ Der Bundesrat erachtete sich in dieser Sache ebenfalls für zuständig, doch erliess er einen Nichteintretensentscheid mit der Begründung, es fehle an den Voraussetzungen für eine Wiedererwägung oder Revision des Erwahrungsbeschlusses (VPB 2012.5).

²²⁰ In diesem Zusammenhang wurden eine Motion und eine Interpellation eingereicht. Die Motion 12.3972 Kapitaleinlageprinzip wurde im Ständerat angenommen, im Nationalrat jedoch abgelehnt. Die Interpellation 12.3618 Keine Unternehmenssteuerreform III ohne vorgängige Korrektur zu den verheimlichten Steuerausfällen aus der Unternehmenssteuerreform wurde im Juni 2014 abgeschrieben, weil sie mehr als zwei Jahre hängig war. Vgl. auch die Interpellation 12.4003 Mehr Sicherheit dank Schengen. Entlastung im Asylwesen dank Dublin? Kostenexplosion und Kriminalität zeigen die Wirklichkeit auf (erledigt).

²²¹ Siehe zur Problematik des Fristablaufs nach Art. 77 Abs. 2 BPG auch BGE 113 Ia 146.

Art. 29a BV auf die Beschwerde ein (E. 4.3). Materiell stellte das Bundesgericht eine Verletzung der Abstimmungsfreiheit nach Art. 34 Abs. 2 BV fest (E. 8.6), hob jedoch die Abstimmung aus Gründen der Rechtssicherheit nicht auf (E. 8.7)²²².

- 100 Es erscheint fraglich, ob hinreichender Rechtsschutz gegen gesamtschweizerische Abstimmungsunregelmässigkeiten besteht. Aus dem Bundesgericht ist der Rechtsweg an die Kantonsregierung als «untauglich» bezeichnet worden²²³. Das Bundesgericht hat in seinen Urteilen unserer Ansicht nach zu Recht eine Rechtsschutzlücke ausgemacht, den Ball aber letztlich dem Gesetzgeber zugespielt²²⁴.

Die Problematik dürfte in der Praxis zwar nur selten auftauchen, ist dann aber oft von hoher Bedeutung. Es bestehen Rechtsunsicherheiten. Der Handlungsbedarf für den Gesetzgeber ist damit bereits aus Gründen der Rechtssicherheit zu bejahen. Zu klären sind die jeweiligen Kompetenzen von Bundesgericht, Bundesrat und Kantonsregierungen.

²²² Siehe zur Kritik an «der rechtlichen Abstützung der nachträglichen Beschwerdemöglichkeit» in BGE 138 I 61 ff. (nicht aber am Ergebnis) BIAGGINI, Volksabstimmung, 431 ff.

²²³ Rohdatenpapier I, 3. Ebenso ist eine Kritik aus BGE 137 II 177 E. 1.2.2 («Die Zuständigkeit der Kantonsregierungen als erste Beschwerdeinstanzen ist für Beanstandungen von kommunalen oder regionalen Sachverhalten sachgerecht.») und E. 1.2.3 («Das ist etwa der Fall, wenn die Verschiebung oder Absetzung einer eidgenössischen Abstimmung verlangt wird, was offensichtlich nicht in der Kompetenz einer Kantonsregierung liegt.») an der geltenden Rechtslage herauszulesen.

²²⁴ In BGE 136 II 132 hat das Bundesgericht zunächst festgestellt, dass für die Frage der Nachzählung auf das eidgenössische Gesamtresultat abzustellen sei; materiell beurteilte das Bundesgericht das eidgenössische Abstimmungsergebnis nicht als derart knapp, dass sich die Anordnung einer Nachzählung aufdrängen würde (E. 2.6). Es appellierte aber an den Bundesgesetzgeber, die bestehenden Rechtsschutzbestimmungen den verfassungsmässigen Anforderungen anzupassen (E. 2.7). In BGE 137 II 177 E. 1.2.3 präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung dahingehend, dass der Rechtsmittelweg nach Art. 77 Abs. 2 BPR auch dann einzuhalten sei, wenn sich die fraglichen Unregelmässigkeiten auf mehrere Kantone verteilten. Eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht sei ausgeschlossen. Jedoch beurteile das Bundesgericht auch Rügen, welche die Kantonsregierung mangels Zuständigkeit nicht behandeln könne, sofern diese Fragen bereits im kantonalen Verfahren diskutiert wurden. Vgl. auch BGE 138 I 61 E. 3.2 und 4.1 sowie VPB 2012.5 E. 1 und Bericht Gesamtergebnisse, 9107 f. (siehe hinten S. 133 f.).

3. Sonderprobleme

a) Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die Auswirkungen der neuen Bundesgesetzgebung; die begrenzte Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen ist demgegenüber bereits im Verfassungsrecht angelegt²²⁵. Die Frage ist in der Wissenschaft ausführlich diskutiert worden²²⁶. 101

Bemerkenswert ist, dass in den Rückmeldungen aus den Gerichten Art. 190 BV zu den am häufigsten genannten Lücken zu zählen ist, mehr in den ersten Rückmeldungen²²⁷, weniger in den Befragungen 2011 – was damit zusammenhängen dürfte, dass in den Befragungen 2011 in erster Linie nach *neuen* Rechtsschutzlücken gefragt wurde. Auch die Politik hat sich mit der Frage beschäftigt. Am 6. Dezember 2011 hatte der Nationalrat – eher überraschend – einer Streichung von Art. 190 BV zugestimmt²²⁸. Der Ständerat ist dagegen am 5. Juni 2012 auf die Vorlage nicht eingetreten²²⁹, der Nationalrat hat sich während der Abfassung dieses Berichts der Meinung des Ständerates angeschlossen²³⁰. 102

²²⁵ 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, N 1924 ff.; HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 29 ff.).

²²⁶ Siehe statt vieler aus jüngster Zeit AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1919 ff.; RHINOW, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 1 ff.; AUER/GRIFFEL, Rz. 1 ff.; UHLMANN/HOFSTETTER, Rz. 1 ff.; LOOSER, § 1 ff.

²²⁷ Rohdatenpapier I, 1 f., 5; Rohdatenpapier II, 3, 5 f.

²²⁸ AB 2011 N 1927.

²²⁹ AB 2012 S 445.

²³⁰ AB 2012 N 1973.

- 103 Den Autoren dieses Berichts ist bewusst, dass damit die Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen in absehbarer Zeit kaum politisch aufgenommen werden dürfte. Sie weisen aber darauf hin, dass der Rechtszustand derzeit unbefriedigend ist. Weder ist eindeutig geklärt, was geschieht, falls der Bundesgesetzgeber in bewusster Inkaufnahme eines Verstosses gegen die EMRK ein Bundesgesetz revidieren oder neu erlassen sollte (Schubert-Praxis)²³¹, noch ist sachlich zu rechtfertigen, dass wichtige Grundrechte wie Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie und Willkürverbot mangels staatsvertraglicher Grundlage prozessual zu Grundrechten zweiter Klasse werden²³².
- 104 Aus unserer Sicht ist die parlamentarische Initiative primär deswegen gescheitert, weil das Parlament «das letzte Wort» über die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen haben wollte. Akzeptiert man diese Entscheidung als politische Prämisse, könnte unseres Erachtens ein Modell näher geprüft werden, welches eine umfassende rechtliche Prüfung von Bundesgesetzen vorsieht, gleichzeitig aber dem Parlament erlaubt, «seine» Gesetze entgegen einem gerichtlichen Urteil aufrechtzuerhalten und im Sinne von Art. 190 BV für «anwendbar» zu erklären. Ein solches Modell ginge nur wenig über den heutigen Rechtszustand hinaus, weil bereits heute das Bundesgericht Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen kann; Art. 190 BV enthält ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot²³³. Das Bundesparlament kann auf einen solchen Appellentscheid reagieren – und reagiert auch²³⁴. Eine etwas verbindlichere Form der Feststellung einer Verfassungswidrigkeit würde das Parlament zwingen, die Verfassungsmässigkeit explizit und entgegen der Auffassung des Bundesge-

²³¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1926 f.; BIAGGINI, Staatsrecht, § 9 N 34. BGE 136 III 168 E. 3.3.4, worin die II. zivilrechtliche Abteilung die Anwendung der Schubert-Praxis als naheliegend erachtete, in concreto die Frage jedoch offenliess. Siehe dazu auch FELIX SCHÖBI, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen?, Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, 131 ff. In BGE 136 II 241 E. 16 wird ausgeführt, dass insbesondere im Bereich Menschenrechte, aber auch ausserhalb dieses Bereichs, das Völkerrecht dem Landesrecht vorgeht. In der Folge anerkannte das Bundesgericht, dass das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU dem Landesrecht vorgeht. BGE 138 II 524 E. 5 scheint die Schubert-Praxis klar einschränken zu wollen. In BGE 139 I 16 E.5 führte das Bundesgericht aus, dass im Konfliktfall zumindest die EMRK entgegenstehendem Verfassungsrecht vorgehe.

²³² Siehe zu dieser Problematik RHINOW, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 13 f.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 16; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1881 ff.

²³³ BGE 137 I 128 E. 4.3.1; BGE 136 II 120 E. 3.5.1; BGE 136 I 65 E. 3.2; BGE 136 I 49 E. 3.1; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1651.

²³⁴ Z.B. Familiennachzug (BGE 136 II 120 E. 3.5.3 m.w.H. und Ausführungen).

richts innert einer bestimmten Frist zu bestätigen. Stillschweigen des Parlaments – etwa, weil es sich um eine untergeordnete, «unpolitische» Korrektur eines Gesetzes handelt – würde zur Aufhebung der entsprechenden Bestimmung führen.

Damit wäre auch geklärt, dass das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen prüfen kann und bei entsprechender Rüge der Prozessparteien auch prüfen muss. Der Appell an den Bundesgesetzgeber wäre stärker als heute, weil durch ein bundesgerichtliches Urteil eine Vermutung der Aufhebung des verfassungswidrigen Bundesgesetzes geschaffen würde. Die heutige Machtbalance zwischen Parlament und Gerichten bliebe aber gewahrt; die Letztverantwortung für die Verfassungsmässigkeit bliebe beim Bundesgesetzgeber.

Wir regen an, ein solches «Bestätigungsmodell» zu prüfen. Es führt unserer Ansicht nach zu einer konsistenteren und transparenteren Gewaltenteilung zwischen Bundesgericht und Parlament. Näher zu prüfen wäre dabei, ob eine solche Änderung einer Verfassungsrevision bedürfte oder nicht. Auch Fragen des Normenkontrollverfahrens (konzentriert oder diffus, abstrakt oder konkret) wären zu vertiefen.

105

b) Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde war in der Reformvorlage des Bundesrates noch nicht vorgesehen. Sie ist erst durch die «Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz» erarbeitet worden²³⁵. Ihre Einführung stand schwergewichtig im Zeichen der

106

²³⁵ 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 (AB 2004 N 1577 ff.; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, 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

Kompensation befürchteter Rechtsschutzdefizite. Solche wurden insbesondere durch das «Zusammenspiel von Zugangsbeschränkungen und Einheitsbeschwerde, verbunden mit der Abschaffung der staatsrechtlichen Beschwerde», erwartet²³⁶. 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 Entscheiden 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 gewährleisten könne²³⁷. Auch eine einheitliche Anwendung des Bundesverwaltungsrechts durch die kantonalen Behörden könne das Bundesgericht nicht mehr sicherstellen²³⁸. Weiter wurde bemängelt, dass in verschiedenen Sachgebieten, in denen sich für die Betroffenen existenzielle Fragen stellen können, wie etwa im Asyl- bzw. Ausländerrecht²³⁹, selbst Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen sind²⁴⁰. 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)²⁴¹. Die Zugangsbeschränkungen im Bereich der Bagatelldarstellungen (Art. 74 E-BGG) stuft er dagegen als problematisch ein²⁴².

übernommen; ein Vernehmlassungsverfahren zu den entsprechenden Bestimmungen hatte nicht stattgefunden (vgl. BSK BGG-BIAGGINI, Art. 113 N 1 ff.; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Günther, BGG, Art. 113 N 1 ff.).

²³⁶ RASELLI, Beschwerde, 5; MISIC, N 39 ff., insb. N 43 a.E., vertritt diese Ansicht nicht und ist der Meinung, dass es zwar zu einer gewissen Verkürzung des Rechtsschutzes gekommen wäre, jedoch nicht eine eigentliche Rechtsschutzlücke entstanden wäre.

²³⁷ Vgl. KOLLER/AUER, 471 f; WALDMANN, 754. Im Einzelnen wurden etwa die Gebiete der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse (Art. 78 Abs. 1 Bst. f E-BGG), der Subventionen ohne Rechtsanspruch (Art. 78 Abs. 1 Bst. j E-BGG), der Stundung und des Erlasses von Abgaben (Art. 78 Abs. 1 Bst. l E-BGG) sowie der Prüfungsentscheide und Fähigkeitsbewertungen (Art. 78 Abs. 1 Bst. q E-BGG) erwähnt.

²³⁸ KIENER/KUHN, 148. Differenzierter hierzu KOLLER/AUER, 470 f.

²³⁹ Vgl. MOSIMANN, Fn. 11.

²⁴⁰ RASELLI, Beschwerde, 5.

²⁴¹ RASELLI, Beschwerde, 5, verwies jedoch immerhin auf die Unsicherheit bezüglich der künftigen bundesgerichtlichen Auslegung des Begriffs der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

²⁴² RASELLI, Beschwerde, 4 f.

Prima vista dürften diese Rechtsschutzdefizite durch die Verfassungsbeschwerden beseitigt worden sein. Rechtsschutzbedenken wurden in ersten Rückmeldungen aus den Bundesgerichten gegenüber der Kontrolle von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts geäußert²⁴³. Dies bestätigt die *Asymmetrie* von Eingriffen im Rahmen des Ausschlusskataloges von Art. 83 BGG²⁴⁴.

107

c) Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund

Mit der Einrichtung des Bundesverwaltungsgerichts wurden die bisherigen eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen sowie das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren abgeschafft²⁴⁵. 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 Rechtslage, Sachverhalt und Angemessenheit der angefochtenen Verfügung, eingeräumt (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG)²⁴⁶.

108

In der Lehre²⁴⁷ sowie in Rückmeldungen aus der Praxis²⁴⁸ mehren sich Zweifel an der Richtigkeit dieser Entscheidung. 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»²⁴⁹. Diese Kritik ist unseres Erachtens ernst zu nehmen.

109

²⁴³ Vgl. oben Rz. 52 f.

²⁴⁴ Vgl. dazu oben Rz. 57.

²⁴⁵ 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 bis zum 1. Juli 2013 noch das Beschwerdeverfahren im Bundespersonalrecht (vgl. Art. 35 Abs. 1 BPG i.V.m. Art. 110 BPV; siehe zur Gesetzesänderung Fn. 255).

²⁴⁶ Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4256; KNEUBÜHLER, 304 f., 314 ff.; KOLLER, Bundesrechtspflege, 73 f.; MARTI, Verwaltungsrechtspflege, 410; SCHINDLER, Verwaltungsermessens, N 230.

²⁴⁷ FELLER/MÜLLER, 442 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1740; MARTI, Verwaltungsrechtspflege, 410; GEORG MÜLLER, Verwaltungsgerichte, 344; MARKUS MÜLLER, Rechtsweggarantie, 179 ff., 190 f.; THURNHERR, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. 112 N 27. Dazu ausführlich und mit einer Zusammenstellung der Lehre SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. 49 N 3 ff.

²⁴⁸ Rohdatenpapier I, 6.

²⁴⁹ Rohdatenpapier I, 6.

- 110 Gleichzeitig macht das Bundesverwaltungsgericht gute Gründe geltend, die für eine richterliche Zurückhaltung sprechen (umfassende Kognition im Sinne der Beschwerdegründe, aber herabgesetzte Prüfungsdichte)²⁵⁰. Die Lösung kann kaum darin liegen, das Gericht einfach zu einer umfassenden Ermessensprüfung auch in allen Fällen zu zwingen, die es dazu für nicht geeignet hält²⁵¹.
- 111 Aus unserer Sicht ist störend, dass die Frage allein der Gerichtspraxis überlassen wird. Dies gilt umso mehr, als gerade bei der Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege sowie der Schieds- und Rekurskommissionen die volle Kognition des Bundesverwaltungsgerichts als Kompensationsmechanismus ins Feld geführt wurde. Art. 49 Bst. a VwVG steht heute für ein Versprechen, das nicht eingelöst wird²⁵².
- 112 Die Frage der Kognition und der Prüfungsdichte ist für die Prozesschancen und damit für den Rechtsschutz von wesentlicher Bedeutung²⁵³. Wichtige und grundlegende Fragen sind vom Gesetzgeber zu entscheiden (Art. 164 Abs. 1 BV). Dieser muss vorliegend klären, ob er – auf dem Papier – an einer umfassenden Kognition des Bundesverwaltungsgerichts festhalten will. Wird die Kognition für gewisse Sachgebiete oder Fallgruppen eingeschränkt, ist zu fragen, ob diesfalls Kompensationsmechanismen²⁵⁴ – etwa durch Wiedereinführung einer verwaltungsinternen Beschwerdemöglichkeit – zu schaffen sind.

²⁵⁰ Das Bundesverwaltungsgericht schränkt z.B. seine Prüfungsdichte bei Prüfungsfragen (BVGer, Urteil B-6462/2011 vom 2. Oktober 2012 E. 3; siehe dazu auch Fn. 207) oder der Bewertung von Subventionsvergaben (BVGer, Urteil B-2782/2007 vom 4. Oktober 2007 E. 2) ein. Siehe für eine umfassende Darstellung der Lehre SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. 49 N 9 ff.

²⁵¹ Vgl. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 232, wonach «Kognitionsvorschriften nicht mehr als grobe Richtungsvorgaben des Gesetzgebers» sind und «der Gesetzgeber bei der Formulierung von Kognitionsvorschriften die Grenzen richterlicher Entscheidung im Auge behalten [muss]. Zuständigkeitsumschreibungen wie diejenige des Bundesverwaltungsgerichts, welche flächendeckend eine umfassende richterliche Prüfung vorschreiben, müssen zwangsläufig zu richterlicher Überforderung führen [...]. Die Gerichte werden dadurch gezwungen, Ausweichmanöver und Rückzugsformeln zu entwickeln». Vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N 2.154 ff.

²⁵² SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 470.

²⁵³ MARKUS METZ/FELIX UHLMANN, Besonderheiten bei der Prozessführung im öffentlichen Recht, AJP 2004, 343 ff., 350 f.

²⁵⁴ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 452 ff., insb. N 471 ff., beschreibt und bewertet drei Modelle, die einen sachkundigen Rechtsschutz sicherstellen können (sehr hohe Anforderungen an das nichtstreitige, erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Aneignung des nötigen Fachwissens durch die Gerichte, Beizug von aussenstehenden Experten für die fachliche Beurteilung). Der Bundesrat möchte jedenfalls den Ausschluss

Schwieriger ist eine gesetzliche Regelung der Prüfungsdichte, da dieser Bereich typischerweise durch die Gerichte selbst entschieden wird. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber beispielsweise für gewisse Fachbereiche den Beizug unabhängiger Expertisen vorschreibt, welche das Wissensungleichgewicht zwischen Verwaltung und Gerichten ausgleicht.

Der Gesetzgeber sollte also Sachbereich für Sachbereich prüfen, ob er an der umfassenden Kognition des Bundesverwaltungsgerichts festhalten will. Schränkt er die Kognition ein, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine Prüfung des Ermessens durch eine verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz vorgängig zum Bundesverwaltungsgericht aus Rechtsschutzgründen angezeigt ist²⁵⁵. Belässt er die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in einem Sachbereich und will er die Kontrolle vor Bundesverwaltungsgericht verstärken, muss überlegt werden, ob flankierende Massnahmen (z.B. obligatorische Expertisen) aus Gründen des Rechtsschutzes angezeigt sind. 113

IV. Fazit und Empfehlungen

Im Zwischenbericht vom Januar 2010 wurde festgehalten, dass die neue Bundesrechtspflege *keine eklatanten Rechtsschutzlücken* offengelassen oder gar geschaffen hat. Diese Einschätzung findet sich durch weitere Befragungen bestätigt. 114

Vertiefte Abklärungen zeigen aber Handlungsbedarf in einzelnen Sachbereichen. Die folgenden Empfehlungen stellen eine Auswahl der unseres Erachtens wichtigsten Bereiche dar. Die Empfehlungen stehen zueinander in einem Verhältnis der Ergänzung, wobei nicht verkannt wird, dass zwischen den einzelnen Empfehlungen Interdependenzen bestehen, so z.B. zwischen Empfehlung 3 (Kognition Bundesverwaltungsgericht) und Empfehlung 4 (Ausländer- und 115

der bundesverwaltungsgerichtlichen Angemessenheitskontrolle zur Regel machen, vgl. Bericht Gesamtergebnisse, 9104 (siehe hinten S. 130).

²⁵⁵ So etwa noch die Regelung im öffentlichen Dienstrecht (Art. 35 BPG i.V.m. Art. 112 BPV i.V.m. Art. 49 VwVG). Diese Regelung wurde im Zuge der Revision des Bundespersonalgesetzes gestrichen, so dass direkt die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zu erheben ist (Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011 6703 ff., 6724 f.; Bundespersonalgesetz [BPG], Änderung vom 14. Dezember 2012, BBl 2012 9705 ff., 9715; mit Wirkung seit 1. Juli 2013, AS 2013 1493).

Asylbereich). Die Empfehlungen richten sich alle – mit Ausnahme von Empfehlung 2, wo eine Klärung durch das Bundesgericht zu erwarten ist – an das Parlament als Gesetzgeber resp. den Bundesrat als Wegbereiter neuer Gesetze.

1. Der Ausschlusskatalog gemäss Art. 83 BGG ist gesamthaft einer Überprüfung zu unterziehen und im Lichte der Funktionen des Bundesgerichts zu überarbeiten. Das Bundesgericht soll alle Fälle entscheiden können, die im Lichte der Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung höchstrichterlich zu klären sind. Eine Beschränkung des Rechtswegs ans Bundesgericht erscheint dort angemessen, wo hinreichender Rechtsschutz durch die Vorinstanzen gewährleistet ist und die Einschränkung tatsächlich zu einer Entlastung des Bundesgerichts führt.
2. Weiter zu beobachten ist, ob beim Entscheid über Zwischenverfügungen, namentlich im Strafprozessrecht, das Bundesgericht ausreichenden Rechtsschutz und eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleisten kann.
3. Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts ist durch den Gesetzgeber zu klären. Soweit die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Ermessensbereich eingeschränkt wird, ist zu überlegen, ob vorgängig eine andere Instanz eine Ermessenskontrolle vornehmen sollte.
4. Der Rechtsschutz im Ausländer- und vor allem im Asylbereich ist einer Gesamtüberprüfung zu unterziehen, namentlich mit Blick auf die Rolle des Bundesgerichts (Art. 83 Bst. c und d BGG).
5. Der Rechtsschutz im Bereich der eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen ist zu klären, unter anderem mit Blick auf die jeweiligen Kompetenzen von Bundesgericht, Bundesrat und Kantonsregierungen. Es bestehen Rechtsunsicherheiten.
6. Die Diskussion um Rechtsschutz in auswärtigen Angelegenheiten und in ausserordentlichen Lagen ist wieder aufzunehmen. Der Gesetzgeber sollte sich mit der Fragestellung beschäftigen.
7. Nach der Ablehnung der Streichung von Art. 190 BV durch die eidgenössischen Räte ist zu überlegen, ob die (gerichtliche) Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen eine Bestätigungspflicht betreffend solche Gesetze durch die Bundesversammlung auslösen sollte («Bestätigungsmodell»).

Literatur

- AEMISEGGER HEINZ, Zur Umsetzung der EMRK durch das Bundesgericht, Jusletter vom 20. Juli 2009 (zit. Umsetzung)
- 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. (zit. Öffentlichkeit)
- 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. (zit. Beschwerdegang)
- AEMISEGGER HEINZ, Zulässigkeitsanforderungen bei Individualrechtsbehelfen nach dem neuen Schweizerischen Bundesgerichtsgesetz, EuGRZ 2006, 500 ff. (zit. Zulässigkeitsanforderungen)
- AESCHLIMANN ARTHUR, Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz, ZBl 109 (2008), 397 ff.
- AUER ANDREAS, Le recours constitutionnel – terra incognita, in: Foëx Bénédic/Hottelier Michel/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Les recours au Tribunal fédéral, Zürich/Basel 2007, 157 ff. (zit. Recours)
- AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel/Frankfurt a.M. 1984 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- 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. (zit. Tribunal)
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Band I, L'Etat, 3. Aufl., Bern 2013
- AUER ANDREAS/GRIFFEL ALAIN, Die schweizerische Bundesverfassung ohne Artikel 190, in: «Justice-Justiz-Giustizia» 2012/1, Rz. 1 ff.
- AUER CHRISTOPH, Die Umsetzung des Bundesgerichtsgesetzes in die bernische Verwaltungsrechtspflege, ZBJV 2009, 225 ff. (zit. Umsetzung)
- 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. (zit. Rechtspflegereform)
- AUER CHRISTOPH, Der Rechtsweg in Zivilsachen, 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, 61 ff. (zit. Zivilsachen)
- 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/Genf/München 2006, 197 ff. (zit. Beschwerdebefugnis)

- 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 ...)
- 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.
- 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.
- 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. (zit. Politische Rechte)
- 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, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit: ersatzlose Aufhebung von Art. 190 BV als optimaler Weg? ZBJV 2012, 241 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- BIAGGINI GIOVANNI, Eine verzwickte Angelegenheit: Die nachträgliche Überprüfung der Regularität einer eidgenössischen Volksabstimmung, ZBI 113 (2012), 429 ff. (zit. Volksabstimmung)
- BIAGGINI GIOVANNI, § 9 Die Verfassung im Normengefüge, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Staatsrecht)
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007 (zit. Komm. BV, Art. ... N ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Habil. 1994, Basel 1996 (zit. Bundesstaat)
- BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Diss. Basel 1989, Basel/Frankfurt a.M. 1991 (zit. Richterrecht)
- 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: Aargauischer Anwaltsverband (Hrsg.), 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 BENOÎT, La loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RDAF 2009 I, 161 ff.
- 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.
- CARONI MARTINA/GÄCHTER THOMAS/THURNHERR DANIELA (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2010 (zit. BEARBEITER, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. ... N ...)
- 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 II 2006, 319 ff.
- CORBOZ BERNARD/WURZBURGER ALAIN/FERRARI PIERRE/FRÉSARD JEAN-MAURICE/AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Commentaire de la LTF, Bern 2009
- DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Bern 2008
- EGLI PATRIZIA, Gerichtlicher Rechtsschutz bei Prüfungsfällen, ZBI 112 (2011), 538 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, Anwaltsrevue 10 (2007), 103 ff.
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008 (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 Prüfständigkeit 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. 2005, 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, 3. Aufl., Zürich 2013

- GEISER THOMAS/MÜNCH PETER/UHLMANN FELIX/GELZER PHILIPP, Prozessieren vor Bundesgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band I, 3. Aufl., Basel 2011 (zit. BEARBEITER, Bundesgericht, N ...)
- 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/Genf/München 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/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012
- GRIFFEL ALAIN, § 27 Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011
- 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, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2010
- HÄNER ISABELLE/RÜSSLI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. BEARBEITER, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Art. ... N ...)
- HANGARTNER YVO, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, 131 ff.
- HAUSER PETRA/MATTLE ADRIAN, Repetitorium Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013
- HELG FELIX, Kognition bei der Überprüfung von Prüfungsentscheiden, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 209 ff.
- 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.
- IOBAL 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.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE/TSCHECHSCHER AXEL/WYTTENBACH JUDITH, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011 und 2012, ZBJV 2012, 673 ff.

- KAYSER MARTIN, Verwaltungsgerichte und Politik, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 443 ff.
- KIENER REGINA, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschannen 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/KRÜSI MELANIE, Bedeutungswandel des Rechtsstaates und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBI 110 (2009), 237 ff.
- KIENER REGINA/KUHN MATHIAS, Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung, ZBI 107 (2006), 141 ff.
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012
- 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, 293 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 (Hrsg.), Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 34), Zürich 1998, 305 ff.
- KOLLER HEINRICH/AUER CHRISTOPH, Totalrevision der Bundesrechtspflege – Rechtsschutzdefizite im Entwurf des Bundesrates?, ZSR 2002 I, 459 ff.
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013
- 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.

- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Geschäftslastbewirtschaftung bei Gerichten: Methodik, Erfahrungen und Ergebnisse einer Studie bei den kantonalen Verwaltungs- und Sozialversicherungsgerichten, ZBI 110 (2009), 413 ff.
- LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss., St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2011
- 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: Zäch Roger/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.
- MISIC ALEXANDER, Verfassungsbeschwerde, Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113–119 BGG), Diss., Zürich 2011.
- MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band X, 2. Aufl., Basel 2013
- 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: Leupold Michael/Rüetschi David/Stauber Demian/Vetter Meinrad (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, 335 ff. (zit. Verwaltungsgerichte)
- MÜLLER GEORG, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981 (zit. Reservate staatlicher Willkür)
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Rechtssetzungslehre)
- 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 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 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, 413 ff.
- NAY GIUSEP, Der Wille der Stimmbürger, NZZ vom 6. Dezember 2013, Nr. 284, 20
- 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, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK BGG-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NOLL ANDREAS, Wie viel Föderalismus verträgt die StPO? – Die Tragweite von Art. 93 BGG im Lichte von Art. 123 Abs. 1 BV am Beispiel der Verletzung von Verteidigungsrechten, ZStrR 2011, 440 ff. (zit. Föderalismus)
- NOLL ANDREAS, Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems – Ein Kontrapunkt zum Aufsatz von Hansjörg Seiler aus systemtheoretischer Optik, ZSR 2007 I, 557 ff. (zit. Kontrapunkt)
- 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 NICCOLÒ, Justizreform: Ende gut – alles gut? Versuch einer Bilanz, in: Tschannen Pierre (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007, 419 ff. (zit. Justizreform)
- RASELLI NICCOLÒ, 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 Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts (Fortsetzung), SJZ 103 (2007), 29 ff.
- RHINOW RENÉ, Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus: Ein Plädoyer für einen massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, Jusletter vom 14. März 2011 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- RHINOW RENÉ, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000 (zit. Bundesverfassung)
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010
- 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. (zit. Rechtsschutz)
- 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 (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2011 (zit. BEARBEITER, in: Sachs, Grundgesetz, Art. ... N ...)
- SCHAUB LUKAS, Die gerichtlichen Verfahrensgarantien: verkannter Gehalt der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV, AJP 2008, 1124 ff.
- SCHINDLER BENJAMIN, Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen, ZBI 113 (2012), 565 f.
- SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsmessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010 (zit. Verwaltungsmessen)
- SCHINDLER BENJAMIN/LOUIS PATRIK, Erstinstanzlicher Rechtsschutz gegen universitäre Prüfungsentscheidungen, ZBI 112 (2011), 509 ff.
- SCHMIDT-BLEIBTREU BRUNO/KLEIN FRANZ/HOFMANN HANS/HOPFAUF AXEL (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., Köln/München 2011 (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. (zit. Bundesverwaltungsgericht)
- 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, BGG, 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/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. BEARBEITER, in: Spühler/Aemissegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, Art. ... N ...)
- SUTER MATTHIAS, Der neue Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht, Diss., Bamberg 2007

- SUTTER KASPAR, Gerichtlicher Rechtsschutz in auswärtigen Angelegenheiten: mit einer Rechtsvergleichung zum französischen «acte de gouvernement», Diss. Bern, Zürich 2012
- TANQUEREL THIERRY, L'extension des voies de recours en matière administrative: des grands principes à la pratique concrète, LeGes 2007, 203 ff.
- TANQUEREL THIERRY/VARONE FRÉDÉRIC/BOLKENSTEYN ARUN/BYLAND KARIN, Le contentieux administratif judiciaire en Suisse: une analyse empirique, Genf/Zürich/Basel 2011
- TOPHINKE ESTHER, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 107 (2006), 88 ff.
- TRÜMLER RALPH, Notrecht, Diss. Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2012
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011 (zit. Staatsrecht)
- TSCHANNEN PIERRE, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 1999 II, 353 ff. (zit. Warnungen)
- TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, BTJP 2006, Bern 2007 (zit. Bundesrechtspflege)
- TSCHOPP-CHRISTEN MARIANNE, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Diss. Zürich, 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.), Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. BEARBEITER, in: Ausländerrecht, N ...)
- 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)
- UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Habil. Basel, Bern 2005 (zit. Willkürverbot)
- UHLMANN FELIX/HOFSTETTER DAVID, Aufhebung von Art. 190 BV, Jusletter vom 12. September 2011
- 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

Materialien

Bundesrat, Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBl 2013 9077 ff. (im Anhang wiedergegeben) (zit. Bericht Gesamtergebnisse)

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)

Interface (Andreas Lienhard, Stefan Rieder, Martin Killias, Christof Schwenkel, Sophie Nunweiler und Andreas Müller), Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege, Schlussbericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz vom 6. März 2013

Interface (Andreas Lienhard, Stefan Rieder, Martin Killias, Christof Schwenkel, Sophie Nunweiler und Andreas Müller), Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege, Zwischenberichte zuhanden der Begleitgruppe vom 2. Februar 2010 (zit. Zwischenbericht I) und vom 1. Oktober 2012 (zit. Zwischenbericht II), inklusive Anhang mit den Berichten der Experten zur Urteilsanalyse (zit. Zwischenbericht II Anhang)

Interface (Andreas Lienhard, Stefan Rieder, Martin Killias, Christof Schwenkel, Sophie Nunweiler und Andreas Müller), Rohdaten-Papiere vom 12. Oktober 2009 (zit. Rohdatenpapier I), vom 1. Dezember 2009 (zit. Rohdatenpapier II) und vom 4. Januar 2012 (zit. Rohdatenpapier III)

Motion Janiak 10.3054 vom 4. März 2010, Weiterzug von Urteilen des Bundesverwaltungsgerichtes an das Bundesgericht in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung auch im Bereich des öffentlichen Rechts, abrufbar unter http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103054, besucht am 14. Februar 2014

Uhlmann Felix/Biaggini Giovanni/Auer Andreas, Rechtsschutzlücken. Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, 1. Zwischenbericht, 2010, abrufbar unter http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/evaluation/bj/ber-rechtsschutzluecken-d.pdf, besucht am 14. Februar 2014

Uhlmann Felix/Biaggini Giovanni, Rechtsschutzlücken. Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Schlussbericht, März 2013

Anhang I

**Bericht
über die Gesamtergebnisse der Evaluation
der neuen Bundesrechtspflege***

vom 30. Oktober 2013

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

In Erfüllung des Postulats Pfisterer 07.3420 unterbreiten wir Ihnen den vorliegenden Bericht zur Kenntnisnahme.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrter Herr Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

30. Oktober 2013

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Ueli Maurer

Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

* BBl 2013 9077 ff.

Übersicht

In Erfüllung des Postulats Pfisterer vom 21. Juni 2007 (07.3420 «Evaluation über die Gesetzgebung zur Bundesrechtspflege und zur Justizreform») legt der Bundesrat die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vor.

In der Evaluation wird überprüft, ob die Ziele der Totalrevision der Bundesrechtspflege, die Anfang 2007 in Kraft getreten ist, erreicht wurden. Für die Untersuchungen wurden zwei externe Arbeitsgruppen beauftragt: Eine Arbeitsgemeinschaft, an der das Kompetenzzentrum für Public Management (kpm) der Universität Bern, Interface Politikstudien und die Universität Zürich beteiligt waren, erstellte eine umfassende Wirksamkeitsstudie. Ergänzend dazu untersuchte ein Projektteam der Universität Zürich, ob und gegebenenfalls in welchen Bereichen nach der Revision der Bundesrechtspflege noch Rechtsschutzlücken bestehen.

Sowohl die umfassende Wirksamkeitsstudie als auch die Studie über Rechtsschutzlücken kommen zum Schluss, dass die Reform der Bundesrechtspflege grossenteils gelungen ist. Dieser Befund basiert auf einer breiten empirischen Basis, auf verschiedenen methodischen Zugängen und auf den Überlegungen zweier Studiengruppen. Nach dem Inkrafttreten der Reform der Bundesrechtspflege 2007 wurden die damit eingeführten umfangreichen Änderungen ohne grössere Schwierigkeiten umgesetzt. Die Totalrevision der Bundesrechtspflege kann nach Ansicht des Bundesrates als Erfolg gewertet werden.

Zwei Probleme bleiben allerdings auch nach der Reform bestehen: Erstens ist das Bundesgericht nach einem zeitweisen Rückgang der Eingänge seit 2008 wieder mit mehr Eingängen konfrontiert; zudem ist das Bundesgericht der Ansicht, es sei teilweise falsch belastet, d. h. einerseits mit unbedeutenden und andererseits nicht mit allen für die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung grundlegenden Fällen befasst. Zweitens bestehen in einigen Bereichen noch Rechtsschutzlücken.

Es besteht somit noch Verbesserungspotenzial. Ansatzpunkte finden sich bei den Gerichten (Personalrekrutierung, Klärungen von prozessualen Fragen), bei der Bundesversammlung (eventuelle Verbesserungen bei der Oberaufsicht) und namentlich bei den rechtsetzenden Behörden durch Änderungen der Rechtsgrundlagen:

- Der Bundesrat wird den Ausnahmekatalog überprüfen und dem Parlament im Rahmen einer Gesetzesvorlage zur Umsetzung verschiedener Evaluationspostulate eine überarbeitete Fassung unterbreiten.*
 - Der Bundesrat möchte ferner die gesetzlichen Bestimmungen über die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts dahingehend ändern, dass die Rechts- und Sachverhaltskontrolle (ohne Angemessenheitskontrolle) zur Regel wird. Für ausgewählte Bereiche soll die volle Ermessensüberprüfung aber beibehalten werden.*
 - Der Bundesrat wird erneut vorschlagen, die freie Sachverhaltskontrolle des Bundesgerichts bei Geldleistungen der Unfall- oder Militärversicherung aufzuheben.*
-

- *Der Bundesrat wird Vorschläge erarbeiten, um den Rechtsschutz gegenüber Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung zu verbessern beziehungsweise einfacher zu regeln.*
- *Der Bundesrat wird die nötigen Gesetzesänderungen vorschlagen, um die Vorgabe von Artikel 189 Absatz 1 Buchstabe f BV, wonach das Bundesgericht Streitigkeiten wegen Verletzung von Bestimmungen über die politischen Rechte beurteilt, auch mit Bezug auf eidgenössische Wahlen und Abstimmungen vollständig umzusetzen.*

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	9078
1 Ausgangslage	9082
1.1 Totalrevision der Bundesrechtspflege	9082
1.2 Postulat Pfisterer 07.3420	9083
1.3 Ein breit angelegtes Evaluationsdispositiv	9083
1.3.1 Projektorganisation und Begleitgruppe für die Evaluation	9083
1.3.2 Breites Evaluationskonzept	9084
1.3.3 Durchführung in zwei Etappen	9085
1.4 Vergabe von zwei Evaluationsaufträgen	9085
1.5 Bericht des Bundesrates über die Zwischenergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege	9085
1.6 Im Rahmen der beiden Evaluationsstudien erstellte Berichte	9086
2 Umfassende Wirksamkeitsstudie	9087
2.1 Ziel und Inhalt	9087
2.2 Vorgehen	9087
2.3 Ergebnisse	9088
2.3.1 Zielerreichung	9088
2.3.2 Auswirkungen der Reform auf die Urteile	9091
2.3.3 Gesamtwürdigung der Reform	9092
2.4 Anregungen	9092
2.4.1 Anregungen zur Regelung des Zugangs zum Bundesgericht	9092
2.4.2 Anregungen zur Organisation der eidgenössischen Gerichte	9093
2.4.3 Anregungen zu einzelnen Verfahrensfragen	9093
2.4.4 Anregung zu Verfahren auf Stufe der Kantone	9094
2.4.5 Anregungen zur Aufsicht und Oberaufsicht	9094
2.4.6 Anregungen für weitere Abklärungen	9094
3 Studie über Rechtsschutzlücken	9095
3.1 Ziel und Vorgehen	9095
3.2 Empfehlungen zu einzelnen Rechtsschutzbegrenzungen	9095
3.2.1 Ausnahmekatalog (Art. 83 BGG)	9096
3.2.2 Kognition des Bundesverwaltungsgerichts/Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund	9096
3.2.3 Ausländer- und Asylrecht	9097
3.2.4 Politische Rechte	9098
3.2.5 Innere und äussere Sicherheit	9098
3.2.6 Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen	9098
3.2.7 Bereiche ohne gesetzgeberischen Handlungsbedarf	9099

4	Würdigung der Gesamtergebnisse	9100
4.1	Reform der Bundesrechtspflege grossenteils gelungen	9100
4.2	Weitere Verbesserungen möglich	9101
4.3	Verbesserungen bei den Gerichten	9101
4.4	Mögliche Verbesserungen bei der Bundesversammlung	9101
4.5	Verbesserungen durch Änderung der Rechtsgrundlagen	9102
4.5.1	Verbesserung des Ausnahmekatalogs von Artikel 83 des Bundesgerichtsgesetzes	9102
4.5.2	Anpassung der Bestimmungen über die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts	9103
4.5.3	Abschaffung der erweiterten Kognition des Bundesgerichts im Bereich der Militär- und Unfallversicherung	9104
4.5.4	Besserer Rechtsschutz gegenüber Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung	9105
4.5.5	Besserer Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte	9107
4.6	Verzicht auf Umsetzung verschiedener weiterer Anregungen	9108
4.6.1	Idee hat sich in der Praxis nicht bewährt	9108
4.6.2	Idee wurde bereits auf andere Weise umgesetzt	9108
4.6.3	Nachteile überwiegen die allfälligen Vorteile	9109
4.6.4	Anderer Weg eingeschlagen	9109
4.6.5	Kein Handlungsbedarf	9109
4.6.6	Verwirklichung ergäbe eine Disharmonie zu den eidgenössischen Prozessordnungen	9110
4.6.7	Verwirklichung wäre gegenwärtig politisch kaum mehrheitsfähig	9110
4.6.8	Fokussierung weiterer Abklärungen auf konkrete Gesetzesänderungen	9111
4.7	Abstimmung zwischen BGG und den eidgenössischen Prozessordnungen	9111
5	Ausblick und weiteres Vorgehen	9111

Bericht

1 Ausgangslage

1.1 Totalrevision der Bundesrechtspflege

Auf Anfang 2007 trat die Totalrevision der Bundesrechtspflege in Kraft. Die damit verbundenen Gesetzesänderungen betreffen die Organisation und das Verfahren des Bundesgerichts, die Schaffung neuer gerichtlicher Vorinstanzen sowie die Neuregelung der Rechtsmittel, die an das oberste Gericht führen. Auch auf der Stufe der Kantone hat die Revision der Bundesrechtspflege Auswirkungen, wobei das Gesetz Übergangsfristen bis Anfang 2011 vorsah. Verfassungsgrundlage für die Revision bildete die Justizreform, die am 12. März 2000 von Volk und Ständen angenommen worden war.

Die Totalrevision der Bundesrechtspflege strebte die folgenden *drei Ziele* an:

- *Ziel 1:* Wirksame und nachhaltige Entlastung des Bundesgericht und damit Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit;
- *Ziel 2:* Verbesserung des Rechtsschutzes in gewissen Bereichen;
- *Ziel 3:* Vereinfachung der Verfahren und Rechtswege.

Zwischen den drei Reformzielen bestand und besteht teilweise ein Spannungsverhältnis, namentlich zwischen den Zielen 1 und 2.

Konkret wurden namentlich die *folgenden Massnahmen* eingeführt:

Veränderung von Organisationsstrukturen:

- Organisatorische Veränderungen beim Bundesgericht: Teilintegration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in das Bundesgericht, Veränderungen der Gerichtsorganisation;
- Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts;
- Schaffung des Bundesstrafgerichts;
- Zuweisung der Aufsicht über das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesstrafgericht an das Bundesgericht.

Veränderung von Abläufen:

- Einführung eines Instanzenzuges in Bundesstrafsachen;
- Ausbau der Möglichkeiten für Entscheide im vereinfachten Verfahren beim Bundesgericht;
- grundsätzliche Beschränkung der Kognition des Bundesgerichts auf Rechtsfragen;
- strengere Anforderungen an die Vorinstanzen der Kantone;
- erstinstanzliche Verfügungen der Kantone und des Bundes im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen direkt beim Bundesstrafgericht anfechtbar;
- weitere Veränderungen (Fristen, reformatorische Entscheide, aufschiebende Wirkung, Definition der anfechtbaren Entscheide).

Veränderung Aufgabenportfolio Bundesgericht:

- Ausschluss bestimmter Sachgebiete von der Zuständigkeit des Bundesgerichts;
- Veränderung der Streitwertgrenze und Einführung der Kostenpflicht im Sozialversicherungsrecht;
- Prüfung von Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung unabhängig vom Streitwert.

Neue Rechtsmittel:

- Einführung Einheitsbeschwerde im Zivil-, Straf- und öffentlichen Recht;
- Schaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde.

Die Schaffung des Bundesstrafgerichts erfolgte hingegen nicht in erster Linie im Zusammenhang mit den erwähnten Zielen der Totalrevision der Bundesrechtspflege. Das Bundesstrafgericht wurde vielmehr als Folge der sogenannten Effizienzvorlage und der damit angestrebten kriminalpolitischen Ziele eingerichtet.

1.2 Postulat Pfisterer 07.3420

Mit dem Postulat Pfisterer vom 21. Juni 2007 (07.3420 «Evaluation über die Gesetzgebung zur Bundesrechtspflege und zur Justizreform») wurde der Bundesrat eingeladen, die Neuordnung von Justiz und Bundesrechtspflege auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen, die nötigen Massnahmen vorzuschlagen, den Gerichten Gelegenheit zu eigenen Schlussfolgerungen zu geben und dem Parlament oder seinen zuständigen Kommissionen kurze Zwischenbeurteilungen sowie dem Parlament einen Schlussbericht zukommen zu lassen. Der Bundesrat beantragte die Annahme des Postulats. Zum Zeitpunkt der Einreichung des Postulats hatte das Bundesamt für Justiz (BJ) bereits erste Vorarbeiten für eine Evaluation getätigt. Der vorliegende Bericht orientiert über Gesamtergebnisse der Wirksamkeitsprüfung und zeigt auf, wo nach Ansicht des Bundesrates Handlungsbedarf besteht. Die Effizienzvorlage und die 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Prozessordnungen bilden nicht Teil der vorliegenden Evaluation.

1.3 Ein breit angelegtes Evaluationsdispositiv

1.3.1 Projektorganisation und Begleitgruppe für die Evaluation

Die Federführung für die Evaluation der neuen Bundesrechtspflege lag beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beziehungsweise beim BJ. Um die Hauptakteure möglichst frühzeitig in das Evaluationsprojekt einzubeziehen, setzte das BJ bereits in der Konzeptphase eine *beratende Begleitgruppe* ein. Diese bestand aus folgenden Vertreterinnen und Vertretern der Bundesverwaltung, eidgenössischer sowie kantonaler Gerichte und der Wissenschaft:

Bundesamt für Justiz:	Luzius Mader, Stellvertretener Direktor (Präsidium)
Bundesgericht:	Susanne Leuzinger, ehemalige Vizepräsidentin (bis 2010), Gilbert Kolly, Präsident (ab 2011), Paul Tschümperlin, Generalsekretär
Bundesverwaltungsgericht:	Elena Avenati-Carpani, Richterin (bis 2011), Philippe Weissenberger, Richter und ehemaliger Vizepräsident (bis 2011), Markus Metz, Präsident (ab 2012), Michael Beusch, Richter und ehemaliger Vizepräsident (ab 2012)
Bundesstrafgericht:	Daniel Kipfer Fasciati, Vizepräsident, Patrick Guidon, stv. Generalsekretär (bis 2010), Klaus Schneider, stv. Generalsekretär (2011)
Verwaltungsgericht Bern:	Ruth Herzog, Richterin und ehemalige Präsidentin
Obergericht Schaffhausen:	Arnold Marti, Vizepräsident
Universität Zürich:	Regina Kiener, Professorin
Universität Genf:	Thierry Tanquerel, Professor

Durch die Mitwirkung der Begleitgruppe sollte der Zugang zu den Daten erleichtert sowie die Kooperation der betroffenen Gerichte und die Akzeptanz der Arbeiten gefördert werden. Die Begleitgruppe war beteiligt an der Erarbeitung des Konzepts und des Pflichtenhefts für die Evaluation sowie an der Auswahl der externen Arbeitsgruppen. Sie begleitete den Fortschritt der Arbeiten und prüfte die Zwischenberichte und die Schlussberichte.

Unterstützt wurden die Arbeiten durch eine verwaltungsinterne Projektbegleitung bestehend aus Werner Bussmann, Philippe Gerber, Marino Leber und Esther Tophinke.

1.3.2 Breites Evaluationskonzept

In enger Zusammenarbeit mit der Begleitgruppe erstellte das BJ ein Evaluationskonzept, das Anfang 2008 von der damaligen Vorsteherin des EJPD genehmigt wurde. Eine der grossen Herausforderungen der Evaluation bestand in der Komplexität des Untersuchungsgegenstandes. Die Totalrevision der Bundesrechtspflege umfasste mehrere Gesetze, zahlreiche Akteure sowie ein ganzes Bündel von Massnahmen (vgl. Ziff. 1.1). Um den komplexen Wirkungszusammenhängen Rechnung zu tragen, sah das Evaluationskonzept eine breit angelegte Evaluation vor, welche die Situation und die Erfahrungen der Periode 2007–2011 mit der Situation 2006 beziehungsweise mit der Entwicklung 2002–2006 zu vergleichen hatte.

1.3.3 Durchführung in zwei Etappen

Mit der Evaluation sollte ab 2007 im Zeitraum von fünf Jahren einerseits eine Art mittelschreitende Qualitätskontrolle der Wirkungsanalyse sichergestellt und andererseits eine solide Schlussbilanz der Ergebnisse der Reform und des allfälligen Verbesserungsbedarfs erstellt werden. Zu diesem Zweck wurde die Evaluation etappiert: 2010 wurden erste Zwischenberichte erstellt (vgl. Ziff. 1.5 und 1.6); 2012/2013 folgten die Schlussberichte (vgl. Ziff. 1.6, Ziff. 2 und Ziff. 3).

1.4 Vergabe von zwei Evaluationsaufträgen

Das sich eng ans Konzept anlehrende Pflichtenheft für die Evaluation wurde mehreren Universitäten, Instituten und Evaluationsbüros zur Offertstellung unterbreitet und in wichtigen juristischen Fachzeitschriften veröffentlicht. Bis zum Ablauf der Ausschreibungszeit gingen acht Offerten ein.

Nach gründlicher Prüfung der verschiedenen Projektvorschläge durch die Begleitgruppe beauftragte das BJ im Herbst 2008 eine Arbeitsgemeinschaft mit der Durchführung einer *umfassenden Wirksamkeitsstudie*. Diese Arbeitsgemeinschaft bestand aus dem Kompetenzzentrum für Public Management (kpm) der Universität Bern (Prof. Dr. Andreas Lienhard), Interface Politikstudien (Dr. Stefan Rieder) und der Universität Zürich (Prof. Dr. Martin Killias). Die Evaluationsarbeiten wurden im Rahmen eines Expertenpools von weiteren acht Expertinnen und Experten unterstützt: Prof. Dr. Walter Kälin, Prof. Dr. Jolanta Kren, Prof. Dr. Alexander Markus (alle Universität Bern), PD Dr. Ueli Kieser (Universität St. Gallen), Dr. Miriam Lendfers (Universität St. Gallen), a. Verwaltungsrichter Prof. Dr. Peter Ludwig; a. Oberrichter Fabio Righetti und Prof. Dr. Frédéric Varone (Universität Genf).

Ergänzend zur Wirkungsanalyse beauftragte das BJ zudem ein Projektteam der Universität Zürich (Prof. Dr. Felix Uhlmann, Prof. Dr. Giovanni Biaggini und Prof. Dr. Andreas Auer) zu klären, ob und gegebenenfalls in welchen Bereichen nach der Revision der Bundesrechtspflege noch *Rechtsschutzlücken* bestehen.

1.5 Bericht des Bundesrates über die Zwischenergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege

Der Bericht des Bundesrates vom 18. Juni 2010¹ über die Zwischenergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege kam zu einem positiven Zwischenresultat. Die Umfragen beim Bundesgericht, beim Bundesverwaltungsgericht, beim Bundesstrafgericht, bei kantonalen Gerichten und bei Anwälten sowie die durchgeführten Datenanalysen hätten gezeigt, dass die *Ziele* der Anfang 2007 in Kraft getretenen Totalrevision der Bundesrechtspflege *zu einem grossen Teil erreicht* worden seien. Insgesamt seien der Rechtsschutz erhöht und die Verfahren vereinfacht worden. Ein Wermutstropfen war schon damals die Einschätzung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, das Gericht sei durch die Reform nicht wirklich entlastet worden.

¹ BBl 2010 4837

Die Zwischenergebnisse der Evaluation zeigten gemäss Bericht des Bundesrates keine grundlegenden Umsetzungsprobleme auf, die zum damaligen Zeitpunkt ein rasches Handeln auf gesetzgeberischer Ebene erfordert hätten. Die Evaluation war mit nützlichen Feedbacks für die drei Gerichte des Bundes verbunden.

1.6 Im Rahmen der beiden Evaluationsstudien erstellte Berichte

Die Zwischenberichte zu den beiden Studien wurden 2010 abgeschlossen, die beiden Schlussberichte 2013. Sowohl die Zwischenberichte wie auch Schlussberichte sind öffentlich zugänglich.²

Der vorliegende Bericht stützt sich vor allem auf die Schlussberichte der beiden Studien ab:

- Umfassende Wirksamkeitsstudie:
Lienhard Andreas, Rieder Stefan, Killias Martin, Schwenkel Christof, Nunweiler Sophie und Müller Andreas. Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Schlussbericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz-Bern/Luzern/Zürich 2013. (zit. «Schlussbericht umfassende Wirksamkeitsstudie»)
Dieser Schlussbericht berücksichtigt die Ergebnisse des Zwischenberichts I (zit. «ZWB I»)³ und des Zwischenberichts II (zit. «ZWB II»)⁴.
- Studie über Rechtsschutzlücken:
Uhlmann Felix und Biaggini Giovanni, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Schlussbericht, Zürich 2013 (zit. «Schlussbericht Rechtsschutzlücken»).

Nachfolgend werden die Ziele und das Vorgehen sowie die Ergebnisse und Anregungen der beiden Studien wiedergegeben, wobei die Ausgangstexte zum Teil wörtlich übernommen, zum Teil gekürzt wurden.

² Alle Studien sind abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Themen > Staat & Bürger > Evaluation > Bundesamt für Justiz: Evaluation.

³ Zwischenbericht I: Lienhard Andreas, Rieder Stefan und Killias Martin (unter Mitarbeit von Schwenkel Christof, Hardegger Sophie und Odermatt Simon), Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Zwischenbericht der Evaluationsphase I zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern/Zürich/Luzern 2010.

⁴ Zwischenbericht II: Lienhard Andreas, Rieder Stefan, Killias Martin, Schwenkel Christof, Nunweiler Sophie und Müller Andreas. Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Zwischenbericht II zuhanden des Bundesamtes für Justiz Bern/Zürich/Luzern.

2 **Umfassende Wirksamkeitsstudie**

2.1 **Ziel und Inhalt**

Die umfassende Wirksamkeitsstudie von Prof. Lienhard, Dr. Rieder und Prof. Kiliass sollte überprüfen, ob die in Ziffer 1.1 aufgeführten Ziele der Revision bis Ende 2011 erreicht wurden. Bei Bedarf sollten Anregungen für Optimierungen formuliert werden.

Im Rahmen der Evaluation wurde die Totalrevision der Bundesrechtspflege in vier Gegenstände mit je spezifischen Massnahmen und damit verbundenen (potenziellen) Veränderungen unterteilt:

- *Organisatorische Veränderungen:* Der erste Gegenstand der Evaluation umfasste Veränderungen in der Organisation des Bundesgerichts, insbesondere die Zusammenführung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Luzern mit dem Bundesgericht in Lausanne. Dazu gehörten ferner die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts, Anpassungen der Aufsicht und Oberaufsicht über die eidgenössischen Gerichte sowie Veränderungen in den Kantonen (z.B. Einführung des doppelten Instanzenzugs).
- *Veränderungen von Abläufen, Aufgaben und Rechtsmitteln:* Dieser zweite Gegenstand beinhaltete insbesondere die Schaffung gerichtlicher Vorinstanzen im Bund und in den Kantonen, die Kognition des Bundesgerichts (Rechtskontrolle) sowie die Einführung der Einheitsbeschwerde.
- *Veränderung von Outputs:* Der dritte Gegenstand umfasste die Quantität und die Qualität der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Es ging unter anderem darum, zu prüfen, wie sich die Belastung des Bundesgerichts entwickelte und ob aus den Daten ein Entlastungseffekt aufgrund der Revision zu erkennen sei. Weiter wurden qualitative Aspekte im Rahmen einer Analyse von Urteilen des Bundesgerichts untersucht.
- *Veränderungen bei den Zielgruppen:* Die Evaluation untersuchte als vierten Gegenstand, ob und wie stark die Anwaltschaft, beschwerdeberechtigte Organisationen (hauptsächlich aus dem Sozial- und Umweltbereich) und Verwaltungsstellen des Bundes von den Änderungen infolge der Reform der Bundesrechtspflege berührt worden sind.

Die *zentrale Fragestellung der Evaluation* lautete, ob die Revision im Kontext der vier Evaluationsgegenstände Veränderungen ausgelöst hat und ob diese in Übereinstimmung mit den drei Zielen der Reform stehen. Es wurde geprüft, ob und in welchem Masse die durch die Revision der Bundesrechtspflege ausgelösten Veränderungen zu einer Entlastung des Bundesgerichts, zur Verbesserung des Rechtsschutzes und zur Vereinfachung der Verfahren beigetragen haben.

2.2 **Vorgehen**

Die umfassende Wirkungsstudie bediente sich zweier *Vergleichsebenen*:

- *Soll-Ist-Vergleich:* Die durch die Revision ausgelösten Veränderungen wurden daraufhin überprüft, ob sie einen Beitrag zur Erreichung der drei Ziele der Revision geleistet hatten.

- *Längsschnittvergleich*: Die Erhebungen wurden zu zwei Zeitpunkten (2009 und 2011) durchgeführt. Damit liess sich prüfen, welche Veränderungen durch die Reform ausgelöst wurden und ob die Veränderungen und deren Auswirkungen auf die Zielerreichung dauerhaft ausgefallen waren.

Im Rahmen der umfassenden Wirkungsstudie wurden fünf *Methoden* angewendet:

- *Auswertung von Dokumenten*: Ausgewertet wurden Unterlagen zur Revision der Bundesrechtspflege. Dazu gehörten namentlich die Botschaft, einschlägige Gesetze, wissenschaftliche Publikationen sowie Jahresberichte und Unterlagen von eidgenössischen und kantonalen Gerichten.
- *Persönliche, qualitative Interviews*: In der ersten Phase der Evaluation im Jahr 2009 wurden insgesamt 33 qualitative Interviews geführt (mit Richterinnen und Richtern, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts, mit Präsidentinnen und Präsidenten ausgewählter oberer kantonalen Gerichte, mit Vertreterinnen und Vertretern der Bundesverwaltung, mit Anwältinnen und Anwälten). Im Jahr 2011 wurden weitere 20 Gespräche geführt, wobei versucht wurde, einen Gross teil der 2009 interviewten Personen ein zweites Mal zu befragen.
- *Quantitative Befragungen*: Es wurden elf quantitative Befragungen durchgeführt, an welchen insgesamt rund 1000 Personen teilgenommen haben. Dabei konnten alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts sowie Anwältinnen und Anwälte mit mehr als fünf Fällen vor dem Bundesgericht zu zwei Zeitpunkten (2009 und 2011) an einer Online-Befragung teilnehmen. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der oberen kantonalen Gerichte, Bundesverwaltungsstellen und Verantwortliche beschwerdeberechtigter Organisationen wurden nur 2009 befragt.
- *Analyse von Urteilen*: Es wurde eine qualitative Analyse von ausgewählten Urteilen des Bundesgerichts in den vier Bereichen Öffentliches Recht, Sozialversicherungsrecht, Strafrecht und Privatrecht durchgeführt. Für jeden dieser vier Bereiche wurden Experten herangezogen, um Urteile des Bundesgerichts vor und nach der Reform zu analysieren.
- *Auswertung von Daten*: Es wurden Statistiken des Bundesgerichts für die Jahre 2002 bis einschliesslich 2011 ausgewertet. Die Daten wurden zum einen den Jahresberichten der eidgenössischen Gerichte entnommen und zum anderen durch das Bundesgericht für die Evaluation zusammengestellt.

2.3 Ergebnisse

2.3.1 Zielerreichung

Die umfassende Wirksamkeitsstudie untersuchte, ob und inwieweit die in Ziffer 1.1 aufgeführten drei Ziele erreicht wurden. Die Studie kam zu folgenden Schlüssen:

Ziel 1: Entlastung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht wurde entlastet. Aufgrund der Analyse wurde festgehalten, dass die verschiedenen Massnahmen eindeutig eine Entlastungswirkung entfaltet haben.

Es sind dies: die Reorganisation innerhalb des Bundesgerichts, die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts, die Schaffung des Bundesstrafgerichts, die Teilintegration des Eidgenössisches Versicherungsgerichts, die erweiterte Möglichkeit zu Entscheiden im vereinfachten Verfahren sowie die Einschränkung der Kognition und die Kostenpflicht im Sozialversicherungsrecht. Die empirischen Ergebnisse hinsichtlich dieser Massnahmen sind konsistent: die Resultate der Online-Befragungen, Urteilsanalysen, Statistiken und qualitativen Interviews bestätigen diesen Befund.

Eine Reihe von Massnahmen, die potenziell eine Entlastungswirkung beinhalten (Streitwertgrenzen, Anforderungen an die Vorinstanzen, Einheitsbeschwerde) haben indessen (bisher) keine Entlastungswirkung ausgelöst.

Die ermittelte Entlastungswirkung bedeutet nicht, dass alle Richterinnen und Richter beziehungsweise Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber am Bundesgericht weniger belastet sind. Vielmehr ist auf zwei Aspekte hinzuweisen, wenn die Entlastungswirkung der Revision beurteilt werden soll:

- Zunächst zeigte namentlich die am Bundesgericht durchgeführte Online-Befragung von *Richterinnen und Richtern* auf, dass *ein Teil davon die eigene Belastung nach wie vor als zu hoch bezeichnet*. Zudem weicht die summarische Beurteilung von Richterinnen und Richtern am Bundesgericht von der Analyse einzelner Massnahmen und der statistischen Auswertung ab.
- Ein Teil der Richterinnen und Richter am Bundesgericht erachtet sich als *«falsch belastet»*: Sie kritisieren, dass sie zu stark mit formalen Aspekten beschäftigt sind und sich zu wenig mit inhaltlichen Fragen auseinandersetzen können.

Die Erhebungen lassen den Schluss zu, dass die Revision der Bundesrechtspflege zwar einen Entlastungseffekt bewirkt hat, dass das *Problem der starken Belastung* des Bundesgerichts jedoch *nicht gelöst* ist. Die statistische Analyse lieferte dazu folgende Ergebnisse: Die Dauer der Verfahren ist im Jahr 2007 zwar erstmals seit 2002 zurückgegangen und die Belastung der Bundesrichterinnen und -richter hat sich ab 2008 (gemessen an der Zahl der Fälle pro Richterin oder Richter) reduziert. Der Rückgang ist allerdings nicht sehr gross und liegt unter der Zehnprozentgrenze. Die aktuellen Zahlen der Statistik für das Jahr 2012 zeigen überdies einen Anstieg der Beschwerden an das Bundesgericht. Welches die Gründe dafür sind, musste im Rahmen der umfassenden Wirksamkeitsstudie offen bleiben, wurden die empirischen Arbeiten doch im Jahr 2011 abgeschlossen.

Zu beachten ist ferner, dass bestimmte von der Revision unabhängige Entwicklungen die Entlastungswirkung der Revision überlagert und teilweise kompensiert haben. Dazu gehört die Einführung der Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) und der Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272). Zudem ist beispielsweise im Sozialversicherungsrecht eine beträchtliche Zunahme der Rechtsstreitigkeiten feststellbar, die eine exakte Bezifferung des Entlastungseffekts erschwert. Ebenso führt die teilweise Wiedereinführung der Geschädigtenbeschwerde im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 5 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) durch die StPO dazu, dass zusätzliche Beteiligte – nämlich die Privatklägerschaft und nicht mehr nur Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes vom 23. März 2007 (OHG; SR 312.5), wie vom Bundesgerichtsgesetz ursprünglich intendiert – zu einer Beschwerde legitimiert sind und aufgrund dessen jährlich eine beträchtliche Zahl zusätzlicher Beschwerden zu beurteilen sind.

Ziel 2: Erhöhung des Rechtsschutzes

Die *Ergebnisse* der Evaluation zu Ziel 2 fallen *ambivalent* aus. Es lässt sich ein *Bündel von Massnahmen* identifizieren, welche das *Ziel unterstützt* haben. Ebenso sind Massnahmen zu erkennen, deren Auswirkungen dem Ziel entgegengelaufen sind.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Reihe der untersuchten Massnahmen den Rechtsschutz stark oder wenigstens teilweise erhöht hat. Hierzu gehören (in der Reihenfolge ihrer Bedeutung) die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts, die Einheitsbeschwerde, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, die Möglichkeit zur Prüfung von Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung beim Bundesgericht, die Neuregelung der Beschwerdefristen sowie die Schaffung von kantonalen gerichtlichen Vorinstanzen.

Vier Massnahmen der Revision *haben den Rechtsschutz* indessen *gezielt eingeschränkt*: Es sind dies (in der Reihenfolge ihrer Bedeutung) die Einschränkung der Kognition im Sozialversicherungsrecht, die Einführung der Kostenpflicht im Sozialversicherungsbereich, die Erhöhung der Streitwertgrenzen und die erweiterte Möglichkeit zu Entscheiden im vereinfachten Verfahren.

Trotz der gegensätzlichen Effekte der geschilderten Massnahmen kann die Revision der Bundesrechtspflege bezüglich Ziel 2 als erfolgreich bezeichnet werden: Das Vorgehen ist konsistent, der Ausbau des Rechtsschutzes an einigen Stellen und die Einschränkung an anderen waren geplant und sind auch so umgesetzt worden.

Ziel 3: Vereinfachung der Verfahren und Rechtswege

Das Ziel wurde *grundsätzlich erreicht*. Die ermittelten Wirkungen sind im Vergleich zu den Zielen 1 und 2 aber deutlich weniger gross und die Ergebnisse insgesamt weniger konsistent. Positiv festzuhalten ist, dass von sechs Massnahmen im Rahmen der neuen Bundesrechtspflege eine positive Wirkung ausgeht. Die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts und die Einheitsbeschwerde sind dabei nach Ansicht der befragten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eidgenössischer Gerichte sowie der Anwaltschaft die wichtigsten Massnahmen.

Drei Massnahmen haben keinen Effekt auf die Verfahren und den Rechtsweg, nämlich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, die Erhöhung der Streitwertgrenzen und die Einführung der generellen Kostenpflicht. Es sind dies aber alles Massnahmen, von denen materiell auch kein grosser Effekt erwartet worden ist.

Die Entscheide im vereinfachten Verfahren sind nach Ansicht der Befragten an den eidgenössischen Gerichten eine Massnahme zur Vereinfachung von Verfahren und Rechtswegen. Die Anwaltschaft beurteilt dies anders. Es ist zu vermuten, dass hier die negative Beurteilung im Hinblick auf den Rechtsschutz bestimmend war und daher die Entscheide im vereinfachten Verfahren von der Anwaltschaft insgesamt ambivalent bewertet worden sind. Ambivalent hinsichtlich Ziel 3 ist schliesslich auch die Schaffung des Bundesstrafgerichts zu beurteilen: Die Befragten an den eidgenössischen Gerichten gehen von einer Zunahme der Komplexität der Verfahren und Abläufe aus (z.B. bezüglich der internationalen Rechtshilfe, zumindest auf Kantonsebene). Umgekehrt sieht die Anwaltschaft durch die Schaffung des Bundesstrafgerichts eine Vereinfachung des Verfahrens.

Zielkonflikt zwischen der Entlastung des Bundesgerichts und dem Ausbau des Rechtsschutzes

Die Revision der Bundesrechtspflege war von Anfang an mit einem Dilemma behaftet: Ein Ausbau des Rechtsschutzes ist nicht ohne Mehraufwand beim Bundesgericht zu haben (Zielkonflikt zwischen den Zielen 1 und 2). Dieses Dilemma ist auch durch die Revision der Bundesrechtspflege nicht gelöst worden und besteht weiterhin. Massnahmen, die sich negativ auf den Rechtsschutz auswirken, haben oft eine Entlastungswirkung. Allerdings geht diese Zielkonkurrenz nicht so weit, dass die Entlastung des Bundesgerichts vollständig mit einer Reduktion des Rechtsschutzes hätte erkauft werden müssen. Vielmehr ist es aus Sicht der Evaluation gelungen, den Zielkonflikt durch die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts sowie die Einführung der Einheitsbeschwerde deutlich zu entschärfen.

2.3.2 Auswirkungen der Reform auf die Urteile

Im Rahmen der umfassenden Wirksamkeitsstudie wurde auch untersucht, wie sich die Revision der Bundesrechtspflege auf die Urteile ausgewirkt hat. Die Evaluation hat zur Beantwortung dieser Frage eine Analyse von Urteilen des Bundesgerichts in den Bereichen Zivilrecht, Strafrecht, öffentliches Recht und Sozialversicherungsrecht vorgenommen. Im Zeitraum zwischen 2005 und 2010 wurden insgesamt 423 Urteile qualitativ und 805 Urteile quantitativ ausgewertet.

Die Evaluation zeigt, dass sich die Qualität der analysierten Urteile nach Inkrafttreten der Totalrevision der Bundesrechtspflege nur in geringem Ausmass verändert hat. Die redaktionelle Qualität der Urteile hat sich in zwei von vier untersuchten Rechtsgebieten geringfügig im Sinne der Revision entwickelt: Die Urteilslänge hat beim Sozialversicherungsrecht abgenommen und Eintretensfragen werden im Strafrecht eher kürzer behandelt. Insgesamt haben sich die *Begründungsdichte* und die *Nachvollziehbarkeit* der Urteile vor und nach der Reform indessen kaum verändert.⁵

Allerdings ergibt die qualitative Analyse der Urteile des Bundesgerichts, dass im Vergleich zur Praxis vor Inkrafttreten des BGG *kaum grosse beziehungsweise unerwartete Veränderungen* beobachtet werden konnten. Die wichtigsten signifikanten Änderungen lassen sich in den folgenden zwei Bereichen erkennen:

- Eine gewichtige Veränderung trat bei der Kognition bezüglich der *Sachverhaltsüberprüfung* ein, am deutlichsten beim Sozialversicherungsrecht, aber auch im öffentlichen Recht.
- Weiter findet sich eine erhebliche Veränderung in Bezug auf Zwischen- und Endentscheide, indem *Rückweisungsentscheide in der Regel neu als Zwischenentscheide* eingestuft werden und indem auch die meisten *Teilentscheide neu als Zwischenentscheide* qualifiziert werden.⁶

In zahlreichen anderen Bereichen wurden kleinere Veränderungen festgestellt.⁷

⁵ ZWB II, S. 207 (vgl. Ziff. 1.6).

⁶ ZWB II, S. 179.

⁷ Schlussbericht umfassende Wirksamkeitsstudie, S. 16–17.

2.3.3 Gesamtwürdigung der Reform

Die Evaluation kommt insgesamt zu einem *positiven Befund*. Die untersuchten Massnahmen haben einen substanziellen Beitrag zur Erreichung der drei Ziele der Reform geleistet und das Erreichte ist angesichts des Handlungsspielraums als angemessen zu beurteilen. Der Längsschnittvergleich zeigt zudem, dass sich die positiven Effekte der Reform zwischen 2009 und 2011 verstärkt haben. Die Resultate basieren auf einer breiten empirischen Basis sowie auf verschiedenen methodischen Zugängen; sie dürfen als stabil bezeichnet werden. Insgesamt kann die Reform daher für sich in Anspruch nehmen, die ihr vom Gesetzgeber vorgegebenen Möglichkeiten umgesetzt und die beabsichtigten Effekte erzielt zu haben.

2.4 Anregungen

Trotz der positiven Gesamtwürdigung der Reform haben die Autoren der umfassenden Wirksamkeitsstudie verschiedene Anregungen für Verbesserungen formuliert. Sie betreffen namentlich Möglichkeiten zur Entlastung des Bundesgerichts. Die Anregungen beruhen teilweise auch auf der Diskussion in der Expertengruppe und gehen partiell über die empirischen Befunde hinaus. Zudem sind auch erste Reflexionen aus den Sitzungen mit der Begleitgruppe der Evaluation (vgl. Ziff. 1.3.1) eingeflossen. Die Anregungen können kombiniert werden, wobei Zielkonflikte teilweise unvermeidbar sind. Eine Würdigung der Anregungen aus Sicht des Bundesrates wird in Ziffer 4 vorgenommen.

2.4.1 Anregungen zur Regelung des Zugangs zum Bundesgericht

Für die Autorin und die Autoren der umfassenden Wirksamkeitsstudie ist die Belastung des Bundesgerichts auch in Zukunft eine zentrale Herausforderung. Sie formulieren folgende sieben Anregungen bezüglich des Zugangs zum Bundesgericht:

- *Unzulässigkeitserklärung* (z.B. bei offensichtlich nicht zulässigen Beschwerden, bei offensichtlich aussichtslosen Beschwerden, bei Beschwerden mit ungenügender Begründung oder bei querulatorischen oder rechtsmissbräuchlichen Beschwerden);⁸
- *Anwaltszwang beziehungsweise akkreditierte Anwälte und Anwältinnen;*
- *summarische Prüfung der Beschwerden auf ihre Erfolgsaussichten;*
- *zusätzliche Anhebung der Streitwertgrenzen;*⁹

⁸ Dabei würde mit einem *generellen Hinweis auf die Aussichtslosigkeit* der Beschwerde diese ohne weitere Prüfung für unzulässig erklärt. Derartige Unzulässigkeitsentscheide erlauben es dem EGMR und dem UNO-Menschenrechtsausschuss, viele Fälle ohne grossen Arbeitsaufwand zu erledigen. Ein Entwurf für eine BGG-Bestimmung in diese Richtung wurde vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) 1997 erarbeitet; vgl. den Vorschlag des EJPD zum Vorprüfungsverfahren vom 5. September 1997; vgl. ZWB II, S. 208.

⁹ ZWB II, S. 205.

- *Ersetzung des Ausnahmekatalogs durch ein Zulassungs- beziehungsweise Annahmeverfahren* für Fälle von grundsätzlicher Bedeutung beziehungsweise für besonders bedeutende Fälle, analog dem Mechanismus im Bereich der öffentlichen Beschaffungen (Art. 83 Bst. f BGG), der internationalen Rechtshilfe (Art. 84 BGG) sowie der internationalen Amtshilfe in Steuersachen (Art. 84a BGG);¹⁰ davon ausgenommen wären Bereiche, die sich für eine gerichtliche Beurteilung nicht eignen (z.B. actes de gouvernement); (vgl. auch auch die Anregungen im Rahmen der Studie über Rechtsschutzlücken, Ziff. 3.2.1);
- *weitere Ausschöpfung des Entlastungspotenzials der Artikel 108* (einzelrichterlicher Nichteintretensentscheid im vereinfachten Verfahren) und *109 BGG* (Dreierbesetzung, summarische Begründung);¹¹
- Schaffung eines zweistufigen Gerichtsmodells im Bereich der *Bundesstrafgerichtsbarkeit* mit neuer *Berufungsinstanz*:¹² Prüfung der Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichts mit voller Kognition, selbstständige richterliche Behörde oder Angliederung an das Bundesstrafgericht oder an das Bundesverwaltungsgericht denkbar.

2.4.2 Anregungen zur Organisation der eidgenössischen Gerichte

- *Zusätzliche Kompetenzen für die Verwaltungskommissionen* der einzelnen eidgenössischen Gerichte zur Entlastung der Richterinnen und Richter von Verwaltungsaufgaben;
- *koordinierte Personalrekrutierung der eidgenössischen Gerichte*; Koordinationsfunktion des Bundesgerichts (z.B. Stellenbörse).¹³

2.4.3 Anregungen zu einzelnen Verfahrensfragen

- *Verzicht auf die* mit dem Strafbehördenorganisationsgesetz teilweise wieder eingeführte *Geschädigtenbeschwerde*;¹⁴
- *Ausdehnung der Legitimation des Gemeinwesens* (*v. a. Kantone und Gemeinden*) zur *Beschwerdeführung*;
- *Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden*: den Teilsatz «und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen» in Artikel 93 Absatz 1 Buchstabe b BGG streichen¹⁵ oder durch die Rechtsprechung sachgerecht konkretisieren;

¹⁰ ZWB II, S. 208.

¹¹ ZWB II, S. 60.

¹² Vgl. in diesem Sinn auch die – abgelehnte – Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 26. April 2012 (12.3341 «Zweite Berufungsinstanz in Bundesstrafsachen»).

¹³ ZWB I, S. 208.

¹⁴ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 10. September 2008, BBl 2008 8125, hier 8182 f.

¹⁵ ZWB II, S. 185.

- *Definition des Kriteriums des besonderen Berührtseins* gemäss Artikel 89 Absatz 1 Buchstabe b BGG;
- *Rückweisungs- und Teilentseide nicht als Zwischenentscheide qualifizieren*;
- *Abgrenzung von Tat- und Rechtsfragen im Sozialversicherungsrecht* durch die Gerichte klarer vornehmen;
- *Abschaffung der erweiterten Kognition des Bundesgerichts im Bereich der Militär- und Unfallversicherung*;¹⁶
- *deutlichere Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit den Vorbringen der Parteien sowie Überdenken des Antragsprinzips im Sozialversicherungsrecht*;
- *vermehrte Durchführung mündlicher Beratungen am Bundesgericht* (im Interesse der Rechtsfortbildung und Rechtseinheit).

2.4.4 Anregung zu Verfahren auf Stufe der Kantone

- *Prüfung eines doppelten gerichtlichen Instanzenzugs auf Stufe der Kantone im Sozialversicherungsrecht*.

2.4.5 Anregungen zur Aufsicht und Oberaufsicht

- *Vereinfachung der administrativen Aufsicht des Bundesgerichts über die erstinstanzlichen eidgenössischen Gerichte* (z.B. Verringerung der Intensität der Berichterstattung der unteren eidgenössischen Gerichte an das Bundesgericht), klarere Abgrenzung zur parlamentarischen Oberaufsicht;¹⁷
- *Überprüfung der Kommissionsorganisation der parlamentarischen Oberaufsicht über die eidgenössischen Gerichte*; gegebenenfalls Anzahl der für die Oberaufsicht zuständigen Parlamentskommissionen senken.

2.4.6 Anregungen für weitere Abklärungen

In der umfassenden Wirksamkeitsstudie werden auch Anregungen für weitere Abklärungen gegeben. Sie betreffen die Überlagerung der Wirkungen der Totalrevision der Bundesrechtspflege durch weitere Reformen (insb. Einführung der ZPO/StPO; Effizienzvorlage; Gründe für den Anstieg der Beschwerden an das Bundesgericht im Jahr 2012), die Auswirkungen des doppelten Instanzenzugs in den Kanto-

¹⁶ ZWB II, S. 185.

¹⁷ Namentlich aufgrund der Untersuchungen während der ersten Evaluationsphase (ZWR I, S. 56–60) hat das Bundesgericht seine Aufsicht über die erstinstanzlichen Gerichte erheblich vereinfacht; dementsprechend fällt die Beurteilung der Aufsicht in der zweiten Evaluationsphase (ZWR II, S. 29–31) erheblich positiver aus. Das Problem dürfte heute gelöst sein.

nen, die Fortsetzung der Urteilsanalyse sowie eine gesamtheitliche Analyse des Justizsystems der Schweiz.¹⁸

3 Studie über Rechtsschutzlücken

3.1 Ziel und Vorgehen

Die Studie der Professoren Uhlmann und Biaggini untersucht, ob und – wenn ja – wo nach der Revision der Bundesrechtspflege Rechtsschutzlücken bestehen.

Die Untersuchung basiert schwergewichtig auf einer Auswertung juristischer Lehre und Praxis. Berücksichtigt werden auch politische Vorstösse und, soweit vorhanden, empirische Daten aus Befragungen. Die verwendeten empirischen Daten stammen aus den Erhebungen und Auswertungen der umfassenden Wirksamkeitsstudie (vgl. Ziff. 2.2 und 2.3).¹⁹

Die Studie klärt zuerst in einem juristisch-dogmatischen Grundlagenteil den Begriff der Rechtsschutzlücke. Rechtsschutzlücken sind dort zu finden, wo die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Rechtsschutz (Art. 29 ff., Art. 188 ff. BV) nicht zufriedenstellend eingelöst werden oder aus anderen Gründen gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Die Verfassung fordert primär individuellen, richterlichen und effektiven Rechtsschutz. Nicht jede Begrenzung des Rechtsschutzes stellt indes bereits eine Rechtsschutzlücke dar. Eine solche liegt nur vor, wenn sich eine Rechtsschutzbegrenzung sachlich nicht rechtfertigen lässt.²⁰

Die Autoren analysieren sodann, wo Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege angelegt sind oder von der Praxis entwickelt werden und wie sie gegebenenfalls zu rechtfertigen sind. Rechtsschutzbegrenzungen lassen sich dabei in drei Richtungen ausmachen: formale Begrenzungen, die im Wesentlichen mit den üblichen Eintretensvoraussetzungen zusammenfallen; Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen, wo richterlicher oder höchstrichterlicher Rechtsschutz ausgeschlossen ist; praktische Hürden, die den Rechtsuchenden bei der Anrufung des Gerichts im Wege stehen. Rechtsschutzbegrenzungen können aus Gründen der Gewaltenteilung, des Föderalismus, der Justiziabilität, der Praktikabilität, der Entlastung der Gerichte oder der Banalität der betreffenden Rechtsstreitigkeiten gerechtfertigt sein. Die Autoren zeigen schliesslich auf, wo ihrer Meinung nach Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, allenfalls auch für die Gerichte, besteht.²¹

3.2 Empfehlungen zu einzelnen Rechtsschutzbegrenzungen

Die Autoren bestätigen im Schlussbericht den Befund des Zwischenberichts vom Januar 2010, dass die neue Bundesrechtspflege *keine eklatanten Rechtsschutzlücken* offen gelassen oder gar geschaffen hat. In folgenden ausgewählten Bereichen sehen die Autoren indessen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

¹⁸ Schlussbericht umfassende Wirksamkeitsstudie, S. 22–23.

¹⁹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 17.

²⁰ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 18 ff.

²¹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 27 ff.

3.2.1 **Ausnahmekatalog (Art. 83 BGG)**

Im öffentlichen Recht können Entscheide letzter kantonaler Instanzen und Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts in den in Artikel 83 BGG genannten Sachgebieten grundsätzlich nicht mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. auch Art. 84 und 84a BGG). Mit der in der parlamentarischen Phase eingeführten subsidiären Verfassungsbeschwerde können Entscheide letzter kantonaler Instanzen in den ausgeschlossenen Bereichen zumindest wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte vor Bundesgericht angefochten werden.

In den Rückmeldungen aus dem Bundesgericht, dem Bundesverwaltungsgericht und der Anwaltschaft wurde der Ausschlusskatalog oft kritisiert. Begründet wird die Kritik nicht mit Zweifeln an der Qualität der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, sondern hauptsächlich damit, dass das Bundesgericht die Einheit der Rechtsprechung in den betreffenden Bereichen nicht gewährleisten könne. Ferner bewirke der Ausschlusskatalog zum Teil «absurde Verzerrungen», da bedeutende Fragen vom Bundesverwaltungsgericht abschliessend, unwichtige nur vorinstanzlich entschieden würden.²² Schliesslich sei der Ausschlusskatalog asymmetrisch, da kantonale Entscheide wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte trotzdem, Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts dagegen nicht weitergezogen werden können.²³

Die Autoren regen an, den Ausschlusskatalog gemäss Artikel 83 BGG gesamthaft einer Überprüfung zu unterziehen und im Lichte der Funktionen des Bundesgerichts zu überarbeiten. Das Bundesgericht soll alle Fälle entscheiden können, die im Lichte der Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung höchstrichterlich zu klären sind. Eine Beschränkung des Rechtswegs ans Bundesgericht erscheine dort angemessen, wo genügender Rechtsschutz durch die Vorinstanzen gewährleistet sei und die Einschränkung tatsächlich zu einer Entlastung des Bundesgerichts führe.²⁴

3.2.2 **Kognition des Bundesverwaltungsgerichts/ Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund**

Mit der Einrichtung des Bundesverwaltungsgerichts wurden die bisherigen eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen sowie das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren weitgehend abgeschafft. Um die Situation der Rechtsuchenden nicht zu verschlechtern, wurde dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition im Sinne umfassender Prüfungsmöglichkeiten bezüglich Sachverhalt, Rechtslage

²² Punktuell hat der Gesetzgeber dieses Anliegen umgesetzt: Mit der Änderung von Artikel 83 Buchstabe h BGG und dem neuen Artikel 84a BGG können Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe in Steuersachen durch das Bundesgericht überprüft werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder wenn es sich aus anderen Gründen um einen besonders bedeutenden Fall handelt. Artikel 83 BGG war auch Gegenstand der Motion Janiak vom 4. März 2010 (10.3054 «Weiterzug von Urteilen des Bundesverwaltungsgerichtes an das Bundesgericht in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung auch im Bereich des öffentlichen Rechts»).

²³ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 39 ff.

²⁴ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 68 f.

und Angemessenheit der angefochtenen Verfügung eingeräumt. In Lehre und Praxis wird zunehmend kritisiert, dass dem Bundesverwaltungsgericht zwar volle Kognition zukomme, es diese mangels Fachkenntnissen aber nicht ausüben beziehungsweise nicht ausüben könne oder sich aus anderen Gründen Zurückhaltung auflege.²⁵

Die Autoren regen an, die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts durch den Gesetzgeber zu klären. Soweit die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Ermessensbereich eingeschränkt werde, sei zu überlegen, ob vorgängig eine andere Instanz eine Ermessenskontrolle vornehmen sollte.²⁶

3.2.3 Ausländer- und Asylrecht

Der Rechtsweg ans Bundesgericht ist im Bereich des Ausländer- und Asylrechts nur eingeschränkt möglich. Im Ausländerrecht kann die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in der Regel nur ergriffen werden, wenn das Bundesrecht oder völkerrechtliche Bestimmungen den Betroffenen einen Anspruch auf Erteilung einer bestimmten Bewilligung einräumen. In den übrigen Fällen könnte gegen kantonale Entscheide zwar Verfassungsbeschwerde eingelegt werden, doch fehlt für eine solche meist die Beschwerdelegitimation (rechtlich geschütztes Interesse nach Art. 115 Bst. b BGG). Sonderprobleme bestehen im Bereich der Einreise (fehlende Abstimmung Freizügigkeitsabkommen/EFTA-Übereinkommen und BGG), bei den Vollstreckungsmodalitäten im Anschluss an eine Wegweisungsverfügung (Bundesverwaltungsgericht verneint Verfügungscharakter und damit die Überprüfungsmöglichkeit der Vollstreckungsmodalitäten) sowie beim Kantonswechsel von vorläufig aufgenommenen Personen.²⁷

Im Asylrechtsbereich ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts sowie gegen kantonale Ermessensentscheide grundsätzlich ausgeschlossen. Bei (stossenden) Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts wird deswegen gelegentlich zum Mittel der Aufsichtsbeschwerde gegriffen. Bei Härtefallbewilligungen, welche die Kantone bereits vor Abschluss des Asylverfahrens erteilen können, besteht die Besonderheit, dass zwar die Verweigerung der Zustimmung des Bundesamtes für Migration vor Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann, nicht jedoch der kantonale Entscheid (nach Art. 14 Abs. 4 AsylG hat die betroffene Person im kantonalen Verfahren keine Parteistellung).²⁸ Unter Rechtsschutzaspekten zu beobachten sein werden ferner die am 28. September 2012 vom Parlament beschlossenen dringlichen Änderungen des Asylgesetzes, insbesondere das nach Artikel 112b AsylG mögliche «Asylverfahren im Rahmen von Testphasen».²⁹

Die Autoren empfehlen, den Rechtsschutz im Ausländer- und vor allem im Asylbereich einer Gesamtprüfung zu unterziehen, namentlich mit Blick auf die Rolle des Bundesgerichts (Art. 83 Bst. c und d BGG).³⁰

²⁵ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 66 ff.

²⁶ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 69.

²⁷ Art. 85 Abs. 3 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20); dazu Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 52 f.

²⁸ Vgl. BGE 137 I 128 E. 4.3.2.

²⁹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 53 ff.

³⁰ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 69.

3.2.4 Politische Rechte

Die Autoren empfehlen, den Rechtsschutz im Bereich der eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen zu klären, unter anderem mit Blick auf die jeweiligen Kompetenzen von Bundesgericht, Bundesrat und Kantonsregierungen. Namentlich der Rechtsweg an die Kantonsregierungen bei gesamtschweizerischen Abstimmungsunregelmässigkeiten ist nicht in jedem Fall tauglich.³¹ Auch das Bundesgericht hat den Gesetzgeber aufgefordert, die Rechtsschutzbestimmungen den verfassungsmässigen Anforderungen anzupassen.³²

3.2.5 Innere und äussere Sicherheit

Beschwerden gegen Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes sowie auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten sind sowohl vor dem Bundesverwaltungsgericht als auch vor dem Bundesgericht unzulässig, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt (Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG³³, Art. 83 Bst. a BGG). Diese Rechtsschutzbegrenzung ist im Grundsatz unbestritten. Sie lässt sich unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung und mindestens teilweise der mangelnden Justiziabilität rechtfertigen. Denkbar sind jedoch Rechtsschutzlücken, wenn der Bundesrat seine Befugnisse gestützt auf die Artikel 184 Absatz 3 und 185 Absatz 3 BV extensiv wahrnimmt. Das neue Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen sorgt zwar dafür, dass notrechtliche Massnahmen nicht während einer unbestimmten Zeit Anwendung finden. Betroffene haben indes gegen notrechtliche Massnahmen nach wie vor keinen Rechtsschutz. Die Motion 11.3006 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zum Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen, die gescheitert ist, wollte diese Lücke schliessen. Nach Auffassung der Autoren besteht hier nach wie vor Handlungsbedarf.³⁴

3.2.6 Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen

In den Rückmeldungen aus den Gerichten zählt Artikel 190 BV zu den am häufigsten genannten Rechtsschutzlücken. Angesichts des kürzlichen politischen Entscheids des Parlaments, die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht auf Bundesgesetze auszudehnen, schlagen die Autoren vor, ein «Bestätigungsmodell» zu prüfen: Stellt das Bundesgericht fest, dass ein Bundesgesetz der Verfassung widerspricht, so hätte das Parlament die Verfassungsmässigkeit innert einer bestimmten Frist zu bestätigen. Mangels einer solchen Bestätigung würde die entsprechende Gesetzesbestimmung aufgehoben.³⁵

³¹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 60 ff.

³² BGE 136 II 132 E. 2.7.

³³ Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005; SR 173.32

³⁴ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 48 ff.

³⁵ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 62 ff.

3.2.7 Bereiche ohne gesetzgeberischen Handlungsbedarf

Keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sehen die Autoren in folgenden Bereichen:

- Rechtsschutz bei *Zwischenentscheiden* (Art. 93 BGG), insbesondere im strafprozessualen Bereich (z.B. Beschwerde wegen Verletzung von Verteidigungsrechten während des Verfahrens): Der Gesetzgeber wird erst dann zu reagieren haben, wenn die Praxis die sich in diesem Bereich stellenden Fragen nicht klärt oder nicht klären kann. Handlungsbedarf besteht hier namentlich für das Bundesgericht, das gefordert ist, ausreichenden Rechtsschutz und eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten.³⁶
- Rechtsschutz bei *verfügungsfreiem Staatshandeln* (Stichwort Realakte): Es darf davon ausgegangen werden, dass die Praxis auch in Zukunft allfällige Lücken schliessen wird.³⁷
- *Streitwertgrenzen und Grundsatzfragen* im Verfahren vor Bundesgericht: Die gesetzliche Regelung und die Praxis des Bundesgerichts erscheinen grosso modo akzeptiert; der Entlastungseffekt der Streitwertgrenzen ist allerdings bescheiden.³⁸
- *Legitimation vor Bundesgericht*: Trotz Diskussionen rund um die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Willkürverbots wird isolierter Handlungsbedarf für Gerichte und den Gesetzgeber eher verneint.³⁹
- *Rüge- und Begründungspflichten/Verfahrensdauer/Verfahrenskosten*: Es besteht kein Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber.⁴⁰
- *Einbürgerung*: Der formale Rechtsmittelweg ist heute gewährleistet. Das frühere «Reservat staatlicher Willkür» ist stark ausgetrocknet. Es besteht kein Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber.⁴¹
- *Prüfungswesen*: Beschwerden gegen Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen haben regelmässig nur geringe Erfolgsaussichten. Die Gerichte auflegen sich grosse Zurückhaltung bei der Beurteilung des Ermessens der zuständigen Stellen. Dies liegt indes in der Natur der Sache.⁴²
- *Begnadigungen*: Es gibt keine Begründungspflicht; der gerichtliche Rechtsschutz ist stark eingeschränkt. Mit Blick auf die geringe praktische Bedeutung sehen die Autoren indes keinen Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber.⁴³

³⁶ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 36 f., 68 f.

³⁷ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 34 f.

³⁸ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 37 f.

³⁹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 44 ff.

⁴⁰ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 46 ff.

⁴¹ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 56 ff.

⁴² Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 58 f.

⁴³ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 60.

- *Verfassungsbeschwerde*: Die erst im Laufe der parlamentarischen Beratung des BGG durch eine «Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz» eingeführte Verfassungsbeschwerde hat befürchtete Rechtsschutzdefizite im Bereich der verfassungsmässigen Rechte gar nicht entstehen lassen. Solche Rechtsschutzdefizite waren durch das Zusammenspiel von Zugangsbeschränkungen und Einheitsbeschwerde, verbunden mit der Abschaffung der staatsrechtlichen Beschwerde, erwartet worden.⁴⁴

4 Würdigung der Gesamtergebnisse

4.1 Reform der Bundesrechtspflege grossenteils gelungen

Sowohl die umfassende Wirksamkeitsstudie als auch die Studie über Rechtsschutzlücken kommen zum Schluss, dass die Reform der Bundesrechtspflege *grossenteils gelungen* ist. Dieser Befund basiert auf einer breiten empirischen Basis, auf verschiedenen methodischen Zugängen und auf den Überlegungen zweier Studiengruppen.

Nach dem Inkrafttreten der Reform der Bundesrechtspflege 2007 wurden die damit eingeführten *umfangreichen Änderungen ohne grössere Schwierigkeiten umgesetzt*. Anfängliche Probleme, wie etwa Meinungsunterschiede bei der Aufsicht des Bundesgerichts über das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesstrafgericht oder die grosse Zahl von Pendenzen des Bundesverwaltungsgerichts wurden konstruktiv angegangen. Die erhofften Wirkungen der Reform traten deshalb rasch zutage. Der Vergleich zwischen den Erhebungen der Jahre 2009 und 2011 zeigt, dass sich die *positiven Effekte* der Reform in dieser Zeit *verstärkt* haben. Die Reform hat trotz inhärenter Zielkonflikte einen *Beitrag zu einer besseren Erreichung aller drei Ziele* geleistet. Insgesamt kann die Reform daher für sich in Anspruch nehmen, die ihr vom Gesetzgeber vorgegebenen Möglichkeiten umgesetzt und die beabsichtigten Effekte erzielt zu haben. Die Totalrevision der Bundesrechtspflege kann nach Ansicht des Bundesrates somit als Erfolg gewertet werden.

Zwei Probleme konnten allerdings mit der Reform *nicht vollständig gelöst* werden:

- Erstens ist das *Bundesgericht* nach einer zeitweisen Reduktion der Eingänge seit 2008 wieder *mit zunehmenden Eingängen konfrontiert*; zudem erachtet sich das Bundesgericht teilweise *als falsch belastet*, da es einerseits mit unbedeutenden und andererseits nicht mit allen für die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung grundlegenden Fällen befasst sei. Die Totalrevision der Bundesrechtspflege hat zwar eine Entlastung bewirkt, aber andere gesetzgeberische Entscheide haben in den letzten Jahren zu einer neuerlichen Belastung geführt.
- Zweitens bestehen noch *Rechtsschutzlücken* in den in Ziffer 3.2 aufgeführten Bereichen (Ausschlusskatalog, Kognition des Bundesverwaltungsgerichts, Ausländer- und Asylrecht, politische Rechte, innere und äussere Sicherheit, fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen).

⁴⁴ Schlussbericht Rechtsschutzlücken, S. 64.

4.2 Weitere Verbesserungen möglich

Angesichts der durch die Reform der Bundesrechtspflege erzielten Verbesserungen wäre es sicher verfehlt, die wichtigen Pfeiler der neuen Bundesrechtspflege (vgl. die in Ziff. 1.1 aufgeführten Massnahmen) in Frage zu stellen oder daran grössere Änderungen anzubringen.

Auch gilt es zu beachten, dass die Entlastung des Bundesgerichts und der Ausbau des Rechtsschutzes zueinander in Konkurrenz stehen und somit in der Regel Verbesserungen beim einen Ziel mit einer Verschlechterung beim andern Ziel verbunden sind.

Für die Optimierung der Bundesrechtspflege haben die Autoren der beiden Berichte zahlreiche Empfehlungen formuliert. Sie bilden eine wertvolle Diskussionsgrundlage. Gestützt auf die Diskussionen in der Begleitgruppe für die Evaluation (Ziff. 1.3.1) und aufgrund weiterer Abklärungen werden die nachfolgenden Verbesserungen in Aussicht genommen. Sie betreffen eigenständige Massnahmen bei den drei Gerichten des Bundes, mögliche Verbesserungen bei der Aufsicht der Bundesversammlung sowie Verbesserungen, welche eine Änderung der Rechtsgrundlagen erfordern.

4.3 Verbesserungen bei den Gerichten

Die Gerichte sehen ein Potenzial bei der Koordination ihres Auftretens auf dem Arbeitsmarkt (vgl. Ziff. 2.4.2). So könnten beispielsweise mit einem gemeinsamen Auftritt an Hochschul-Berufsmessen und allgemein beim Personalmarketing Synergien genutzt werden. Hingegen kann es nicht um eine Zentralisierung der Personalrekrutierung gehen, da die Selbstverwaltung der Gerichte nicht tangiert werden soll.

Die Gerichte tragen auf der Basis des geltenden Rechts den nachfolgend aufgeführten Anregungen⁴⁵ bereits Rechnung und werden dies auch weiterhin tun:

- Anfechtung von Vor-, Zwischen- und Rückweisungsentscheiden (transparente Praxis);
- klare Abgrenzung von Sachverhalts- und Rechtsfragen;
- deutliche Auseinandersetzung mit den Parteivorbringen.

Einer vermehrten Durchführung öffentlicher Beratungen am Bundesgericht steht das Gesetz nicht im Weg. Grenzen ergeben sich hingegen aus der damit verbundenen zusätzlichen zeitlichen Belastung der Richterinnen und Richter.

4.4 Mögliche Verbesserungen bei der Bundesversammlung

Es ist Sache der Bundesversammlung, die aus den Gesamtergebnissen der Evaluation relevanten Schlüsse betreffend die Oberaufsicht über die eidgenössischen Gerichte zu ziehen.

⁴⁵ Vgl. Ziff. 2.4.3 und 3.2.7.

4.5 Verbesserungen durch Änderung der Rechtsgrundlagen

4.5.1 Verbesserung des Ausnahmekatalogs von Artikel 83 des Bundesgerichtsgesetzes

Artikel 83 BGG enthält – zusammen mit einigen weiteren Bestimmungen des BGG (Art. 73, 79, 84, 84a) – den Katalog von Sachgebieten, in denen die (ordentliche) Beschwerde an das Bundesgericht nicht zulässig ist. Gegen kantonale Entscheide bleibt jedoch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde vorbehalten (Art. 113 BGG). Der Ausschluss von Sachgebieten ist in Artikel 191 Absatz 3 BV als eine der möglichen Beschränkungen des Zugangs zum Bundesgericht vorgesehen.

Im früheren Recht⁴⁶ existierte ein ähnlicher Ausnahmekatalog. Bei der Schaffung des BGG bestand die Absicht, den Ausnahmekatalog zu kürzen: Einerseits sollte er die Beschwerde nur noch in Sachbereichen ausschliessen, die für die Belastung des Bundesgerichts wirklich ins Gewicht fielen. Und andererseits sollte es für alle Ausnahmen hinreichende sachliche Gründe geben. Zu denken ist dabei etwa an den fehlenden Mehrwert einer doppelten gerichtlichen Überprüfung bei faktisch beschränkter Kognition (z.B. Prüfungsentscheide, Ermessenssubventionen) oder an die Verkürzung des Instanzenzugs aus Beschleunigungsgründen (insb. bei Entscheiden, die eher vorsorglichen Massnahmen gleichen). So wie der Ausnahmekatalog des BGG schliesslich vom Gesetzgeber verabschiedet wurde, konnte er dieser Zielsetzung nur zum Teil genügen. Seither sind noch weitere Ausnahmen eingeführt worden, die auch nicht zu einem abgerundeten System beigetragen haben.

Aufgrund dieser Entstehungsgeschichte erstaunt es nicht, dass die Evaluation den Ausnahmekatalog als Regelung identifiziert hat, die in ihrer heutigen Form nicht befriedigt. Der Bundesrat wird daher den Ausnahmekatalog überprüfen und dem Parlament im Rahmen einer Gesetzesvorlage zur Umsetzung verschiedener Evaluationspostulate eine überarbeitete Fassung unterbreiten. Als Stossrichtungen für die Anpassung des Ausnahmekatalogs sieht der Bundesrat insbesondere:

Erstens sollen nur Ausnahmen beibehalten oder allenfalls neu geschaffen werden, bei denen überzeugend begründet werden kann, warum für die betreffenden Entscheide die Möglichkeit einer einmaligen gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich genügt oder genügen muss.

Zweitens soll der Ausnahmekatalog – wie heute schon die Streitwertgrenzen – mit dem Vorbehalt versehen werden, dass die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 74 Abs. 2 Bst. a, 85 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht wird in seiner Rolle, als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes (Art. 188 Abs. 1 BV) die Rechtseinheit zu wahren, gestärkt, wenn es in allen Sachbereichen (ausser im Zuständigkeitsbereich der Militärjustiz) Entscheide über Rechtsfragen grundsätzlicher Natur erlassen kann. Artikel 191 BV sieht den garantierten Zugang zum Bundesgericht zwar nur in Bezug auf Streitwertgrenzen (Abs. 2), nicht aber in Bezug auf ausgeschlossene Sachgebiete (Abs. 3) vor. Durch eine solche Relativierung des Ausnahmekatalogs wird der verfassungsrechtlich grundsätzlich gewährleistete Zugang zum Bundesgericht

⁴⁶ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BS 3 531) in der Fassung des Titels über die Verwaltungsrechtspflege von 1968 (AS 1969 767).

(Abs. 1) aber nicht zusätzlich eingeschränkt. Der Gesetzgeber hat in Artikel 83 Buchstabe f BGG für das Gebiet der öffentlichen Beschaffungen bereits eine derartige Regelung vorgesehen. Aus Sicht der geltenden Bundesverfassung ist wichtig, dass die Beschränkung der Beschwerde an das Bundesgericht auf Fälle mit grundsätzlichen Rechtsfragen an den Ausnahmekatalog gebunden bleibt. Losgelöst von Streitwertgrenzen und Ausnahmekatalog lässt Artikel 191 BV nicht zu, den Zugang zum Bundesgericht (generell) vom Vorliegen einer Grundsatzfrage abhängig zu machen.⁴⁷

Drittens soll die Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zwar auch auf dem Gebiet der Asylentscheide (vgl. heute Art. 83 Bst. d BGG) gelten, aber dort zusätzlich an die Bedingung geknüpft werden, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid ausdrücklich erklärt hat, eine solche Grundsatzfrage zu beurteilen. Wegen der grossen Fallzahlen im Asylrecht und der Versuchung, Rechtsmittel unabhängig von den Erfolgchancen zur Verlängerung der Anwesenheit in der Schweiz einzulegen (eine Wegweisung vor dem rechtskräftigen Entscheid kommt in der Regel nicht in Frage), dürfte es notwendig sein, die Zulassung durch die Vorinstanz zur notwendigen (aber nicht hinreichenden) Voraussetzung für eine Beschwerde an das Bundesgericht zu machen. Eine zu restriktive Zulassungspraxis der Vorinstanzen könnte von den Aufsichtsbehörden thematisiert werden. Individuellen Rechtsschutz gäbe es diesbezüglich aber nicht, d. h. Entscheide der Vorinstanz ohne Zulassungserklärung wären in jedem Fall endgültig.

4.5.2 Anpassung der Bestimmungen über die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts

Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gelten die Beschwerdegründe von Artikel 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021; vgl. Art. 37 VGG). Das bedeutet, dass auch die Rüge der Unangemessenheit zulässig ist, sofern sich die Beschwerde nicht gegen einen kantonalen Beschwerdeentscheid richtet. Verschiedene Spezialgesetze schliessen für ihren Bereich aber aus, dass vor Bundesverwaltungsgericht die Unangemessenheit einer Verfügung gerügt werden kann.⁴⁸

Dass dem Bundesverwaltungsgericht heute grundsätzlich eine volle Ermessenskontrolle zusteht, ist historisch zu erklären. Mit der Teilrevision der Bundesrechtspflege von 1991 wurden verschiedene Rekurskommissionen geschaffen, denen hauptsächlich Zuständigkeiten zugewiesen wurden, die vorher von Beschwerdediensten auf

⁴⁷ Christina Kiss/Heinrich Koller, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 191 N. 35 f.

⁴⁸ Vgl. Art. 31 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1); Art. 11 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 1. Oktober 2010 über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (SR 196.1); Art. 37 Abs. 4 des ETH-Gesetzes vom 4. Oktober 1991 (SR 414.110); Art. 26 Abs. 2 des Kulturförderungsgesetzes vom 11. Dezember 2009 (SR 442.1); Art. 32 Abs. 3 des Filmgesetzes vom 14. Dezember 2001 (SR 443.1); Art. 53 Abs. 2 Bst. e des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.1); Art. 8 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 21. März 1980 über Entschädigungsansprüche gegenüber dem Ausland (SR 981); im gleichen Sinn zu verstehen Art. 13 Abs. 2 des Forschungs- und Innovationsförderungsgesetzes vom 7. Oktober 1983 (SR 420.1) und Art. 51 Abs. 6 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101).

Departementsstufe ausgeübt worden waren. Gleichzeitig wurde in 71a Absatz 2 VwVG (AS 1992 288) bestimmt, dass sich das Verfahren vor den Rekurs- und Schiedskommissionen nach diesem Gesetz richte. Bei der Schaffung des VGG wurde für das Bundesverwaltungsgericht die volle Kognition der damaligen Rekurskommissionen übernommen. In der Botschaft hiess es dazu, man wolle eine Verkürzung des Rechtsschutzes vermeiden.⁴⁹

Nicht zu Unrecht wird immer wieder geltend gemacht, das Gesetz verspreche mit der Angemessenheitskontrolle etwas, was das Bundesverwaltungsgericht nicht in vollem Umfang leisten könne. Ausserdem zeichnet sich das klassische Ermessen im allgemeinen Verwaltungsrecht gerade dadurch aus, dass es der Verwaltung einen Spielraum öffnet, in den sich die Justiz nicht einmischen soll, solange keine Rechtsvorschriften verletzt werden. Schon vor der Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts zeigte sich übrigens im Lauf der Zeit, dass selbst in der verwaltungsinternen Rechtspflege durch Bundesbehörden Korrekturen von erstinstanzlichen Entscheiden aus reinen Ermessensüberlegungen nur noch äusserst selten vorkamen. Das seinerzeitige Argument betreffend die Vermeidung einer Verkürzung des Rechtsschutzes ist daher eher auf einer symbolischen Ebene anzusiedeln. Dies umso mehr, als gerade in Spezialgesetzen mit ausgeprägten Ermessensentscheiden (z.B. Kultur-, Film- und Forschungsförderung) die Angemessenheitskontrolle ausgeschlossen wurde.

Der Bundesrat möchte die gesetzlichen Bestimmungen über die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts dahingehend ändern, dass die Rechts- und Sachverhaltskontrolle (ohne Angemessenheitskontrolle) zur Regel wird. Für ausgewählte Bereiche, namentlich solche, in denen mit dem Begriff «Ermessen» nicht Verwaltungsermessen, sondern – wie im Zivilrecht – richterliches Ermessen gemeint ist, soll die volle Ermessensüberprüfung aber beibehalten werden. Zum Beispiel konnte zur Zeit, als die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund noch ausschliesslich vom Bundesgericht ausgeübt wurde, vor Gericht die Unangemessenheit von erstinstanzlichen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen gerügt werden.⁵⁰ Eine Wiedereinführung der verwaltungsinternen Rechtspflege kommt für den Bundesrat höchstens punktuell in Frage, weil damit der Rechtsmittelweg verlängert wird. Im Allgemeinen kann die Beschränkung des Instanzenzugs auf maximal drei Instanzen mehr zu einem wirksamen Rechtsschutz beitragen als die – eher theoretische – Möglichkeit der Angemessenheitsprüfung durch eine verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz.

4.5.3 Abschaffung der erweiterten Kognition des Bundesgerichts im Bereich der Militär- und Unfallversicherung

Richtet sich die Beschwerde gegen einen Entscheid über die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der Militär- oder Unfallversicherung (Art. 97 Abs. 2 BGG), ist das Bundesgericht nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden (Art. 105 Abs. 3 BGG) und kann Rügen betreffend unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellungen uneingeschränkt prüfen. Diese Bestim-

⁴⁹ BBl 2001 4202, hier 4256.

⁵⁰ Art. 104 Bst. c Ziff. 1 OG (BS 3 531).

mungen sind ein Überbleibsel von Artikel 132 des früheren Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege: Dieser Artikel sah bei der Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen eine freie Sachverhaltskontrolle durch das Eidgenössische Versicherungsgericht vor. Der Bundesrat hatte bereits im Rahmen seiner Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (BBl 2001 4202) vorgeschlagen, dass sich die Kognition des Bundesgerichts auch im Bereich der Sozialversicherungen auf die Rechtskontrolle beschränken sollte (BBl 2001 4238). Die Bundesversammlung entschied indessen, bei Beschwerden im Zusammenhang mit Geldleistungen der Invalidenversicherung, der Unfallversicherung und der Militärversicherung die volle Sachverhaltskontrolle beizubehalten. In der Folge wurde im Rahmen der am 16. Dezember 2005 angenommenen Revision des Invalidenversicherungsgesetzes die Kognition des Bundesgerichts auch bei Geldleistungen der Invalidenversicherung auf die Rechtskontrolle beschränkt. Zudem hat der Bundesrat in seiner Botschaft vom 30. Mai 2008 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (BBl 2008 5395) die Meinung vertreten, eine weitergehende Kognition des Bundesgerichts bei Leistungen der Unfall- und der Militärversicherung sei nicht mehr angemessen. Er hat deswegen der Bundesversammlung die Streichung von Artikeln 97 Absatz 2 und 105 Absatz 3 BGG beantragt. Der Bundesrat ist weiterhin der Meinung, die Kognition des Bundesgerichts sei im ganzen Sozialversicherungsbereich zu harmonisieren, auch wenn die Bundesversammlung den Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung an ihn zurückgewiesen hat mit dem Auftrag, den Umfang der Revision noch einmal zu überdenken und eventuell auf das absolut Notwendige zu beschränken. Er wird deshalb seinen Vorschlag erneut unterbreiten, bei Geldleistungen der Unfall- und Militärversicherung die Kognition des Bundesgerichts einzuschränken.

4.5.4 Besserer Rechtsschutz gegenüber Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung

Nach Artikel 189 Absatz 4 BV können Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht beim Bundesgericht (und somit erst recht nicht bei einer anderen richterlichen Behörde) angefochten werden. Von der Befugnis, Ausnahmen zu bestimmen (Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV), hat der Gesetzgeber nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht gegen solche Akte gibt es nicht. In den Fällen nach Artikel 33 Buchstaben a und b VGG können Verfügungen des Bundesrates oder der Organe der Bundesversammlung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Es geht dabei vor allem um Verfügungen über Arbeitsverhältnisse von Bundesangestellten und über die Abberufung von Mitgliedern der Leitungsgremien von Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung. Soweit es das BGG zulässt, können entsprechende Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Mit ihrer Motion vom 3. Februar 2011 (11.3006 «Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen») bemängelte die Staatspolitische Kommission des Nationalrates, es bestehe kein ausreichender Rechtsschutz gegenüber Verfügungen und Verordnungen des Bundesrates und der Bundesversammlung, die sich unmittelbar auf die Bundesverfassung stützen. Der Bundesrat teilte diese Auffassung nicht und konnte sich im Ständerat mit seinem Antrag auf Ablehnung der Motion durchsetzen.

Allerdings muss – nicht zuletzt gestützt auf die parlamentarische Debatte über die erwähnte Motion – eingeräumt werden, dass das Zusammenspiel der verschiedenen Vorschriften, die beim Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung zu berücksichtigen sind, relativ kompliziert ist. Namentlich der in Artikel 47 Absatz 6 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) geregelte sogenannte Delegationsautomatismus wird oft nicht richtig verstanden. Danach gehen Geschäfte des Bundesrates von Rechts wegen auf das in der Sache zuständige Departement über, soweit Verfügungen zu treffen sind, die von ihrem Gegenstand her (sachliche Zuständigkeit, Art. 31 und 32 VGG) der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen, für die der Bundesrat aber nach Artikel 33 VGG nicht selbst Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts sein kann.

Diese eher unübersichtliche Regelung betrifft grundsätzlich alle Verfügungen des Bundesrates, nicht nur die in der Motion angesprochenen, die sich unmittelbar auf die Verfassung stützen. Hinsichtlich allfälliger Verfügungen der Bundesversammlung kann der vom Völkerrecht unter Umständen gebotene Rechtsschutz sogar nur mit dem Auslegungsmittel der Lückenfüllung hergestellt werden. Bei Verordnungen besteht dagegen kein ernsthaftes Problem: Wer durch die getroffene Regelung von Rechten und Pflichten besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse hat, kann den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen.

Der Bundesrat kann sich grundsätzlich vorstellen, den Rechtsschutz gegenüber *Verfügungen* (im Unterschied zu anderen Akten nach Art. 189 Abs. 4 BV) des Bundesrates und der Bundesversammlung im Gesetz wie folgt zu verbessern beziehungsweise einfacher zu regeln:

- Der Bundesrat, die Bundesversammlung und ihre Organe sollen in Artikel 33 VGG generell als mögliche Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts aufgezählt werden.
- An der beschränkten sachlichen Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit und der auswärtigen Angelegenheiten (Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG; Art. 83 Bst. a BGG) soll dabei nichts geändert werden.
- Der Delegationsautomatismus von Artikel 47 Absatz 6 RVOG ist aufzuheben. Die Ausnahmen, die in Artikel 32 Absatz 1 Buchstaben d–f und h VGG zur Abweichung vom Delegationsautomatismus erlassen worden sind, müssen daraufhin geprüft werden, ob sie weiterhin sachgerecht sind.

Die beschriebene Neuregelung würde bewirken, dass gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung beim Bundesverwaltungsgericht und anschliessend beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden könnte, soweit die Ausnahmekataloge nach Artikel 32 VGG und Artikel 83 BGG die sachliche Zuständigkeit dieser Gerichte nicht einschränken. Auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit und der auswärtigen Angelegenheiten wäre die Beschwerde an die Gerichte nur zulässig, soweit das Völkerrecht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Beim Fehlen eines solchen völkerrechtlichen Anspruchs könnte der Bundesrat weiterhin als (letztinstanzliche) Beschwerdeinstanz tätig sein (Art. 72 Bst. a VwVG). Mit der Rechtsweggarantie von Artikel 29a BV ist eine derartige gesetzliche Ausnahme vereinbar.

4.5.5 Besserer Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte

Im Bereich der politischen Rechte war das Bundesgericht schon lange letzte Beschwerdeinstanz, wenn es um kantonale Angelegenheiten ging.⁵¹ In eidgenössischen Angelegenheiten reichte seine Zuständigkeit aber weniger weit. Für Beschwerden wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von eidgenössischen Abstimmungen und Wahlen war bis zum Inkrafttreten des BGG der Bundesrat beziehungsweise der Nationalrat letzte Instanz.⁵² Mit der Verfassungsänderung über die Justizreform aus dem Jahre 2000 wurde Artikel 189 Absatz 1 Buchstabe f BV so formuliert, dass das Bundesgericht für die Beurteilung von Streitigkeiten wegen Verletzung von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte in gleicher Weise zuständig ist.⁵³

Diese Angleichung des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes in allen Stimmrechtssachen wurde im BGG nicht mit letzter Konsequenz verwirklicht. Zwar ist das Bundesgericht zur Beurteilung aller Beschwerden betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen und betreffend Volkswahlen und -abstimmungen sachlich zuständig (Art. 82 Bst. c BGG). Artikel 88 BGG über die Vorinstanzen in Stimmrechtssachen kann aber so verstanden werden, dass in eidgenössischen Angelegenheiten nicht alle denkbaren Stimmrechtsverletzungen vor das Bundesgericht getragen werden können. In kantonalen Angelegenheiten gewährleistet dieser Artikel, dass über alle Akte, die die politischen Rechte verletzen können, im Streitfall ein anfechtbarer Rechtsmittelentscheid getroffen werden muss; Akte des Parlaments und der Regierung sind direkt beim Bundesgericht anfechtbar. In eidgenössischen Angelegenheiten kann das Bundesgericht dagegen nur angerufen werden, wenn eine Verfügung der Bundeskanzlei oder ein Entscheid der Kantonsregierung vorliegt oder zu Unrecht verweigert wird.

Weder das BGG noch das Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1) oder das VwVG stellen sicher, dass über jede von einer beschwerdeberechtigten Person behauptete Stimmrechtsverletzung in eidgenössischen Angelegenheiten ein anfechtbarer Entscheid getroffen werden muss. Eine Lücke besteht namentlich bei Handlungen, die vom Bundesrat oder von der Bundesversammlung ausgehen, beispielsweise bei den Abstimmungserläuterungen. Hier wäre eine Überprüfung durch das Bundesgericht nach dem Wortlaut von Artikel 189 Absatz 4 BV sogar ausgeschlossen, wenn das Gesetz nicht eine Ausnahme statuiert. Der Gesetzgeber ist aber verpflichtet, der Rechtsweggarantie von Artikel 29a BV Rechnung zu tragen. Sind Streitigkeiten über bestimmte Akte grundsätzlich justizierbar (also nicht vorwiegend nach politischen Überlegungen zu beurteilen), so dürfen sie im Gesetz nicht dem Bundesrat oder der Bundesversammlung zum Entscheid zugewiesen werden, ohne dass gleichzeitig eine Ausnahme nach Artikel 189 Absatz 4 Satz 2 BV vorgesehen wird.⁵⁴

⁵¹ Art. 85 Bst. a OG (BS 3 531).

⁵² Vgl. die heute aufgehobenen Art. 81 und 82 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (AS 1978 688).

⁵³ Vgl. dazu die Ausführungen in der Botschaft vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 1, hier 530 f).

⁵⁴ Vgl. zu dieser Problematik BGE 138 I 61 E. 3.2, 4.3, 4.4 und 4.8.

Der Bundesrat wird die nötigen Gesetzesänderungen vorschlagen, um die Vorgabe von Artikel 189 Absatz 1 Buchstabe f BV, wonach das Bundesgericht Streitigkeiten wegen Verletzung von Bestimmungen über die politischen Rechte beurteilt, auch mit Bezug auf eidgenössische Wahlen und Abstimmungen vollständig umzusetzen. Denkbar wäre zum Beispiel eine Norm, die – ähnlich wie Artikel 25a VwVG – die zuständige Behörde bei Streitigkeiten zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung verpflichtet. Gegen Akte des Bundesrates und der Bundesversammlung könnte in Stimmrechtssachen die direkte Beschwerde an das Bundesgericht vorgesehen werden (analog zur Regelung nach Art. 88 Abs. 1 Bst. a in Verbindung mit Abs. 2 zweiter Satz BGG für die Kantone).

4.6 Verzicht auf Umsetzung verschiedener weiterer Anregungen

Mit den in den vorangehenden Abschnitten aufgeführten Verbesserungen ist nach Ansicht des Bundesrates das Optimierungspotenzial der Reform der Bundesrechtspflege ausgeschöpft. Verschiedene weitere Anregungen (v. a. aus dem Bericht der Autoren der umfassenden Wirksamkeitsstudie) sollen demgegenüber nicht weiterverfolgt werden. Die Gründe dafür werden in den folgenden Unterkapiteln dargelegt.

4.6.1 Idee hat sich in der Praxis nicht bewährt

Mehrere der Anregungen sind in der Gerichtspraxis bereits früher angewendet worden; aufgrund der negativen Erfahrungen ist man davon aber wieder abgekommen.

Deshalb wird in Bezug auf die folgenden Anregungen ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf verneint:

- *summarische Prüfung der Beschwerden auf ihre Erfolgsaussichten* (wurde in den 1990er Jahren beim Bundesgericht praktiziert; hat sich nicht bewährt);
- *vermehrte Durchführung öffentlicher Beratungen beim Bundesgericht* (allenfalls könnte geprüft werden, ob eine gesetzliche Grundlage für interne Beratungen geschaffen werden sollte, z.B. analog zu Art. 41 Abs. 2 VGG).

4.6.2 Idee wurde bereits auf andere Weise umgesetzt

Der Kerngehalt der Anregung ist in der geltenden Bundesrechtspflege mit ähnlichen Massnahmen bereits weitgehend umgesetzt. Es ergäbe sich kein Zugewinn.

Davon betroffen sind namentlich folgende Anregungen:

- *Unzulässigkeitserklärung* (weitgehend erreicht durch Art. 108 und 109 BGG; eine Unzulässigkeitserklärung im Sinne eines Annahmeverfahrens wird durch Art. 191 BV ausgeschlossen);

- *weitere Ausschöpfung des Entlastungspotenzials von Art. 108 f. BGG* (Entlastungspotenzial wird bereits ausgeschöpft);
- *zusätzliche Kompetenzen für die Verwaltungskommissionen* (Verwaltungskommissionen sind bereits für alle Verwaltungsgeschäfte zuständig, die nicht von Gesetzes wegen in die Zuständigkeit des Gesamtgerichts oder der Präsidentenkonferenz fallen).

4.6.3 Nachteile überwiegen die allfälligen Vorteile

Die Anregung würde bei einem der Ziele (z.B. Rechtsschutz) zu einer Verbesserung führen, damit verbunden wären aber Nachteile in anderen Bereichen:

Davon betroffen sind namentlich folgende Anregungen:

- *Anwaltszwang bzw. akkreditierte Anwälte und Anwältinnen* (Erschwerung des Zugangs zum Bundesgericht, Frage der Akkreditierungsbehörde);
- *Prüfung eines doppelten Instanzenzugs auf Stufe der Kantone im Sozialversicherungsrecht* (Verlängerung des Rechtsmittelwegs, Abweichung von den Anforderungen im übrigen Verwaltungsrecht).

4.6.4 Anderer Weg eingeschlagen

Die Errichtung eines eigenständigen *Bundesberufungsgerichts* in Strafsachen oder die Angliederung eines solchen Gerichts an das Bundesstrafgericht oder das Bundesverwaltungsgericht lässt sich angesichts der zu erwartenden Fallzahlen zurzeit kaum rechtfertigen. Der Nationalrat hat im Herbst 2012 eine entsprechende Motion seiner Rechtskommission abgelehnt.⁵⁵ Die überwiesene Motion Janiak vom 17. März 2010 (10.3138 «Erweiterung der Kognition des Bundesgerichtes bei Beschwerden gegen Urteile der Strafkammer des Bundesstrafgerichtes») beauftragt den Bundesrat, die bundesgerichtliche Sachverhaltskontrolle bei Beschwerden gegen Entscheide der Strafkammer des Bundesstrafgerichts zu erweitern. Der Bundesrat hat am 4. September 2013 die entsprechende Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht verabschiedet (BBl 2013 7109).

4.6.5 Kein Handlungsbedarf

Unter den Autorinnen und Autoren der beiden Studien und bei der Begleitgruppe besteht kein Konsens über den Handlungsbedarf beziehungsweise der Handlungsbedarf wird verneint. Bei mehreren Anregungen wird darauf verwiesen, dass die Gerichte für das mit der Anregung zu behebende Problem bereits eine taugliche Praxis entwickelt haben.

⁵⁵ Motion Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates 12.3341 «Zweite Berufungsinstanz in Bundesstrafsachen».

Davon betroffen sind namentlich folgende Anregungen:

- *Ausdehnung der Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerdeführung*⁵⁶;
- *Definition des Kriterium des besonderen Berührtseins*;
- *Vereinfachung der administrativen Aufsicht des Bundesgerichts über die erstinstanzlichen eidgenössischen Gerichte.*

4.6.6 Verwirklichung ergäbe eine Disharmonie zu den eidgenössischen Prozessordnungen

Davon betroffen ist namentlich die Anregung zum *Verzicht auf die Geschädigtenbeschwerde* (in Strafsachen).

Die geschädigte Person ist nach dem BGG nicht ohne Weiteres berechtigt, gegen einen Entscheid in Strafsachen beim Bundesgericht Beschwerde zu führen. Das Beschwerderecht steht ihr grundsätzlich nur dann zu, wenn sie sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin beteiligt hat, d. h. sich als Privatklägerschaft konstituiert hat,⁵⁷ und wenn sich zudem der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann (Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 BGG). Diese Regelung des Beschwerderechts der Privatklägerschaft wurde mit dem Inkrafttreten der Strafprozessordnung und des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19. März 2010 (SR 173.71) ins BGG aufgenommen. Da die Strafprozessordnung den Begriff der Privatklägerschaft relativ weit fasst, war es notwendig, im BGG darauf Rücksicht zu nehmen.⁵⁸ Sonst bliebe es Privatklägern und -klägerinnen mit Zivilansprüchen, aber ohne Opfereigenschaft nach dem OHG – also beispielsweise Geschädigten aus Betrug – verwehrt, die Frage, ob eine strafbare Handlung vorliegt, bis vor Bundesgericht zu bringen.

4.6.7 Verwirklichung wäre gegenwärtig politisch kaum mehrheitsfähig

Eine *zusätzliche Anhebung der Streitwertgrenzen* und die *Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze* wurden bei der Schaffung des BGG beziehungsweise gestützt auf zwei parlamentarische Initiativen intensiv diskutiert und schliesslich von den eidgenössischen Räten verworfen. Dem Bundesrat erscheint es gegenwärtig politisch nicht angezeigt, dazu neue Vorlagen auszuarbeiten.

⁵⁶ Vgl. die Darstellung der heutigen Praxis in BGE 138 II 506 E. 2.1–2.3.

⁵⁷ Art. 118–121 StPO.

⁵⁸ Zur Entstehungsgeschichte des geltenden Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 BGG vgl. BGE 138 IV 258 E. 4.2.

4.6.8 Fokussierung weiterer Abklärungen auf konkrete Gesetzesänderungen

Auf die von der umfassenden Wirkungsstudie angeregten weiteren Abklärungen (vgl. Ziff. 2.4.6) wird verzichtet. Mit der umfassenden Wirksamkeitsstudie und der Studie Rechtsschutzlücken bestehen vorläufig ausreichende Beurteilungsgrundlagen. Allfällige weitere Abklärungen betreffen vor allem die vorzunehmenden Gesetzesänderungen nach Ziffer 4.5. Der Bundesrat begrüsst es aber, wenn sich die Forschung des Themas «Justiz» in Zukunft verstärkt annimmt. Einen Ansatzpunkt dazu bietet das Projekt «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz».⁵⁹

4.7 Abstimmung zwischen dem BGG und den eidgenössischen Prozessordnungen

In der Begleitgruppe wurde die Frage aufgeworfen, ob die neuen eidgenössischen Prozessordnungen (ZPO und StPO) genügend auf das BGG abgestimmt sind. Zwar konnten die Auswirkungen der Prozessordnungen auf die Bundesrechtspflege aus zeitlichen Gründen (Inkrafttreten der Prozessordnungen am 1.1.2011) nicht in die Untersuchungen der Projektteams einbezogen werden. Betrachtet man aber die Erlasstexte und die einschlägigen Urteile des Bundesgerichts, so scheint ein Konfliktpotential vor allem bei den Anforderungen an den Instanzenzug zu bestehen.

Das BGG verlangte in seiner ursprünglichen Fassung vom 17. Juni 2005⁶⁰ in Zivil- und Strafsachen von den Kantonen grundsätzlich zwei Vorinstanzen und als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts ein oberes Gericht. Mit der Schaffung der ZPO wurden die in anderen Bundesgesetzen bereits vorgesehenen Ausnahmen nicht eingeschränkt, sondern übernommen und sogar ausgedehnt (vgl. Art. 5–8 ZPO und Art. 77 Abs. 1 Bst. b BGG). Auch die StPO setzte den Grundsatz der doppelten kantonalen Instanz nicht lückenlos um (vgl. Art. 380 in Verbindung mit Art. 40 Abs. 1, 48 Abs. 1, 59 Abs. 1, 150 Abs. 2, 186 Abs. 2 und 3, 248 Abs. 3 und 440 Abs. 3 StPO; Art. 80 Abs. 2 BGG). In einigen Fällen lässt die StPO sogar nicht-richterliche Behörden als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts zu.⁶¹

Im Interesse einer nachhaltigen Entlastung des Bundesgerichts sollten möglichst keine solchen Ausnahmen vom Grundsatz der doppelten kantonalen Vorinstanz mehr geschaffen und die bisherigen Ausnahmen überprüft werden.

5 Ausblick und weiteres Vorgehen

Der Bundesrat wird zu den in Ziffer 4.5 dargestellten Verbesserungen der gesetzlichen Grundlagen eine Vorlage ausarbeiten.

⁵⁹ Vgl. www.justizforschung.ch. Für den verwaltungsgerichtlichen Bereich vgl. auch die Studie von Thierry Tanquerel/Frédéric Varone/Arun Bolkensteyn/Karin Byland, *Le contentieux administratif judiciaire en Suisse: une analyse empirique*, Genf/Zürich/Basel 2011.

⁶⁰ AS 2006 1205

⁶¹ Art. 40 Abs. 1 und 59 Abs. 1 Bst. a StPO; vgl. BGE 138 IV 214 E. 1.1–1.3.3.

Er wird dabei die Ergebnisse einer vom Bundesgericht eingesetzten internen Arbeitsgruppe berücksichtigen. Diese Arbeitsgruppe hatte den Auftrag, parallel zu den Arbeiten der Begleitgruppe Massnahmen zu erarbeiten, die der Verbesserung der verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesgerichts als oberster rechtsprechender Behörde des Bundes dienen.

Anhang II

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



Cour plénière
CH - 1000 Lausanne 14
Tél. 021 318 91 11
Fax 021 323 37 00
Dossier n° 9.5.5.4

Séance plénière du 17 mars 2014 - Propositions de modification de la loi sur le Tribunal fédéral*

I. Introduction

A. Historique

La Cour plénière s'était fixé comme but de consolider le Tribunal fédéral dans sa fonction constitutionnelle d'autorité judiciaire suprême de la Confédération. Un groupe de travail interne avait été chargé d'examiner les mesures susceptibles de favoriser la réalisation de ce but.

Le 30 octobre 2013, le Conseil fédéral a adopté le Rapport sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale (FF 2013 8143). Il y déclare vouloir élaborer un projet en vue de corriger la liste des exceptions figurant à l'art. 83 LTF (loi sur le Tribunal fédéral, RS 173.110) et d'améliorer la protection juridictionnelle à l'égard des décisions du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale ainsi qu'en matière de droits politiques. Le Conseil fédéral relève aussi que le Tribunal fédéral doit faire face à un accroissement du nombre de dossiers et s'estime mal chargé puisqu'il est saisi de cas d'importance mineure alors qu'il ne connaît pas toutes les causes capitales pour l'unité du droit et le développement de la jurisprudence; il dit expressément vouloir tenir compte des conclusions auxquelles aboutira le groupe de travail interne institué par le Tribunal fédéral. Le Conseil fédéral a instauré un groupe de travail au sein de l'Office fédéral de la justice, chargé de présenter des propositions de modification de la LTF; le Tribunal fédéral est représenté dans ce groupe qui devrait déposer ses conclusions pour la fin de l'année 2014.

Le 12 septembre 2013, le conseiller national Caroni a déposé un postulat (no 13.3694) demandant à ce que le Conseil fédéral soit chargé d'examiner l'opportunité d'une révision de la LTF afin de décharger le Tribunal fédéral des affaires de moindre

* Quelle: http://www.bger.ch/decisions_plenum_2014-03-17.pdf.

importance. Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat. Il estime qu'il est très certainement nécessaire de procéder à quelques modifications de l'accès au Tribunal fédéral et propose d'examiner les mesures évoquées par le postulat dans le cadre du projet à élaborer à la suite du rapport d'évaluation précité. Le Conseil national a adopté le postulat le 13 décembre 2013.

Le 17 mars 2014, la Cour plénière du Tribunal fédéral a arrêté ses propositions de modification de la LTF. Lors du vote final, vingt-huit juges sur les trente-cinq présents les ont acceptées; quatre ont voté contre, trois se sont abstenus.

B. Principes retenus

De l'avis de la Cour plénière, ses tâches en tant que cour suprême consistent à trancher les questions de droit importantes dans tous les domaines juridiques, à veiller à l'application uniforme du droit fédéral dans tout le pays et à contribuer au développement du droit. La Cour plénière en déduit que la consolidation du Tribunal fédéral dans sa fonction constitutionnelle d'autorité judiciaire suprême de la Confédération suppose dès lors deux adaptations de ses compétences.

D'une part, les compétences du Tribunal fédéral doivent être élargies à toutes les matières justiciables. En tant que cour suprême, il doit être seul juge de dernier ressort.

D'autre part, les compétences du Tribunal fédéral doivent être limitées, dans une mesure adéquate, aux cas objectivement importants. Comme le législateur l'a lui-même relevé lors de l'adoption de la LTF, le Tribunal fédéral n'est pas une dernière instance d'appel; c'est aux instances précédentes qu'il appartient de rendre la justice dans les cas d'espèce (Message du 28 février 2001, ch. 4.1.4.5 ad art. 97, FF 2001 4000, 4140). Une décharge significative permettrait au Tribunal fédéral de consacrer suffisamment de temps à ce qui est sa tâche primaire; elle éviterait en outre une augmentation du nombre des juges et des greffiers avec les difficultés qui en découlent en matière de cohérence et d'unification de la jurisprudence, voire permettrait le cas échéant de réduire ce nombre. Le développement important que les juridictions fédérales et cantonales ont connu ces dernières années justifie de quelque peu restreindre l'accès au Tribunal fédéral dans les causes de moindre importance.

Les propositions de la Cour plénière seront soumises au groupe de travail de l'Office fédéral de la justice qui a déjà commencé ses travaux et qui devrait les terminer pour la fin de l'année 2014. Ces propositions restent nécessairement dans le cadre constitutionnel actuel.

II. Propositions

1. Extension des causes administratives susceptibles de recours tel que défini à l'art. 84a LTF

Le recours en matière de droit public est exclu contre diverses décisions énoncées à l'art. 83 LTF. Pour certaines, l'objet du litige ne justifie en soi pas l'exclusion de toute possibilité de recours à la cour suprême. Une ouverture totale du recours engendrerait toutefois une charge supplémentaire qui ne pourrait pas être absorbée.

Le Tribunal fédéral estime que la voie du recours en matière de droit public doit être ouverte contre certaines de ces décisions, mais dans une mesure limitée. La limitation telle que définie à l'art. 84a LTF est judicieuse. Cette disposition a été introduite au 1er février 2013 afin d'ouvrir la voie du recours contre les décisions du Tribunal administratif fédéral (TAF) en matière d'entraide administrative fiscale; auparavant, l'art. 83 let. h LTF excluait tout recours. L'art. 84a LTF précise que le recours n'est recevable que lorsqu'une question juridique de principe se pose ou qu'il s'agit pour d'autres motifs d'un cas particulièrement important au sens de l'art. 84 al. 2 LTF (violation de principes fondamentaux ou autres vices graves); la jurisprudence a précisé ces notions (cf. ATF 139 II 404 c. 1.3, 139 II 340 c. 4). Les décisions contre lesquelles la voie du recours devrait être ouverte sont celles énumérées aux let. f bis, g, h, j, m, n, p, q, r et u de l'art. 83 LTF. Le Conseil fédéral veut aller dans le même sens, mais de manière plus restrictive en ouvrant la voie du recours uniquement pour le cas où la contestation soulève une question juridique de principe.

Il n'y a aucun motif juridique pour exclure le recours contre les décisions en matière d'asile (art. 83 let. d ch. 1 LTF), aujourd'hui prises en dernière instance par le TAF. Toutefois, le risque d'abus est manifeste. Pour les requérants déboutés, la tentation serait grande de déposer des recours d'emblée dénués de chances du succès, uniquement pour faire durer la procédure et obtenir par ce biais une prolongation du droit de séjour; au regard des 4'000 à 5'000 affaires d'asile liquidées chaque année par le TAF, il y a un risque évident pour le Tribunal fédéral d'être submergé. L'ouverture des possibilités de recours ne peut dès lors qu'être très limitée. Le recours ne doit ainsi être ouvert que si une question juridique de principe se pose; la décision de savoir si la voie de recours est exceptionnellement ouverte en raison d'une question juridique de principe doit être prise par le TAF et figurer dans l'arrêt au fond; la constatation du TAF doit être définitive, et donc non susceptible de recours; elle ne doit par contre pas lier le Tribunal fédéral, celui-ci devant rester libre d'interpréter cette notion de droit fédéral. Le Conseil fédéral partage cette façon de voir, y compris sur le fait qu'il appartiendrait au TAF d'accorder la possibilité de recourir.

L'ouverture partielle du recours dans ces cas précités exige toutefois compensation, car la charge totale du Tribunal fédéral en matière de droit public ne doit pas augmenter. Cette ouverture doit donc impérativement aller de pair avec une limitation du recours (au sens de l'art. 84a LTF) dans des cas où il est actuellement

illimité. Les matières qui se prêtent à une limitation du recours sont en particulier: l'annulation ou la réintégration selon l'art. 41 LN (loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse); les décisions en droit des étrangers (décisions autres que celles où le recours en matière de droit public reste totalement exclu en vertu de l'art. 83 let. c LTF); les retraits de permis de conduire (art. 16 ss LCR).

La limitation du recours prévue à l'art. 84a LTF suppose nécessairement qu'il n'existe pas de voie de recours subsidiaire; sinon, la limitation peut être contournée et n'a pas de sens. Or, certaines décisions évoquées ci-dessus sont cantonales. Pour que la limitation des possibilités de recours contre ces décisions soit effective, le recours constitutionnel subsidiaire doit être exclu; à défaut, ce dernier recours serait ouvert chaque fois que les conditions posées par l'art. 84a LTF ne seraient pas remplies (art. 113 LTF). Les décisions précitées, qu'elles soient cantonales ou fédérales, sont rendues en procédure de recours dans le cadre de laquelle le grief d'une violation de la CEDH est admissible; la limitation des possibilités de recours au Tribunal fédéral ne contrevient ainsi pas à l'exigence d'un recours effectif au sens de l'art. 13 CEDH. Par contre, les décisions non susceptibles de recours au Tribunal fédéral pourront le cas échéant être portées directement devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme; mais il en va déjà aujourd'hui ainsi pour nombre de décisions du TAF (cf. art. 83 et 113 LTF), et on ne discerne pas pour quel motif la solution admissible pour le TAF ne serait pas pour les juridictions suprêmes cantonales.

2. Extension du recours tel que défini à l'art. 84a LTF à d'autres causes

2.1. Décisions de mesures provisionnelles

Dans les recours formés contre des décisions portant sur des mesures provisionnelles, qu'elles soient incidentes ou finales, seule la violation de droits constitutionnels peut être invoquée (art. 98 LTF). Cela est insatisfaisant. D'une part, le Tribunal fédéral ne peut jamais examiner librement certaines dispositions de droit fédéral relatives à la procédure de mesures provisionnelles (cf. art. 261 ss CPC) et n'est dès lors pas en mesure de veiller à l'application uniforme du droit fédéral en la matière. D'autre part, les mesures provisionnelles sont prises sur la base de la seule vraisemblance, sont en règle générale provisoires, n'acquiescent pas force de chose jugée et peuvent faire l'objet d'un recours à une instance judiciaire cantonale; il ne se justifie pas d'ouvrir le recours au Tribunal fédéral contre toutes ces décisions, notamment pour critiquer n'importe quelle question de fait ou de droit en se prévalant d'une violation de l'interdiction constitutionnelle de l'arbitraire.

Le Tribunal fédéral propose d'étendre aux mesures provisionnelles la réglementation précitée du recours limité selon l'art. 84a LTF, avec exclusion du recours constitutionnel subsidiaire. Ouvrir la voie de recours ordinaire, mais uniquement lorsqu'une question juridique de principe se pose ou qu'il s'agit pour d'autres motifs d'un cas particulièrement important, permettra de remédier à la situation actuelle

insatisfaisante. Le Tribunal fédéral sera largement déchargé de tâches qui ne sont pas celles d'une cour suprême, mais il sera en même temps mis en mesure de veiller à l'application uniforme du droit fédéral lorsqu'une question juridique de principe se pose ainsi que d'intervenir dans d'autres cas s'ils sont particulièrement importants pour un autre motif. La décharge ne sera évidemment effective que si le recours constitutionnel subsidiaire est exclu; à défaut, rien ne changera par rapport à la situation actuelle (cf. art. 98 et 116 LTF).

2.2. Décisions sur des prétentions patrimoniales

Dans les causes patrimoniales qui n'atteignent pas une valeur litigieuse minimale (30'000 ou 15'000 francs selon les causes), le recours ordinaire est en principe ouvert uniquement si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 74 al. 2 let. a et art. 85 al. 2 LTF); à défaut, la voie du recours constitutionnel subsidiaire est ouverte, mais uniquement lorsque la décision émane d'une autorité cantonale (art. 113 LTF).

Le Tribunal fédéral propose d'étendre la même réglementation du recours limité aux décisions sur des prétentions patrimoniales avec valeur litigieuse inférieure à 30'000 ou 15'000 francs. Le Tribunal fédéral pourra ainsi examiner librement la cause non seulement lorsqu'elle pose une question de principe, mais aussi lorsqu'elle est particulièrement importante pour d'autres motifs; en même temps, il n'aura plus à s'occuper des autres causes qui ne présentent pas ces caractéristiques.

L'exigence d'une valeur litigieuse minimale est actuellement prévue pour le recours en matière civile (art. 74 al. 1 LTF) et pour le recours en matière de droit public (art. 85 al. 1 LTF). Cette règle doit être étendue au recours en matière pénale (cf. art. 78 al. 2 let. a LTF; art. 78 al. 1 LTF et art. 135, 138 et 429 CPP).

2.3. Décisions pénales non inscrites au casier judiciaire

Toute condamnation pénale, fût-ce à une amende d'ordre, peut être portée devant le Tribunal fédéral, appelé à se prononcer en troisième, voire parfois en quatrième instance (art. 78 LTF). Cela ne se justifie guère pour des condamnations à de petites peines lorsque la cause ne soulève pas de question importante.

Le Tribunal fédéral propose d'étendre la même réglementation du recours limité aux décisions pénales n'entraînant pas d'inscription au casier judiciaire. Il s'agit des condamnations pour des contraventions lorsque l'amende n'excède pas 5'000 francs ou les travaux d'intérêt général n'excèdent pas 180 heures, ainsi que les condamnations à des peines d'ordre (art. 366 al. 2 CP; art. 3 al. 1 let. c ch. 1 et art. 9 let. f VOSTRA). Pour le recours du ministère public ou d'un tiers, il y aurait lieu de prendre en considération la sanction requise devant l'instance précédente.

3. *Introduction de la double instance en matière pénale*

Le Tribunal fédéral peut être saisi de recours contre des décisions prises en procédure pénale par une seule instance cantonale. D'une part, tout moyen de droit prévu par le CPP contre les décisions prises par le Tribunal des mesures de contrainte (TMC) n'est ouvert que dans les cas expressément prévus par le CPP (art. 393 al. 1 let. c CPP). D'autre part, toute décision qualifiée de définitive ou de non sujette à recours par le CPP ne peut pas être attaquée par l'un des moyens de recours prévus par le CPP (art. 380 CPP). Ces décisions peuvent être directement portées devant le Tribunal fédéral (art. 80 al. 2 LTF). Il en va par exemple ainsi de la décision en matière de levée de scellés, prise en première instance par le TMC ou le tribunal saisi de la cause (art. 248 al. 3 CPP). Même des décisions d'autorités non judiciaires sont susceptibles de recours direct au Tribunal fédéral, notamment la décision, déclarée définitive par le CPP, du ministère public statuant sur une demande de récusation d'un policier (art. 59 al. 1 let. a CPP; cf. ATF 138 IV 214).

Le Tribunal fédéral propose d'introduire le principe de la double instance cantonale, sauf pour les décisions rendues par la dernière instance cantonale dans le cadre d'une procédure de recours où un recours cantonal ne se conçoit guère. Il en découlerait une décharge importante. Le Conseil fédéral va dans le même sens lorsqu'il dit qu'il y a lieu de réexaminer l'opportunité de maintenir les exceptions actuelles à la règle de la double juridiction inférieure au plan cantonal.

4. *Limitation de la qualité pour recourir des lésés*

Actuellement, la qualité pour déposer un recours en matière pénale est accordée à "la partie plaignante, si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles" (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF). Par partie plaignante, la loi entend tout lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (art. 118 CPP). La qualité pour recourir est de la sorte accordée notamment au lésé qui a uniquement subi un dommage patrimonial.

Lors de l'adoption de la LAVI, la qualité pour recourir avait été accordée à tous les lésés. Cette réglementation a été modifiée par loi du 23 juin 2000 afin de limiter la qualité pour recourir aux seules "victimes", à savoir aux lésés qui, du fait d'une infraction, ont subi une atteinte directe à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle (art. 1 al. 1 LAVI). La modification avait été initiée par les Commissions de gestion des deux Chambres afin de décharger le Tribunal fédéral; la mesure avait été considérée si urgente et importante qu'elle a été réalisée avant l'adoption de la loi sur le Tribunal fédéral (Message du 21 décembre 2005, ch. 2.12.1.1.3, FF 2006 1057, 1320). Lors de l'entrée en vigueur du CPP au 1er janvier 2011, la qualité pour recourir a de nouveau été élargie à la partie plaignante.

Le Tribunal fédéral propose de limiter la qualité pour recourir à la seule victime, à l'exclusion du lésé n'ayant subi qu'un dommage matériel. Défendre les intérêts de la

poursuite pénale devant la cour suprême peut, voire doit être réservé au ministère public dans les causes où le lésé n'a pas subi directement d'atteinte physique, psychique ou sexuelle. La qualité pour recourir contre le prononcé civil n'est pas touchée; tout lésé qui a fait valoir des prétentions civiles dans le cadre du procès pénal peut recourir au Tribunal fédéral contre le prononcé civil du juge pénal (cf. ATF 133 III 701), de sorte que ses intérêts sont suffisamment protégés.

Il en découlera certes une disharmonie entre la qualité pour recourir à l'autorité cantonale de seconde instance (art. 382 CPP) et au Tribunal fédéral. Mais elle se justifie objectivement. De toute façon, comme la jurisprudence l'a reconnu, cette disharmonie existe déjà dans la réglementation actuelle, la qualité pour recourir de la partie plaignante étant définie plus largement à l'art. 382 CPP qu'à l'art. 81 LTF (ATF 139 IV 78 c. 3.3.4). De telles disharmonies n'ont rien d'extraordinaire; elles existent aussi en d'autres matières (cf. art. 450 al. 2 CC et art. 76 al. 1 LTF).

5. Suppression du libre examen des faits en assurances sociales

Lors de l'adoption de la LTF, le libre examen des faits en matière d'assurances sociales (ancien art. 132 OJ) a été partiellement maintenu, à savoir pour les recours contre des décisions en matière de prestations en espèces de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire (art. 97 al. 2 et art. 105 al. 3 LTF dans la version votée le 17 juin 2005). Cette exception à la règle générale selon laquelle le Tribunal fédéral ne revoit pas les faits était uniquement due à un compromis politique censé éviter un referendum.

Avant même son entrée en vigueur, la règle a été modifiée dans le sens que l'exception précitée en matière d'assurance-invalidité a été supprimée. Le Conseil fédéral, dans le cadre de la révision de la LAI, avait d'abord prévu d'aller dans le même sens, mais avait ensuite, malgré un large soutien dans le cadre de la procédure de consultation, renoncé pour s'aligner sur la solution finalement retenue par le parlement dans la LTF. Le parlement est néanmoins revenu sur sa décision six mois plus tard en excluant définitivement le libre examen des faits en matière d'assurance-invalidité.

Actuellement, le libre examen des faits existe ainsi dans le cadre des recours concernant l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire (art. 97 al. 2 et art. 105 al. 3 LTF, tels que modifiés par loi du 16 décembre 2005 et entrés en vigueur le 1er janvier 2007). Il est incontesté qu'il n'y a pas de motifs objectifs de maintenir ces exceptions ni, a fortiori, d'avoir une cognition différente selon les branches de l'assurance sociale; la suppression de ces exceptions serait au contraire la suite logique de la décision de 2006 relative à l'assurance-invalidité. Le Conseil fédéral partage cet avis.

* * * * *

Die neue Bundesrechtspflege ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. In Erfüllung des Postulats Pfisterer vom 21. Juni 2007 hat der Bundesrat zwei externe Arbeitsgruppen mit einer Evaluation beauftragt. Eine Arbeitsgemeinschaft, an der das Kompetenzzentrum für Public Management (kpm) der Universität Bern, Interface Politikstudien und die Universität Zürich beteiligt waren, erstellte eine umfassende Wirksamkeitsstudie. Ergänzend dazu untersuchte ein Projektteam der Universität Zürich, ob und gegebenenfalls in welchen Bereichen nach der Revision der Bundesrechtspflege noch Rechtsschutzlücken bestehen. Der vorliegende Band des ZfR enthält eine Zusammenfassung der ersten Studie sowie den Volltext der zweiten. Aufgenommen wurden auch der im Bundesblatt publizierte Bericht des Bundesrates sowie eine Stellungnahme des Bundesgerichts.

