

RECHTSSCHUTZLÜCKEN

Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege:
Teilprojekt Rechtsschutzlücken

Schlussbericht

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

erstellt von

PROF. DR. FELIX UHLMANN
PROF. DR. GIOVANNI BIAGGINI

Zürich, März 2013

INHALTSVERZEICHNIS

| | |
|---|----|
| INHALTSVERZEICHNIS | 2 |
| LITERATURVERZEICHNIS | 4 |
| MATERIALIEN | 15 |
| I. EINLEITUNG | 17 |
| II. RECHTSSCHUTZ UND RECHTSSCHUTZLÜCKEN | 18 |
| 1. Rechtsschutz: Begriff und Grundlagen | 18 |
| a) Allgemeine Begriffsumschreibung | 18 |
| b) Verfassungsrechtliche Grundlagen | 18 |
| 2. Rechtsschutz: Elemente und Abgrenzungen | 20 |
| a) Individueller Rechtsschutz | 20 |
| b) Gerichtlicher Rechtsschutz | 22 |
| c) Richterlicher und höchstrichterlicher Rechtsschutz | 22 |
| d) Effektiver Rechtsschutz | 25 |
| 3. Rechtsschutzlücken und Rechtsschutzbegrenzungen | 27 |
| a) Rechtsschutzlücken gemäss der Botschaft zur neuen Bundesrechtspflege | 27 |
| b) Interdependenz zwischen Rechtsschutzanforderungen und Lücken | 28 |
| c) Begrenzungen und Lücken | 28 |
| d) Lücken als ungerechtfertigte Rechtsschutzbegrenzung | 28 |
| III. RECHTSSCHUTZBEGRENZUNGEN | 29 |
| 1. Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege | 29 |
| a) Begriff und Übersicht | 29 |
| b) Formale Begrenzungen | 29 |
| c) Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen | 30 |
| d) Praktische Begrenzungen | 30 |
| 2. Begründung von Rechtsschutzbegrenzungen | 31 |
| a) Übersicht | 31 |
| b) Gewaltenteilung und Föderalismus | 31 |
| c) Justiziabilität und Praktikabilität | 32 |
| d) Entlastung | 32 |
| e) Banalität | 33 |
| IV. BEURTEILUNG AUSGEWÄHLTER RECHTSSCHUTZBEGRENZUNGEN | 34 |
| 1. Allgemeine Begrenzungen | 34 |
| a) Beschwerdeobjekt: Verfügungsfreies Staatshandeln | 34 |
| b) Beschwerdeobjekt: Zwischenverfügungen | 36 |
| c) Streitwertgrenzen und Grundsatzfragen | 37 |
| d) Ausschlusskatalog (Art. 83 BGG) | 39 |
| e) Kognition und Prüfungsdichte | 42 |
| f) Legitimation | 44 |

| | | |
|----|--|----|
| g) | Rüge- und Begründungspflichten | 46 |
| h) | Verfahrensdauer | 46 |
| i) | Verfahrenskosten | 47 |
| 2. | Begrenzungen in einzelnen Sachgebieten | 48 |
| a) | Innere und äussere Sicherheit | 48 |
| b) | Asyl- und Ausländerrecht | 52 |
| c) | Einbürgerung | 56 |
| d) | Prüfungswesen | 58 |
| e) | Begnadigungen | 60 |
| f) | Politische Rechte | 60 |
| 3. | Sonderprobleme | 62 |
| a) | Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen | 62 |
| b) | Verfassungsbeschwerde | 64 |
| c) | Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund | 66 |
| V. | FAZIT UND EMPFEHLUNGEN | 68 |

LITERATURVERZEICHNIS

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, ZBI 109 (2008), 397 ff.

AUER ANDREAS, Le recours constitutionnel – terra incognita, in: Foëx Bénédicte/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/GRIFFEL ALAIN, Die schweizerische Bundesverfassung ohne Artikel 190, in: «Justice-Justiz-Giustizia» 2012/1, Rz. 1 ff.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Band I, L'Etat, 2. Aufl., Bern 2006

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, 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, 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/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, ZBl 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, ZBl 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 BENOIT, 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), Stämpflis 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/FRESARD 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, Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2009 (zit. BEARBEITER, St. Galler Kommentar zu Art. ... BV, Rz. ...)

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

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

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

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

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

FISCHBACHER ALAIN, Verfassungsrichter in der Schweiz und Deutschland: Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Diss. 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, 2. Aufl., Zürich 2007

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: Biaggi Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011

GUCKELBERGER ANNETTE, Der Zugang zum Verwaltungsgericht nach deutschem und nach schweizerischem Recht, ZBl 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/MARKUS RÜSSLI/EVI SCHWARZENBACH, 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, Zürich 2007

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.

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

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

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.

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

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE/TSCHENTSCHER AXEL/WYTTENBACH JUDITH, *Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011 und 2012*, ZBJV 2012, 673 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/RÜTSCHKE 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, S. 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.

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, Basel 2008

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

MÜLLER GEORG, Zuständigkeit und Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte, in: 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, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. Rechtssetzungslehre)

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 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, 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: Tschanen 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 Entscheidungen 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, ZBl 113 (2012), 565 f.

SCHINDLER BENJAMIN, Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010 (zit. Verwaltungsermessen)

SCHINDLER BENJAMIN/LOUIS PATRIK, Erstinstanzlicher Rechtsschutz gegen universitäre Prüfungsentscheidungen, ZBl 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/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), Zürich/St. Gallen 2006

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

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

TSCHOPP-CHRISTEN MARIANNE, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Diss. Zürich, 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, in: 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, 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 Bundesrechts-

pflege, 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 2. Januar 2013

I. EINLEITUNG*

- 1 Die vorliegende Untersuchung ist ein Teilprojekt der vom Bundesamt für Justiz durchgeführten Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege. Sie untersucht, ob und wenn ja wo nach der Revision der Bundesrechtspflege *Rechtsschutzlücken* bestehen.
- 2 Die Untersuchung basiert schwergewichtig auf einer Auswertung juristischer Lehre und Praxis. Berücksichtigt werden auch politische Vorstösse und soweit vorhanden empirische Daten aus Befragungen. Die in der Untersuchung verwendeten Daten stammen aus den Erhebungen und Auswertungen durch die Studie Interface von Andreas Lienhard, Stefan Rieder, Martin Killias, Christof Schwenkel, Sophie Nunweiler und Andreas Müller. Berücksichtigt wurden auch deren Zwischenberichte vom 2. Februar 2010 und vom 1. Oktober 2012¹.
- 3 Ein erster Zwischenbericht wurde am 23. Februar 2010 mit dem Bundesamt für Justiz und der Begleitgruppe zum Projekt diskutiert. Der Entwurf des Schlussberichts wurde in einer Sitzung mit der Begleitgruppe am 24. Januar 2013 besprochen und anschliessend in die vorliegende Form gebracht. Der vorliegende Text basiert auf dem Zwischenbericht. Für den Schlussbericht wurde der Text aktualisiert und im Bereich der einzelnen Rechtsschutzbegrenzungen erweitert.

* Frau lic.iur. Simone Wälle-Bär und Frau lic.iur. Iris Binder, Assistentinnen am Lehrstuhl Uhlmann, danken wir bestens für ihre kompetente Mithilfe. Herrn lic.iur. Florian Fleischmann, Assistent am Lehrstuhl Uhlmann, danken wir für die formelle Durchsicht.

¹ Die Verfasser der vorliegenden Untersuchung konnten dabei auf die gestellten Fragen Einfluss nehmen. Dafür danken sie dem Team von Interface bestens, ebenso für die freundliche Aufbereitung der Rohdaten.

II. RECHTSSCHUTZ UND RECHTSSCHUTZLÜCKEN

1. Rechtsschutz: Begriff und Grundlagen

a) Allgemeine Begriffsbeschreibung

4 Rechtsschutz ist eine notwendige Bedingung des Rechtsstaats². Recht und Rechtsschutz sind untrennbar miteinander verbunden³, 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 Staat⁴. Rechtsschutz beantwortet die Frage, wie Recht gesprochen wird, Rechte durchgesetzt und Rechtsverstösse sanktioniert werden. Rechtsschutz bedeutet das *Verfahren zur Rechtsdurchsetzung* im weitesten Sinn⁵. In qualifizierter Form wird Rechtsschutz durch Gerichte gewährleistet⁶.

b) Verfassungsrechtliche Grundlagen

5 Vor Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1999 prägte die verfassungsgerichtliche Praxis das rechtsstaatlich gebotene Verfahren. Das Bundesgericht berief sich dabei schwergewichtig auf den (materiellen) Gleichheitssatz sowie auf internationale Verpflichtungen, namentlich Art. 6 EMRK⁷. 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 "fairer 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 Verfahrensgaran-

² Vgl. GRIFFEL, § 27 N 3; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 9.

³ HANGARTNER, 131.

⁴ GRIFFEL, § 27 N 2.

⁵ Vgl. GRIFFEL, § 27 N 2; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 9.

⁶ Vgl. GRIFFEL, § 27 N 2. Siehe dazu auch unten Ziff. II. 2. b.

⁷ 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.

ten, kann vorliegend offen gelassen werden⁸. Klar ist, dass die Verfahrensbestimmungen in ihrer Gesamtheit möglicherweise individualrechtlich, mindestens aber konstitutiv-institutionell eine *Justizgewährleistungspflicht* beinhalten⁹. Diese Justizgewährleistungspflicht bildet den Kern rechtsstaatlich gebotenen Rechtsschutzes.

- 6 Die Justizgewährleistungspflicht wird in der Schweizerischen Bundesverfassung durch die Bestimmungen über das Bundesgericht und andere richterliche Behörden in Art. 188 ff. BV ergänzt. Zu erwähnen ist insbesondere Art. 191 BV, wonach das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht gewährleistet (Art. 191 Abs. 1 BV). Das Gesetz kann für Streitigkeiten ohne Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung Streitwertgrenzen einrichten, für bestimmte Sachgebiete den Zugang zum Bundesgericht ausschliessen sowie für offensichtlich unbegründete Beschwerden ein vereinfachtes Verfahren vorsehen (Art. 191 Abs. 2-4 BV)¹⁰. Bekräftigt wird in Art. 191c BV die Unabhängigkeit der richterlichen Behörden des Bundesgerichts, weiterer richterlicher Behörden des Bundes (Art. 191a BV) sowie der richterlichen Behörden der Kantone (Art. 191b BV)¹¹. Eine Begrenzung richterlicher Zuständigkeit besteht für Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates; Ausnahmen bestimmt das Gesetz (Art. 189 Abs. 4 BV).
- 7 Neben der verfassungsrechtlichen Regelung sind die *völkerrechtlichen Gewährleistungen*, d.h. vor allem Art. 5 und 6 EMRK, Art. 13 EMRK sowie Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II, in den Hintergrund getreten¹². 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 Verfassungsrecht¹³.

⁸ Vgl. dazu ausführlich SCHAUB, 1128 ff.

⁹ 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.

¹⁰ Vgl. dazu unten Rz. 4, 16 ff., 31 f., 47 ff., 75 ff.

¹¹ 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.

¹² 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/SCHÉFER, 869 f.; BGE 134 I 140, 146 ff.).

¹³ Vgl. HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 190 BV, Rz. 32; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1654 f.; aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. BGE 136 II 241, 255; BGE 128 IV 201, 205 f.; BGE 128 III 113, 116 sowie BGE 125 II 417, 424 ff. (Propagandamaterial PKK), 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

Entsprechend haben die in der EMRK gewährleisteten Rechte eine gewisse prozessuale Bedeutung¹⁴.

- 8 Prozessuale Gewährleistungen ergeben sich teilweise auch aus *materiellen Rechtsansprüchen*, welche für ihre effektive Durchsetzung ein bestimmtes Verfahren beanspruchen. Das Bundesgericht hat schon unter der alten Bundesverfassung bei gewissen Grundrechtsverletzungen den Kreis anfechtbarer Beschwerdeobjekte erweitert, um dem materiellen Grundrecht zum Durchbruch zu verhelfen¹⁵.
- 9 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass verschiedene neuere Kantonsverfassungen ebenfalls Verfahrensrechte und Justizgewährleistungsverpflichtungen festgeschrieben haben¹⁶.

2. Rechtsschutz: Elemente und Abgrenzungen

a) Individueller Rechtsschutz

- 10 Die stark individualrechtlich ausgerichtete Konzeption der Verfahrensgarantien der schweizerischen Bundesverfassung¹⁷ 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 Selbstzweck¹⁸. 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 Kantonen¹⁹. Im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive einerseits sowie Gerichten an-

Schubert-Praxis festhalten will oder nicht (HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1926 f.; BIAGGINI, Staatsrecht, § 9 N 34 f.; BGE 136 III 168, 172 f.).

¹⁴ Zur fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze vgl. auch unten Rz. 104 ff.

¹⁵ Vgl. unten Fn. 70.

¹⁶ 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).

¹⁷ Das Verfahrensrecht allgemein ist auf Individualrechtsschutz ausgerichtet (vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 29: "Rechtsschutz [ist] auf das Individuum – und nicht die Allgemeinheit – ausgerichtet.")

¹⁸ GRIFFEL, § 27 N 3.

¹⁹ Zu letzterem vgl. BIAGGINI, Bundesstaat, 191 ff.

dererseits prägen Rechtsschutzzuständigkeiten die Gewaltenteilung resp. die Gewaltenhemmung zwischen legislativer, exekutiver und judikativer Gewalt²⁰.

- 11 Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung steht der *Individualrechtsschutz* im Vordergrund. Ihr Blick ist auf Rechtsschutzfragen aus der Sicht des Recht suchenden Individuums gerichtet, dies einerseits aus Kapazitätsgründen, andererseits aus der Überlegung, dass Individualrechtsschutz den Kern von Rechtsschutzanliegen darstellt und sich aus den verfassungsrechtlichen Grundlagen präziser erfassen lässt als andere Rechtsschutzerwartungen und -funktionen.
- 12 Die weiteren staatsrechtlichen Zusammenhänge von Rechtsschutz sind für die vorliegende Untersuchung aber durchaus relevant. Insbesondere sind sie bei der *Begrenzung* des Individualrechtsschutzes²¹ zu untersuchen. Sie beeinflussen auch die Auslegung und das Verständnis der Prozessgesetze. So finden sich im BGG beispielsweise verschiedene Streitwertgrenzen, welche den Rechtsschutz zwar begrenzen²², aber ihrerseits durch die Gegen Ausnahme der "Grundsatzfrage" (hier und im Folgenden kurz für: "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung") relativiert werden. Ein auf Individualrechtsschutz ausgerichtetes Verständnis der Bundesrechtspflege bejaht eine "Grundsatzfrage" 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 abweichen²³. Eine einseitig auf individuellen Rechtsschutz ausgerichtete Betrachtungsweise übergeht diese Zusammenhänge.

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

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

²⁰ Vgl. nur HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1418 f.

²¹ Vgl. Rz. 28 ff.

²² Art. 74 und Art. 85 BGG.

²³ 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.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Art. 74 N 5 ff.; ausführlich MÜNCH/LUCZAK, Bundesgericht, N 2.19 ff.; vgl. als Anwendungsbeispiel BGE 138 I 143, 147; siehe auch unter Rz. 52.

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

b) Gerichtlicher Rechtsschutz

14 Art. 29a BV ist auf *gerichtlichen* Rechtsschutz ausgerichtet, dies etwa im Gegensatz zu Art. 13 EMRK²⁴. 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.

15 Zu beachten ist immerhin, dass gerichtlicher Rechtsschutz und nicht-gerichtlicher 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 Gerichte²⁵. Zudem ist zu erwähnen, dass in der Bundesrechtspflege Änderungen erfolgt sind, welche für den nicht-gerichtlichen Rechtsschutz von Bedeutung sind. Zu nennen ist beispielsweise Art. 25a VwVG, welcher im Bundesverwaltungsrecht den Rechtsschutz gegen Realakte regelt²⁶.

c) Richterlicher und höchstrichterlicher Rechtsschutz

16 Die Rechtsweggarantie in Art. 29a BV ist ausgerichtet auf *richterlichen* Rechtsschutz; eine Differenzierung zwischen *richterlichem* und *höchstrichterlichem* Rechtsschutz nimmt Art. 29a BV nicht vor. Die Rechtsweggarantie verlangt grundsätzlich nur eine *einmalige Sachverhalts- und Rechtskontrolle*, und zwar von einem Gericht auf beliebiger Stufe der Gerichtsorganisation. Ein gestuftes Rechtsschutzverfahren oder Rechtsschutz durch ein oberes oder höchstes Gericht ist unter Art. 29a BV nicht gefordert²⁷.

²⁴ 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.

²⁵ Vgl. zu dieser Problematik unten Rz. 54 ff.

²⁶ Vgl. zu dieser Bestimmung unten Rz. 44 ff.

²⁷ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a N 7 f.; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 15; KIE-
NER/RÜTSCHKE/KUHN, N 202.

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 lassen²⁸.

- 17 Die Bestimmungen über den *höchstrichterlichen* Rechtsschutz auf Verfassungsebene finden sich in Art. 188 ff. BV²⁹. Sie sind mit gewissen Unsicherheiten behaftet.

Einschlägig ist die an den Gesetzgeber gerichtete Bestimmung von Art. 191 BV (Zugang zum Bundesgericht). Art. 191 Abs. 1 BV statuiert einen Grundsatz betreffend Zugang zum Bundesgericht, während Art. 191 Abs. 2-4 BV einzelne Einschränkungsmöglichkeiten regeln. Mindestens für sich allein gelesen erscheint die Formulierung von Art. 191 Abs. 1 BV³⁰ 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 werden³¹. 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"³². Andererseits wird von einer "grundsätzlichen *Garantie des Zugangs* zum Bundesgericht auf Verfassungsebene" gesprochen³³.

Die praktische Tragweite von Art. 191 BV lässt sich aufgrund dessen Entstehungsgeschichte³⁴ 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)³⁵; für bestimmte Sachgebiete kann das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht ausschliessen und

²⁸ 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.

²⁹ Vgl. oben Rz. 6.

³⁰ "Das Gesetz gewährleistet den Zugang zum Bundesgericht."

³¹ Vgl. immerhin MÜLLER/SCHEFER, 907.

³² KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 9.

³³ AESCHLIMANN, 398 (Hervorhebung nur hier).

³⁴ KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 1 ff.

³⁵ KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 12 ff.; vgl. auch Art. 74 und Art. 85 BGG.

für offensichtlich unbegründete Beschwerden kann ein vereinfachtes Verfahren vorgesehen werden (Abs. 3 und 4)³⁶.

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 kann³⁷. Für das Bundesgericht ist das Verständnis von Art. 191 BV etwa ausschlaggebend bei der Auslegung des Begriffs der "Grundsatzfrage" gemäss BGG (insb. Art. 74, 83, 85 BGG).

- 18 Vorliegend werden Rechtsschutzlücken in erster Linie als Lücken im *Individualrechtsschutz* verstanden³⁸. Individualrechtsschutz wird schwergewichtig von unteren Gerichten gewährleistet; teilweise wird die Auffassung geäussert, dass ausreichender "Verfassungsschutz" ohne weiteres von oberen kantonalen Gerichten gewährleistet werden könne³⁹. 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 ableiten⁴⁰.

Dessen ungeachtet erfüllt aber auch das Bundesgericht im Bereich des individuellen Rechtsschutzes wichtige Funktionen⁴¹. Neben Rechtsschutz im Einzelfall

³⁶ 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.

³⁷ Vgl. dazu ausführlich KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 22 ff.; unten Rz. 54 ff.

³⁸ Vgl. oben Rz. 10 ff.

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

⁴⁰ Vgl. oben Rz. 16.

⁴¹ 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.

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 unteren Gerichte dient die Rechtsprechung des Bundesgerichts den über den Einzelfall hinausgehenden Anliegen der Rechtssicherheit, der Rechtsfortbildung und der Vermeidung uneinheitlicher Auslegung und Anwendung des Bundesrechts⁴² – Anliegen, welche ihrerseits wiederum auf den individuellen Rechtsschutz zurückwirken, wenn etwa der Rechtsschutz in den Kantonen durch eine einheitliche Praxis des Bundesgerichts begünstigt wird⁴³.

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

- 19 Die Ausrichtung von Rechtsschutz auf die Durchsetzung des materiellen Rechts lässt es selbstverständlich erscheinen, dass Rechtsschutz nicht nur auf dem Papier bestehen darf, sondern *wirksam* zur Rechtsverwirklichung beiträgt⁴⁴. Effektiver Rechtsschutz ist eine Forderung der Rechtsordnung; sie ist ein rechtliches Gebot⁴⁵. Effektiver Rechtsschutz wird teilweise gar als "Leitmotiv" von Art. 29a BV bezeichnet⁴⁶. Gewisse formale Sicherungen sind dazu in Art. 29, Art. 30, Art. 31 und Art. 32 BV angelegt.

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.

⁴² Vgl. vorstehend Fn. 41.

⁴³ Nach RASELLI, Justizreform, 429, beinhaltet Rechtsschutz (generell) die Garantie, dass Bundesrecht einheitlich angewendet werde. Diese Aussage erscheint uns indessen mindestens diskutabel.

⁴⁴ Vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 200.

⁴⁵ Vgl. KÄLIN, 55; KISS, Rechtsweggarantie, 293; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 9; MARKUS MÜLLER, Rechtsweggarantie, 167; MÜLLER/SCHÉFER, 909 und 915 f.; SCHAUB, 1128; TOPHINKE, 92, WALDMANN, 750 f.; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 200.

⁴⁶ SCHAUB, 1128.

- 20 Unter "effektivem Rechtsschutz" (Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz) wird vom deutschen Bundesverfassungsgericht gefordert, "dass der Einzelne seine Rechte auch tatsächlich wirksam durchsetzen kann und die Folgen staatlicher Eingriffe im Regelfall nicht ohne fachgerichtliche Prüfung zu tragen hat"⁴⁷. Effektiver Rechtsschutz wird dabei für jede Instanz gefordert, welche durch das Gesetz vorgesehen ist. Die zuständige Instanz darf das entsprechende Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und die Beschwerdeführerin oder den Beschwerdeführer leer laufen lassen⁴⁸.

Dass auch in der Schweiz Rechtsschutz effektiv sein muss, ist unbestritten⁴⁹; der Begriff wird in allgemeiner Form aber wenig diskutiert. Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes ist aber 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.

- 21 Prozessgesetze können so ausgestaltet sein, dass Zweifel aufkommen, ob das Verfahren wirksamen Rechtsschutz bietet⁵⁰. 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.

⁴⁷ 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, 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. insbes. 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 Beschwerdeführer Folgen hat und nicht bloss Empfehlungen abgegeben werden.

⁴⁸ BVerfGE 96, 27 ff., 39.

⁴⁹ Vgl. oben Fn. 45.

⁵⁰ Vgl. unten Rz. 33 ff.

3. Rechtsschutzlücken und Rechtsschutzbegrenzungen

a) Rechtsschutzlücken gemäss der Botschaft zur neuen Bundesrechtspflege

- 22 Der Begriff der Rechtsschutzlücke (oder auch des Rechtsschutzdefizits) wurde bereits in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001⁵¹ 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* aus⁵². Lücken im Rechtsschutz ergaben sich nach Meinung des Bundesrates insbesondere mit Blick auf die Einführung der Rechtsweggarantie⁵³. Unabhängige Gerichte fehlten aus Sicht des Bundesrates in Bereichen des Bundesverwaltungsrechts, in denen der Bundesrat⁵⁴ 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 beinhaltete⁵⁵. 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 bilden⁵⁶.
- 23 Der Bundesrat und soweit ersichtlich auch Lehre und Praxis haben für den Begriff der Rechtsschutzlücke keine feste dogmatische Umschreibung entwickelt. Es rechtfertigt sich deshalb, den Begriff näher zu erläutern.

⁵¹ BBl 2001 4202 ff.

⁵² Botschaft Bundesrechtspflege, 4211 ff. Zur Belastung des Bundesgerichts nach der Reform vgl. AESCHLI-MANN, 407 ff.

⁵³ Botschaft Bundesrechtspflege, 4215 f.

⁵⁴ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 197.

⁵⁵ Botschaft Bundesrechtspflege, 4215.

⁵⁶ Botschaft Bundesrechtspflege, 4216; vgl. auch RHINOW, Bundesverfassung, 198 f. sowie RHINOW/SCHEFER, N. 2867 ff.

b) Interdependenz zwischen Rechtsschutzanforderungen und Lücken

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

c) Begrenzungen und Lücken

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

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

d) Lücken als ungerechtfertigte Rechtsschutzbegrenzung

27 In der vorliegenden Arbeit wird es somit darum gehen, nach dem Abstecken der verfassungsrechtlichen Anforderungen (vorstehend Ziff. II. 2.) einzelne Rechtsschutzbegrenzungen zu analysieren (nachfolgend Ziff. III. und IV.). Es wird zu untersuchen sein, wo Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege angelegt sind oder von der Praxis entwickelt werden⁵⁷ und wie sie gegebenenfalls zu rechtfertigen sind⁵⁸. Aufgezeigt werden soll, wo nach Meinung der Autoren Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, allenfalls für die Gerichte, besteht.

⁵⁷ Vgl. unten Rz. 28 ff., 44 ff.

⁵⁸ Vgl. unten Rz. 36 ff.

III. RECHTSSCHUTZBEGRENZUNGEN

1. Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege

a) Begriff und Übersicht

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

29 Rechtsschutzbegrenzungen in der neuen Bundesrechtspflege lassen sich im Wesentlichen in drei Richtungen ausmachen: Zu untersuchen sind zunächst formale Begrenzungen, welche im Wesentlichen mit den üblichen Eintretensvoraussetzungen zusammenfallen⁵⁹. Als zweite Kategorie sind Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen auszumachen, wo richterlicher oder höchstrichterlicher Rechtsschutz ausgeschlossen ist⁶⁰. Eine dritte Kategorie von Rechtsschutzbegrenzungen besteht aus praktischen Hürden, welche der oder dem Rechtssuchenden bei der Anrufung eines Gerichts im Wege stehen⁶¹.

b) Formale Begrenzungen

30 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 kann⁶². 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 konnte bis zum Inkrafttreten von Art. 25a VwVG auf Bundesebene nur unter bestimmten Voraussetzungen rechtlich geprüft werden.

⁵⁹ Vgl. unten Rz. 30.

⁶⁰ Vgl. unten Rz. 31 f.

⁶¹ Vgl. unten Rz. 33 ff.

⁶² Vgl. ausführlich zu den Prozessvoraussetzungen RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1035 ff.

c) **Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen**

- 31 Von erheblicher Bedeutung sind die Begrenzungen in einzelnen Sachbereichen. Solche Begrenzungen sind bereits im Verfassungsrecht angelegt, wenn einerseits Art. 29a BV es Bund und Kantonen erlaubt, die Rechtsweggarantie "in Ausnahmefällen" einzuschränken (Begrenzung des richterlichen Rechtsschutzes)⁶³. Sodann sieht Art. 191 Abs. 3 BV vor, dass der Bundesgesetzgeber den Zugang zum Bundesgericht in einzelnen "Sachbereichen" ausschliessen kann (Begrenzung des höchstrichterlichen Rechtsschutzes). Bei der Umsetzung in der neuen Bundesrechtspflege bilden Art. 83 BGG und Art. 32 VGG die wichtigsten Anwendungsfälle.
- 32 Zu den 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.

d) **Praktische Begrenzungen**

- 33 Praktische Begrenzungen bedeuten, dass die oder der Rechtssuchende zwar ein Rechtsmittel ergreifen kann, dessen Wirksamkeit und Opportunität aber durch praktische Erschwernisse in Frage gestellt ist; sei es, weil das Verfahren zu teuer ist, zu lange dauert oder beispielsweise die Rechtssuchenden davon ausgehen, 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*⁶⁴.
- 34 Praktische Begrenzungen sind teilweise bewusst vom Gesetzgeber in den Prozessgesetzen angelegt worden. So verlangt etwa Art. 40 BGG die Vertretung in Zivil- und Strafsachen vor Bundesgericht durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt⁶⁵. Im Gegensatz zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten begrenzt hier der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit der selbständigen Prozessführung durch Private. Auch die Kosten von Verfahren werden in ge-

⁶³ Vgl. dazu KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 205.

⁶⁴ Vgl. oben Rz. 19 ff.

⁶⁵ Vgl. BSK BGG-MERZ, Art. 40 N 5, 13 ff.

wissen Fällen Rechtssuchende davon abhalten, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Solche Begrenzungen werden vom Gesetzgeber bewusst gesetzt und von den Gerichten entsprechend angewendet.

- 35 Andere praktische Rechtsschutzbegrenzungen sind vom Gesetzgeber nicht intendiert. Wenn ein Rechtsmittelverfahren zu lange dauert oder der dort in Aussicht stehende Rechtsschutz für die Betroffenen gar nicht mehr interessant ist, weil beispielsweise die Regelung für die Dauer des Prozesses den Sachentscheid weitgehend vorwegnimmt, hat das im Gesetz vorgesehene Rechtsmittel sein Ziel verfehlt. Erst recht liegt eine ungewollte praktische Begrenzung vor, wenn persönliche oder fachliche Defizite bei Richterinnen oder Richtern die Rechtssuchenden von der Ergreifung eines Rechtsmittels abhalten.

2. Begründung von Rechtsschutzbegrenzungen

a) Übersicht

- 36 Rechtsschutzbegrenzungen können unterschiedliche Funktionen erfüllen. Typischerweise stehen sie in Zusammenhang mit Gewaltenteilung und Föderalismus, mit Justiziabilität und Praktikabilität sowie mit der Erhaltung der Funktionalität der rechtsprechenden Instanz⁶⁶. Sie haben je nach Gericht (richterlicher oder höchstrichterlicher Schutz) und Verfahren unterschiedliche Bedeutung.

b) Gewaltenteilung und Föderalismus

- 37 Rechtsschutz findet seine inhärente Grenze in der Funktion der Rechtsprechung. In Bereichen, wo Gerichte nicht tätig sind oder nicht tätig sein sollen, findet in der Regel kein oder nur begrenzter Rechtsschutz statt, zumindest kein gerichtlicher Rechtsschutz im hier verstandenen Sinne. Rechtsschutz ist die typische Aufgabe eines Gerichts, umgekehrt definiert das richterliche Betätigungsfeld den zu erwartenden Rechtsschutz.
- 38 Rechtsschutz steht damit in enger Beziehung zu Fragen der Gewaltenteilung. Wenn sich der Verfassungsgeber dafür entscheidet, Bundesgesetze vor Bundesgericht für massgebend zu erklären (Art. 190 BV), beantwortet er einerseits eine Frage des Machtverhältnisses zwischen Gesetzgeber und Bundesgericht, andererseits aber auch eine Frage des Rechtsschutzes. Dasselbe gilt für den Entscheid, Akte der Bundesversammlung und des Bundesrats grundsätzlich keiner

⁶⁶ 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.

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 Verhältnis⁶⁷.

c) Justiziabilität und Praktikabilität

39 Gewisse Fragen werden als nur begrenzt "justiziabel" und damit als ungeeignet für die gerichtliche Beurteilung erachtet. Dabei kann es zu Überschneidungen mit Gesichtspunkten der Gewaltenteilung und Ausnahmen von der Rechtsweggarantie kommen, muss es aber nicht. So ist etwa die Beurteilung variabler Lohnbestandteile dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich entzogen⁶⁸, da hier eine richterliche Beurteilung letztlich kaum zu mehr Gerechtigkeit führen dürfte⁶⁹. In ähnlicher Weise erscheinen Prüfungsentscheide nur begrenzt justiziabel, weil sich bei mündlichen Prüfungen die konkrete Prüfungssituation vor Gericht kaum je realistisch rekonstruieren lässt⁷⁰.

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

d) Entlastung

41 Insbesondere vor Bundesgericht ist das Argument der Entlastung zu berücksichtigen. Die Überlastung des Bundesgerichts kann seine Funktionen im Bereich der

⁶⁷ Zu letzterem vgl. insbesondere BIAGGINI, Bundesstaat, 191 ff.

⁶⁸ Art. 32 Abs. 1 lit. c VGG.

⁶⁹ 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 S 2003 872). Ob aus der Schwierigkeit einer Nachprüfung ohne weiteres ein gänzlicher Verzicht auf Nachprüfung abzuleiten ist, erscheint mindestens diskutabel; eine Willkürkontrolle durch Gerichte wäre unseres Erachtens mindestens zu diskutieren gewesen.

⁷⁰ Vgl. nur BGE 106 Ia 1, 2 f.; unten Rz. 94 ff.

Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung beeinträchtigen⁷¹. Eine Entlastung, die im Wesentlichen bewirkt, dass das Gericht eine gewisse Grösse nicht überschreitet, dient auch der *Einheitlichkeit* der Rechtsprechung; für ein kleineres Gericht ist es einfacher, eine einheitliche Praxis zu verfolgen, als wenn mehrere Kammern ihre Rechtsprechung aufeinander abstimmen müssen. Rechtsschutzbegrenzungen können damit auch der Einheitlichkeit und der Qualität der Rechtsprechung dienen.

- 42 Die Diskussion um die Entlastung des Bundesgerichts ist damit in erster Linie eine Diskussion um die Prioritätensetzung innerhalb sich möglicherweise widersprechender Rechtsschutzanliegen. Die Entlastung des Bundesgerichts ist kein Selbstzweck. Sie soll nicht primär Kosten sparen, sondern dem Bundesgericht die Konzentration auf die Erfüllung seiner Kernaufgaben ermöglichen⁷².

e) Banalität

- 43 Die Begründung für eine Rechtsschutzbegrenzung kann auch sein, dass gewisse Streitigkeiten schlicht zu banal sind, als dass sie von einem Gericht beurteilt werden sollten. *Minima non curat praetor*⁷³. 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 *Rechtsmittelweges* und als Auslegungsargument vor Gericht herangezogen werden⁷⁴. In der Tat dürfte es dem Ansehen und der Glaubwürdigkeit eines Gerichts schaden, wenn sich dieses wiederholt mit Bagatellfällen zu beschäftigen hat. Dies gilt in besonderem Masse für das Bundesgericht.

⁷¹ Vgl. dazu die Ausführungen zur Justizreform in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 488 f.).

⁷² Vgl. zum Zweck der Entlastung des Bundesgerichts Botschaft Bundesverfassung, 36, 77 f., 488 f. und 494 sowie Botschaft Bundesrechtspflege, 4214.

⁷³ Vgl. zu diesem Grundsatz DETLEF LIEBS, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Aufl., Darmstadt 2007, 134.

⁷⁴ In zwei sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten mit jeweils geringem Streitwert (CHF 218.60 bzw. 105.40.) wies das Bundesgericht darauf hin, dass es den beschwerdeführenden Verwaltungsträgern offen gestanden hätte, sich den Grundsatz "minima non curat praetor" zu eigen zu machen und angesichts der geringen Streitsumme von einer Beschwerdeführung abzusehen (BGer, Urteil C.114/06 vom 17. Juli 2007 E. 3 sowie Urteil 8C_890/2008 vom 15. Juni 2009). Weiter führte das Bundesgericht in einem betriebsrechtlichen Verfahren aus, dass es der schweizerischen Rechtsauffassung widerspreche, einer grundsätzlich justiziablen Geldforderung einzig deshalb die Beurteilung zu versagen, weil sie zahlenmässig zu geringfügig sei. Ein allfälliges Opportunitätsprinzip liege im Zivilprozessrecht grundsätzlich in den Händen der Parteien (Dispositionsmaxime). Aufgrund der gesamten Umstände qualifizierte es das Begehren der Beschwerdeführer auf definitive Rechtsöffnung für den Betrag von CHF 1.- im betreffenden Fall jedoch als rechtsmissbräuchlich (BGer, Urteil 5A_673/2008 vom 20. November 2008 E. 4).

IV. BEURTEILUNG AUSGEWÄHLTER RECHTSSCHUTZBEGRE- ZUNGEN

1. Allgemeine Begrenzungen

a) Beschwerdeobjekt: Verfügungsfreies Staatshandeln

44 Im öffentlichen Recht bestimmt das Beschwerdeobjekt den einzuschlagenden Prozessweg und damit auch Umfang und Grenzen des Rechtsschutzes⁷⁵. Ein Rechtsschutzdefizit wurde diesbezüglich beim *verfügungsfreien Staatshandeln* ausgemacht⁷⁶. Der Bundesgesetzgeber korrigierte dieses Defizit mit der Einfügung von Art. 25a VwVG, wonach über Realakte unter bestimmten Voraussetzungen eine Feststellungsverfügung verlangt werden kann. Gemeinhin wurde diese Ergänzung in der Lehre begrüsst⁷⁷. Die Diskussion über den Verfügungsbegriff – und damit typischerweise über die Gewährung von Rechtsschutz⁷⁸ – ist durch den Erlass von Art. 25a VwVG aber keineswegs abgeschlossen, wie etwa ein jüngerer Aufsatz über die "verfahrensfreie Verfügung" zeigt⁷⁹. Da sich bisher erst wenige Entscheidungen mit dieser neuen Bestimmung auseinandergesetzt haben, ist eine Einschätzung schwierig⁸⁰.

⁷⁵ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 331, 362.

⁷⁶ 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.). 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang etwa UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 5 N 5 ff.

⁷⁹ BICKEL/OESCHGER/STÖCKLI, 593 ff.

⁸⁰ 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.

- 45 Das Gleiche gilt für die Situation der Kantone, welche teilweise ihre Gesetzgebung im Sinne der Bundesgesetzgebung angepasst haben⁸¹ (oder eine andere Form des Rechtsschutzes für verfügungsfreies Staatshandeln vorsehen⁸²), 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 Praxis⁸³ auch unter der Geltung der revidierten *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 hat⁸⁴. 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 werden⁸⁵.

- 46 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.

⁸¹ So z.B. § 10c f. VRG/ZH (LS 1275.2).

⁸² So z.B. Art. 28 Abs. 4 und Art. 49 Abs. 3 VRG/GR (BR 370.100).

⁸³ 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 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.

⁸⁴ BGE 137 I 120 ff. betr. Industrielle Werke Basel (IWB).

⁸⁵ 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 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 zum VwVG, Art. 25a N 2; KLEY, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 12; WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. 25a N 24; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 29a N 4 und 6; TOPHINKE, 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 133 I 388, 391 ff.

b) Beschwerdeobjekt: Zwischenverfügungen

- 47 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 verfahrensökonomisch geboten ist). Ob es sich dabei um einen tatsächlichen oder rechtlichen Nachteil handeln muss, erscheint aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht eindeutig⁸⁶. Im Zwischenbericht II Anhang wird angeregt, diese Frage zu klären⁸⁷.
- 48 Kritisiert wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch insofern, als die 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 gewährleisten⁸⁸. Die Kritik ist neueren Datums und wird auch von der Anwaltschaft erhoben⁸⁹. Von Vertretern des Bundesgerichts wird die "StPO" oder die "Abstimmung StPO - BGG" als Rechtsschutzlücke ausgemacht⁹⁰; möglicherweise zielt diese Kritik in eine ähnliche Richtung wie die Stellungnahmen von Lehre und Anwaltschaft.

⁸⁶ 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 lit. 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 blosser Möglichkeit eines rechtlichen Nachteils" (BGE 137 V 315 E. 2.2.1; BGE 137 IV 172 E. 2.2; BGE 138 II 46 E. 1.2). 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 lit. 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).

⁸⁷ Zwischenbericht II Anhang, 17.

⁸⁸ NOLL, Föderalismus, 461.

⁸⁹ Rohdatenpapier III, 5.

⁹⁰ Rohdatenpapier III, 2.

49 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 generelle 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.

c) Streitwertgrenzen und Grundsatzfragen

50 Die in gewissen Sachbereichen vorgesehene Begrenzung der Zuständigkeit des *Bundesgerichts* auf Streitigkeiten mit einem bestimmten Streitwert ist bereits im geltenden Verfassungsrecht angelegt⁹¹. Die Streitwertgrenze ist von erheblicher praktischer Bedeutung, vor allem im Zivilrecht, aber auch in gewissen Teilen des Verwaltungsrechts⁹².

51 Die Erhöhung der Streitwertgrenze gilt als Hauptgrund für das Scheitern früherer Revisionen des OG⁹³. 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 hat⁹⁴. 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 Bundesgerichts⁹⁵.

52 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts deutet darauf hin, dass dieses den Begriff der Grundsatzfrage im Wesentlichen restriktiv verstehen will⁹⁶. Im Vorder-

⁹¹ Art. 191 Abs. 2 BV; vgl. oben Rz. 4 f.

⁹² Vgl. Art. 74 und Art. 85 BGG.

⁹³ 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).

⁹⁴ Vgl. Art. 74 Abs. 2 lit. a und 85 Abs. 2 BGG, aber auch schon Art. 191 Abs. 2 BV.

⁹⁵ Vgl. oben Rz. 10 ff.

⁹⁶ 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. Vgl. auch die Aufarbeitung der Fragestellung im Zwischenbericht II, 176 ff.

grund stehen damit die Funktion der Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung, nicht einzelne Rechtsschutzanliegen⁹⁷. Indessen dürfte in Gebieten wie dem Mietrecht und dem Arbeitsrecht – obwohl die Streitwertgrenze hier niedriger angesetzt ist⁹⁸ – nach wie vor⁹⁹ ein hoher Bedarf an bundesgerichtlichen Klärungen für die Praxis bestehen, dies auch aus dem Blickwinkel des Individualrechtsschutzes¹⁰⁰. Eine "Aufweichung" des Begriffs der Grundsatzfrage dürfte andererseits zu einer erheblichen Mehrbelastung des Bundesgerichts führen.

- 53 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 Gegenausnahmen der Grundsatzfrage) nicht thematisiert¹⁰¹; am ehesten Kritik ausgesetzt ist die Praxis des Bundesgerichts bei der Zulassung von Fällen aus dem Beschaffungsrecht¹⁰². Das Bundesgericht hat seinerseits den Kantonen klargemacht, dass auch Beschwerdemöglichkeiten im Bereich der freihändigen Vergabe unterhalb der Schwellenwerte bestehen können¹⁰³. Gesamthaft konstatiert der Zwischenbericht II eine neutrale Einschätzung betreffend Entlastung und eine eher negative Einschätzung betreffend Rechtsschutz¹⁰⁴. Die gesetzliche Regelung und die Praxis des Bundesgerichts erscheinen *grosso modo* akzeptiert – allerdings ist auch der Entlastungseffekt der Streitwertgrenzen bescheiden¹⁰⁵. Aus unserer Sicht besteht heute kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

⁹⁷ Vgl. CHEVALIER, 332 f.; BSK BGG-RUDIN, Art. 74 N 46 a.E.; KISS/KOLLER, St. Galler Kommentar zu Art. 191 BV, Rz. 18 a.E.; vgl. auch oben Rz. 12.

⁹⁸ Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG.

⁹⁹ Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG.

¹⁰⁰ Vgl. zu diesem Argument oben Ziff. II. 2. a. Eine Äusserung aus dem Bundesgericht kritisiert die Offenheit des Begriffs "Grundsatzfrage" (Rohdatenpapier I, 4).

¹⁰¹ Einzige Ausnahme ist ein Hinweis aus der Anwaltschaft, dass Streitwertgrenzen im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG nicht sinnvoll seien (Rohdaten III, 6).

¹⁰² Rohdatenpapier III, 4; Zwischenbericht II, 175.

¹⁰³ BGE 131 I 137, 139 ff.

¹⁰⁴ Zwischenbericht II, 189 u. 191.

¹⁰⁵ Zwischenbericht II, 205.

d) Ausschlusskatalog (Art. 83 BGG)

- 54 Das Bundesgerichts- und das Verwaltungsgerichtsgesetz arbeiten beide mit *Ausschlusskatalogen* (Art. 83 BGG¹⁰⁶ und Art. 32 VGG¹⁰⁷). 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" bezeichnet¹⁰⁸. Aus dem Bundesverwaltungsgericht wird mindestens in einzelnen Sachbereichen das Fehlen einer Weiterzugsmöglichkeit ans Bundesgericht als Rechtsschutzlücke bezeichnet¹⁰⁹. Auch von Seiten der Anwaltschaft wird der Ausschlusskatalog zum Teil als "zu streng und [...] zu grosse Hürde" bezeichnet¹¹⁰.
- 55 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 annehmen, dass die Überprüfbarkeit mittels Verfassungsbeschwerde gegenüber kantonalen Entscheiden als ausreichend erachtet wird. In einer Stellungnahme wird explizit gefordert, die Verfassungsbeschwerde auch gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts zuzulassen¹¹¹.
- 56 Begründet wird die Kritik nicht mit Zweifeln an der Qualität vorinstanzlicher Entscheidungen, also an Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts¹¹². Bemängelt wird in der Regel, dass das Bundesgericht die Einheit der Rechtsprechung nicht gewährleisten könne. Es sei auch ein falsches Signal an die Kantone, dass deren Entscheide in jedem Fall, diejenigen des Bundesverwaltungsgerichts dagegen nicht alle weitergezogen werden könnten. Überdies bewirke der Ausschlusskatalog teilweise "absurde Verzerrungen"¹¹³, da bedeutende Fragen vom Bundesverwaltungsgericht abschliessend, unwichtige nur vorinstanzlich ent-

¹⁰⁶ Vgl. dazu BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 83; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Art. 83; zur Handhabung, die offenbar keine grössere Mühe macht, vgl. Zwischenbericht II, 174 f.

¹⁰⁷ Vgl. dazu UHLMANN, Zuständigkeiten, 163 ff.; HAUSER/MATTLE, 87 ff.

¹⁰⁸ Rohdatenpapier I, 1; vgl. auch Rohdatenpapier III, 2

¹⁰⁹ Rohdatenpapier I, 6.

¹¹⁰ Rohdatenpapier II, 1.

¹¹¹ Rohdatenpapier I, 3.

¹¹² Für eine Ausnahme vgl. Rohdatenpapier II, 4.

¹¹³ Rohdatenpapier I, 4.

schieden würden. Damit zusammenhängend – und auch ein Aspekt individuellen Rechtsschutzes – wird kritisiert, dass für gewisse bedeutende Fragen nur ein einmaliger Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgesehen sei.

- 57 Im Zeitraum zwischen der ersten Fassung dieser Untersuchung und der Ausfertigung des Schlussberichts ist der Gesetzgeber diesem Anliegen bereits punktuell mit der Abänderung von Art. 83 lit. 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 handelt¹¹⁴. 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 lit. a BGG; Art. 83 lit. 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 ausgemacht¹¹⁵. Die Motion wurde in der Folge im Nationalrat abgelehnt. Dies geschah aber nicht aus grundsätzlichen Überlegungen gegen das Anliegen; vielmehr wollte der Nationalrat gerade das Ergebnis der laufenden Evaluationen abwarten¹¹⁶.
- 58 Aus unserer Sicht ist ein vertiefter Blick auf Art. 83 BGG tatsächlich angezeigt. Dabei dürfte es nicht bloss um die Einführung punktueller Eingriffsmöglichkeiten 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 Amtshilfe¹¹⁷.

¹¹⁴ Botschaft zum Erlass eines Steueramtshilfegesetzes vom 6. Juli 2011, BBl 2011 6193 ff., 6224.

¹¹⁵ BBl 2010 4846.

¹¹⁶ Vgl. AB 2010 N 2146.

¹¹⁷ Neu unterliegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe in Steuersachen unter bestimmten Voraussetzungen der Prüfung durch das Bundesgericht Art. 83 lit. h BGG i.V.m. Art. 84a BGG).

- 59 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 zum Bundesgericht erschwert wird.
- 60 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 kantonomer Entscheide (und natürlich auch die Einschränkung des individuellen Rechtsschutzes) ist dort am stärksten, wo die Beschwerdeführer 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 lit. b BGG scheitern¹¹⁸.
- 61 Bei einer allfälligen Überarbeitung von Art. 83 BGG ist unserer Ansicht nach zunächst die Grundkonzeption des Artikels zu definieren¹¹⁹. Wegleitend muss 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 hinrei-

¹¹⁸ Vgl. zur Willkürbeschwerde unten Rz. 68, für das Ausländerrecht unten Rz. 80.

¹¹⁹ Allgemeine Aussagen zur Grundkonzeption finden sich bisher nur wenige. Verschiedentlich wird die Entlastung des Bundesgerichts als wesentlicher Grund für die Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht angeführt (Botschaft Bundesverfassung, 78 und 494; Botschaft Bundesrechtspflege, 4230 und 4323; BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1951). Gemäss SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Art. 83 N 1, geht Art. 83 BGG im Kern davon aus, dass nach der Natur der Sache nicht alles justiziabel ist bzw. vom obersten Gericht überprüft werden können muss. Für Ansätze solcher Überlegungen bei Art. 32 VGG vgl. UHLMANN, Zuständigkeiten, 164 f.

chender Rechtsschutz durch die Vorinstanzen gewährleistet ist und die Einschränkung tatsächlich zu einer Entlastung des Bundesgerichts führt.

e) Kognition und Prüfungsdichte

- 62 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 Bundesrechts¹²⁰. Das Bundesgericht pflegt aber verschiedene Ausnahmen und Gegenahmen. Einige dieser Ausnahmen haben einen Bezug zum materiellen Recht¹²¹.
- 63 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 Prüfungsbefugnis¹²², diese wird jedoch vom Gericht nicht vollständig ausgeschöpft¹²³. Deshalb wurden aufgrund des Wegfalls der verwaltungsinternen Beschwerdemöglichkeiten verschiedentlich auch Rechtsschutzlücken vor Bundesverwaltungsgericht thematisiert¹²⁴.

¹²⁰ Art. 95 ff. und Art. 116 BGG. In Art. 97 BGG ist eine beschränkte Sachverhaltsprüfung vorgesehen.

¹²¹ 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 der Redaktion zu BGer, Urteil 2C_517/2007 vom 15. August 2007, ZBI 110 [2009], 640 ff., 643 f., betreffend Verhältnismässigkeitsprinzip).

¹²² Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG.

¹²³ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 230 m.w.H.; vgl. unten Fn. 251.

¹²⁴ Vgl. dazu unten Rz. 111.

- 64 Aus der Praxis wurde vor allem die im Sozialversicherungsrecht gegenüber der früheren Regelung stärker eingeschränkte Kognition bemängelt¹²⁵. In einer Rückmeldung wurde explizit in Frage gestellt, ob diese Einschränkung des Rechtsschutzes zu einem Abbau der Belastung des Gerichts geführt habe¹²⁶; die weiteren Untersuchungen haben aber nun doch gezeigt, dass in diesem Bereich eine grosse Entlastungswirkung für das Bundesgericht eingetreten ist¹²⁷. Kombiniert mit der Einführung der Kostenpflicht im Sozialversicherungsbereich liegen darin aber möglicherweise auch die grössten Rechtsschutzeinschränkungen. Gleichwohl erscheint es uns richtig, eine Rechtsschutzlücke zu verneinen, da das Bundesgericht trotz Kognitionsbeschränkung die Funktion der Rechtsfortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung erfüllen kann¹²⁸.
- 65 In der Motion Janiak 10.3138 vom 17. März 2010¹²⁹ wird die Erweiterung der Kognition des Bundesgerichtes bei Beschwerden gegen Urteile der Strafkammer 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. Eine entsprechende Gesetzesvorlage ist bereits in Ausarbeitung und würde dem Bundesgericht eine umfassende Sachverhaltsüberprüfung analog der Bestimmung für Geldleistungen der Militär- und Unfallversicherung gewähren¹³⁰. Demgegenüber beantragt der Bundesrat die Ablehnung der Motion Kommission für Rechts-

¹²⁵ Rohdatenpapier II, 2 ff. Vgl. zu den Änderungen Botschaft Bundesrechtspflege, 4237 ff. und 4276; BSK BGG-SCHOTT, Art. 97 N 25 ff.; KIESER, 458 ff.; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 97 N 7.

¹²⁶ Vgl. dazu Rohdatenpapier I, 3.

¹²⁷ Zwischenbericht II, 180 f., 205.

¹²⁸ Vgl. immerhin die vorgeschlagene Angleichung der Kognition im Bereich der Unfall- und Militärversicherung (vgl. Zwischenbericht II, 164).

¹²⁹ 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 19. Februar 2013.

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, besucht am 19. Februar 2013; Medienmitteilungen des Bundesrats vom 5. September 2012, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2012/2012-09-05.html>, besucht am 19. Februar 2013; 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 19. Februar 2013.

fragen NR 12.3341 vom 26. April 2012, welche mit der Schaffung einer zweiten Instanz (Berufungsgericht) mit voller Kognition das gleiche Ziel verfolgt, jedoch mit dem Nachteil, dass die zweite Instanz zwingend Beweise abnehmen und eine öffentliche Verhandlung durchführen müsste¹³¹.

f) Legitimation

- 66 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 absieht¹³². Schwierigere Fragen des Rechtsschutzes wirft die Stellung von Personen mit einem weniger eindeutigen Bezug zur Streitsache auf, etwa Dritte im Verwaltungsverfahren oder die Geschädigten bei der Beschwerde in Strafsachen¹³³. Dieser Bereich des Rechtsschutzes ist durch die gerichtliche Praxis geprägt.
- 67 Der Bundesgesetzgeber deutet eine gewisse Verschärfung der Drittlegitimation an, wenn er in Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG formuliert, dass zur Beschwerde nur berechtigt ist, wer durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass *besonders* berührt ist¹³⁴. Kritik an dieser neuen Umschreibung ist nicht ersichtlich; allerdings ist auch sehr fraglich, ob in der Praxis überhaupt eine Verschärfung eingetreten ist¹³⁵.

¹³¹ Motion Kommission für Rechtsfragen NR 12.3341 vom 26. April 2012, abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20123341, zuletzt besucht am 19. Februar 2013.

¹³² Vgl. dazu sogleich Rz. 68.

¹³³ Vgl. NAY, 460 ff. Gestützt auf Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG sind Opfer (im Sinne von Art. 2 Abs. 1 des Opferhilfegesetzes) im Rahmen der Beschwerde in Strafsachen zur Anfechtung des Strafpunkts legitimiert. Obwohl nicht ausdrücklich im BGG erwähnt, sind sie zudem wie bisher zur Anfechtung im Zivilpunkt berechtigt (BSK BGG-THOMMEN, 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 verneint jedoch auch unter dem BGG die Legitimation des Geschädigten im Strafpunkt. Der Strafanspruch falle dem Staat zu, dem Geschädigten fehle entsprechend das erforderliche rechtlich geschützte Interesse (BGE 136 IV 41 E. 1.1; vgl. BSK BGG-THOMMEN, 2. Aufl., Art. 81 N 47 ff.).

¹³⁴ Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4329; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 89 N 28 m.w.H.

¹³⁵ 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.

68 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 sich auf eine durch das Gesetz oder ein spezielles Grundrecht geschützte Rechtsposition berufen kann. Es verweist dabei auf die Gesetzesmaterialien, die Ziele der Revision sowie das Bestreben, Konkordanz zwischen den einzelnen Ausschlussgründen in Art. 83 BGG zu schaffen¹³⁶. 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 zulässt¹³⁷. Weitere bisher kritisch eingestellte Autorinnen und Autoren äussern sich nunmehr allerdings eher neutral zur Legitimationsproblematik¹³⁸. Schliesslich finden sich auch zustimmende Äusserungen¹³⁹.

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 wä-

¹³⁶ BGE 133 I 185 ff. m.w.H.; BGE 137 II 305 E. 2.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Vgl. etwa CHRISTOPH AUER, Beschwerdebefugnis, 203 ff.; KIENER/KUHN, 154.

¹³⁹ 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.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Art. 115 N 2 f. Differenziert zur Legitimationspraxis des Bundesgerichts äussert sich BIAGGINI (BSK BGG, Art. 115 N 7 ff.). Er weist insbesondere auf die durch die Reform der Bundesrechtspflege geänderten Rahmenbedingungen hin. So habe etwa aufgrund des engeren Gegenstandsbereichs der Verfassungsbeschwerde im Vergleich zur staatsrechtlichen Beschwerde das Argument, wonach eine Lockerung der Legitimationspraxis zu einer grossen Mehrbelastung des Bundesgerichts führen würde, an Bedeutung verloren. Zusätzlich habe die unabhängig von der Reform der Bundesrechtspflege in verschiedenen Bereichen erfolgte Verrechtlichung zu einer Verkleinerung des Anwendungsfeldes der Willkürproblematik geführt. In denjenigen Bereichen, wo sie weiterhin besteht, finde gestützt auf die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) mindestens einmal eine gerichtliche Beurteilung mit voller Kognition statt. Trotzdem blieben Fälle, in denen sich eine Ausdehnung der Legitimationsbefugnis aufdränge. Zusammenfassend ist eine Lockerung der Legitimationspraxis aus Sicht von BIAGGINI zwar rechtsstaatlich wünschenswert, jedoch aufgrund der Entstehungsgeschichte von Art. 115 lit. b BGG nicht zwingend geboten.

re¹⁴⁰. Die Frage ist mit Blick auf eine mögliche Überprüfung von 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 ist¹⁴¹. Isoliert betrachtet würden wir Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber eher verneinen.

g) Rüge- und Begründungspflichten

- 69 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 Gerichte¹⁴². In Zivil- und Strafsachen wird eine gewisse Qualität der Beschwerdeschrift dadurch angestrebt, dass zur Vertretung vor Bundesgericht nur zugelassene Anwältinnen und Anwälte befugt sind¹⁴³.
- 70 Der bundesgerichtlichen Praxis ist teilweise vorgeworfen worden, sie behindere durch ihre Strenge einen effektiven Rechtsschutz¹⁴⁴. Die Kritik betrifft insbesondere die Rügepraxis bei der Verletzung von Grundrechten (Art. 106 Abs. 2 BGG)¹⁴⁵. 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 hat¹⁴⁶ und dementsprechend Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber zu verneinen ist.

h) Verfahrensdauer

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

¹⁴⁰ 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).

¹⁴¹ Vgl. oben Rz. 54 ff.

¹⁴² Art. 42 f. BGG; Art. 52 f. VwVG.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ NAY, 454 ff.

¹⁴⁵ NAY, 454 ff.; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, Art. 106 N 2.

¹⁴⁶ Rohdatenpapier III, 4 ff.

stimmte Verfahren¹⁴⁷. Zur Priorisierung gewisser Streitigkeiten sowie aus gerichtorganisatorischen 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 Rechtschriften ihrerseits die Verfahrensdauer beeinflussen. Für die Betroffenen kann die Dauer eines Verfahrens von entscheidender Bedeutung sein.

- 72 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 führt¹⁴⁸. In den Rückmeldungen aus der Praxis wird diese Problematik nur vereinzelt angesprochen¹⁴⁹, so dass aus unserer Sicht kein Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber besteht.

i) Verfahrenskosten

- 73 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 Rechte¹⁵⁰ und im Bereich des Sozialversicherungsrechts¹⁵¹.
- 74 Die Kostenpflicht wird allerdings gemildert durch die Garantie der unentgeltlichen Rechtspflege. Rechtsschutzlücken können auftreten, wenn die unentgeltliche Rechtspflege zu einschränkend gewährt wird oder Personen mangels erfüllter 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 könn-

¹⁴⁷ UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 46a N 19 f.

¹⁴⁸ Vgl. zu dieser Diskussion insbesondere SEILER, 165 ff.; NOLL, Kontrapunkt, 565 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Rohdatenpapier I, 2; Rohdatenpapier III, 4 ff.

¹⁵⁰ 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).

¹⁵¹ Unter der Geltung des OG war das Beschwerdeverfahren bei Streitigkeiten über Sozialversicherungsleistungen unentgeltlich (Art. 134 OG). Gestützt auf Art. 65 Abs. 4 lit. a BGG werden neu auch bei diesen Streitigkeiten Gerichtsgebühren erhoben. Indem ein tiefer Kostenrahmen sowie eine streitwertunabhängige Festlegung der Kosten vorgesehen sind, soll sozialpolitischen Überlegungen weiterhin Rechnung getragen werden (so Botschaft Bundesrechtspflege, 4239 f. und 4305; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 65 N 20; BSK BGG-GEISER, Art. 65 N 18, 20).

ten, 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 darzustellen¹⁵². Dementsprechend besteht kein Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber.

2. Begrenzungen in einzelnen Sachgebieten

a) Innere und äussere Sicherheit

75 Gemäss Art. 83 lit. a BGG ist die Beschwerde gegen Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes sowie auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten unzulässig, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Zu denken ist bei einem solchen Anspruch insbesondere an Art. 6 EMRK¹⁵³. Diese neu in den Gesetzeswortlaut aufgenommene Gegen Ausnahme galt bereits unter altem Recht und wurde von der Praxis auch entsprechend angewendet¹⁵⁴.

76 Erfasst von Art. 83 lit. 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 BV¹⁵⁵. Der Begriff der auswärtigen Angelegenheiten ist restriktiv auszule-

¹⁵² 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.

¹⁵³ Vgl. zur Gegen Ausnahme BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 29 ff.; LEBER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. 72 N 5 ff.; SCHEYLI, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 72 N 8 ff.; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, 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 lit. a VwVG und Art. 83 lit. a BGG auch BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 30). Ob dies auch für Anordnungen des Bundesrates gilt, oder ob diesfalls eine direkte Anfechtung beim Bundesgericht möglich ist, ist in der Lehre umstritten (SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 83 N 21, spricht sich für einen doppelten Instanzenzug aus; differenzierter BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 39 ff.)

¹⁵⁴ Vgl. etwa BGE 132 I 229, 237 f.

¹⁵⁵ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 22 f.; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 83 N 16.

gen, es genügt nicht jeglicher Auslandbezug, vielmehr sind nur Entscheide mit ausgeprägt politischem Charakter von der öffentlich-rechtlichen Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen¹⁵⁶.

- 77 Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG nimmt die oben beschriebenen Entscheide auch von der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht aus¹⁵⁷. Entscheide von Bundesbehörden können letztinstanzlich mit Beschwerde an den Bundesrat weitergezogen werden (Art. 72 lit. a VwVG)¹⁵⁸. Gegen kantonale Entscheide i.S.v. Art. 83 lit. a BGG kann beim Bundesgericht Verfassungsbeschwerde erhoben werden¹⁵⁹.
- 78 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 werden¹⁶⁰. Auch in den Rückmeldungen aus den Gerichten und der Advokatur werden Art. 83 lit. a BGG und Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG soweit ersichtlich nicht thematisiert.

Immerhin ist an Rechtsschutzlücken insbesondere in drei Richtungen zu denken: Erstens besteht die Gefahr, dass der Bundesrat seine Befugnisse gemäss Art. 184 Abs. 3 BV, Art. 185 Abs. 3 BV und allfälligen weiteren Bestimmungen auf Gesetzesstufe extensiv wahrnimmt. Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der Finanzkrise¹⁶¹, im Steuerstreit mit den USA¹⁶² sowie bei der Ak-

¹⁵⁶ 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 lit. a BGG (bzw. Art. 100 Abs. 1 lit. a OG) wurde beispielsweise bejaht in BGer, Urteil 1A.157/2005 vom 6. Oktober 2005 E. 3.1; BGE 129 II 193, 197 f.; 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.

¹⁵⁷ 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. Aufgrund dieses Hintergrundes erscheint das Weiterbestehen von Lücken umso weniger legitim.

¹⁵⁸ SCHEYLI, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 72 N 8 ff.

¹⁵⁹ 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).

¹⁶⁰ Vgl. dazu oben Rz. 37 ff.

¹⁶¹ 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 TRÜMPLER, 244 ff.

tenvernichtung im Fall Tinner¹⁶³ deuten mindestens in diese Richtung. Zweitens kann der Bundesrat mittels Erlass einer Verordnung den Rechtsschutz, insbesondere die Gegenausnahme eines völkerrechtlichen Anspruchs, beeinflussen¹⁶⁴. Drittens können Verpflichtungen der Schweiz zur Umsetzung von UNO-Sanktionen Rechtsschutzmöglichkeiten empfindlich einschränken¹⁶⁵. Alle drei Bereiche hängen teilweise zusammen und überschneiden sich. Sie sind potentiell geeignet, Rechtsschutzlücken entstehen zu lassen¹⁶⁶.

¹⁶² Siehe dazu das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch 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 UHLMANN FELIX/TRÜMPLER RALPH, "Das Rückwirkungsverbot ist im Bereich der Amtshilfe nicht von Bedeutung" - Überlegungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2010 betreffend den UBS-Staatsvertrag, ZSR 130 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 lit. h i.V.m. Art. 84a BGG.

¹⁶³ Siehe dazu TRÜMPLER, 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.

¹⁶⁴ Vgl. dazu das unterschiedliche Vorgehen des Bundesrates im Falle der Guthaben Duvalier und Mobutu und die sich daraus ergebenden Konsequenzen (ausführlich GIROUD-ROTH/MOREILLON, 281 f.; vgl. auch CANDRIAN, 347 ff.). Zur Thematik der Einziehung und Rückführung illegal erworbener Vermögenswerte im Allgemeinen, jeweils mit Hinweisen auf die Fälle Duvalier und Mobutu, vgl. MARNIE ENGEWALD-DANNACHER, Aufarbeitung von Staatsunrecht in rechtsstaatlichen Grenzen? Zum Revisionsbedarf des Schweizerischen Einziehungsrechts im Hinblick auf Potentatengelder, AJP 2009, 288 ff. und MARK PIETH, Die Herausgabe illegal erworbener Vermögenswerte an sog. "Failing States", in: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf 2007, 497 ff. Siehe allgemein zur Thematik Notrecht TRÜMPLER.

¹⁶⁵ 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 BGer 1A.45/2007, Embargomassnahmen – UNO-Sanktionen gegen die Taliban – Rechtsschutz, AJP 17 [2008], 244 ff. sowie DANIEL FRANK, UNO-Sanktionen gegen Terrorismus und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), in: Stephan 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).

¹⁶⁶ KAYSER, 454 ff., kritisiert den bisher ungenügenden Rechtsschutz gegen "actes de gouvernement". So müssten insbesondere Entscheidungen, welche Private unmittelbar berührten, gerichtlich überprüfbar

79 Das auf den 11. Mai 2011 in Kraft gesetzte Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen vom 17. Dezember 2010¹⁶⁷ sorgt zwar dafür, dass notrechtliche Massnahmen nicht während einer unbestimmten Zeit Anwendung finden, jedoch können betroffene Personen nach wie vor gegen notrechtliche Massnahmen keinen Rechtsschutz anrufen. Diese Lücke hätte mit der Umsetzung der Motion 11.3006 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates zum Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen¹⁶⁸ geschlossen werden sollen¹⁶⁹. 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 im Nationalrat am 15. Dezember 2011 angenommen¹⁷⁰, im Ständerat aber am 29. Februar 2012 abgelehnt¹⁷¹.

Aus unserer Sicht war das Anliegen der Motion berechtigt, insbesondere wenn man die Fragestellung wie dargelegt in einem weiteren Kontext untersucht. Der Fall *Nada*¹⁷² 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 aus-

sein. Er ist der Meinung, dass es längerfristig bei den "actes de gouvernements" 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).

¹⁶⁷ AS 2011 1381 ff.; BBl 2010 1563; BBl 2010 2803 ff. Das Gesetz sieht Änderungen des RVOG, ParlG und FHG vor.

¹⁶⁸ 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 19. Februar 2013.

¹⁶⁹ Motion 11.3006 der Staatspolitischen Kommission NR vom 3. Februar 2011 zum Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen; TRÜMPLER RALPH, Das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen – Palliation mit klingendem Namen, SJZ 108 (2012), 309 ff., 314.

¹⁷⁰ AB 2011 N 2101.

¹⁷¹ AB 2012 S 52.

¹⁷² Urteil des EGMR *Nada v. Switzerland*, no. 10593/08 vom 12. September 2012, E. 207 ff.; NZZ vom 13. September 2012, Nr. 213, 9.

senpolitische 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 nach¹⁷³. Es besteht Handlungsbedarf für den Gesetzgeber.

b) Asyl- und Ausländerrecht

80 Im Bereich des Ausländerrechts ist eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht in der Regel nur möglich, wenn das Bundesrecht¹⁷⁴ oder völkerrechtliche Bestimmungen¹⁷⁵ den Betroffenen einen *Anspruch auf Erteilung einer bestimmten Bewilligung* einräumen (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG)¹⁷⁶. Somit ist eine grosse Anzahl von Verfügungen betreffend Bewilligungen nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten anfechtbar¹⁷⁷. Die erfolgreiche Ergreifung der an sich zulässigen Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide aus den Kantonen wird in den meisten Fällen am fehlenden rechtlich geschützten Interesse scheitern (Art. 115 lit. b BGG)¹⁷⁸.

¹⁷³ Vgl. immerhin die unlängst erschienen Monographien von TRÜMLER und SUTTER.

¹⁷⁴ 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).

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ Die Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung liegt regelmässig im Ermessen der zuständigen kantonalen Behörden (Art. 96 AuG). Gegen deren Entscheid steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit grundsätzlich nicht zur Verfügung (Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG).

¹⁷⁷ THURNHERR, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. 112 N 16, 48.

¹⁷⁸ 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).

- 81 Im Bereich der *Einreise*, die ebenfalls von der Anfechtung mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgenommen ist (Art. 83 lit. c Ziff. 1 BGG), besteht ein Sonderproblem¹⁷⁹. Das FZA und das EFTA-Abkommen verlangen ein zweistufiges Beschwerdeverfahren, bei welchem die zweite Instanz zwingend ein Gericht sein muss (Art. 11 FZA und Art. 11 EFTA-Übereinkommen). Da gegen den erstinstanzlichen Entscheid des Bundesamtes für Migration lediglich die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen steht, werden diese Anforderungen nicht erfüllt. Das Bundesgericht löst das Problem, indem es in diesen Fällen, in Abweichung vom Wortlaut von Art. 83 lit. c Ziff. 1 BGG, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dennoch zulässt¹⁸⁰.
- 82 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 wird¹⁸¹. Kritisiert wird auch die Ausnahme von Art. 85 Abs. 3 AuG (Kantonswechsel)¹⁸².
- 83 Im Bereich des *Asylrechts* schliesst Art. 83 lit. d BGG die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Ziff. 1)¹⁸³ 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

¹⁷⁹ Vgl. BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 56 ff.; UEBERSAX, in: Ausländerrecht, N 7.303.

¹⁸⁰ BGer, Urteil 2C_375/2007 vom 8. November 2007 E. 2.

¹⁸¹ THURNHERR, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. 112 N 34; BVer, Urteil C-1872/2007 vom 20. September 2007 E. 1.2; BVer, Urteil C-1649/2007 vom 9. September 2008 E. 1.1.

¹⁸² THURNHERR, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar AuG, Art. 112 N 33.

¹⁸³ Die Beschwerde gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ist ausgeschlossen, "ausser sie betreffen Personen, gegen die ein Auslieferungsersuchen des Staates vorliegt, vor welchem sie Schutz suchen." Die Ergänzung vom 1. Oktober 2010 (Fassung gemäss Ziff. I 2 des BG vom 1. Oktober 2010 über die Koordination des Asyl- und des Auslieferungsverfahrens, in Kraft seit 1. April 2011, AS 2011 925; BBl 2010 1467) dient der Koordination des Auslieferungs- mit dem Asylverfahren, greift also dann, wenn gleichzeitig ein Asylgesuch eines Gesuchstellers zu beurteilen ist, für den ein ausländischer Staat die Auslieferung beantragt. Der Fall kommt offenbar rund zehnmal jährlich vor (BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 132a).

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)¹⁸⁴.

- 84 Verschärft wird die Problematik des Ausnahmekatalogs nach Art. 83 lit. d BGG dadurch, dass das Parlament in der Herbstsession 2012 die Streichung von Art. 106 Abs. 1 lit. c AsylG beschlossen hat¹⁸⁵. Vor Bundesverwaltungsgericht soll zukünftig der Rügegrund der Unangemessenheit nicht mehr geltend gemacht werden können. Damit ist nicht nur der Weg ans Bundesgericht in vielen Fällen ausgeschlossen (Art. 83 lit. d BGG), sondern der Rechtsschutz vor der einzigen Gerichtsstanz auf Bundesebene erheblich reduziert.
- 85 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)¹⁸⁶. Stellvertretend für solche Beschwerden ist ein Entscheid der Verwaltungskommission des Bundesgerichts vom 29. September 2009¹⁸⁷ 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 überprüfen¹⁸⁸. Der Entscheid des Bundesgerichts wurde

¹⁸⁴ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 134. Vgl. die geplante Verkürzung der generellen Beschwerdefrist in Art. 108 Abs. 1 AsylG im Zusammenhang mit der Neuordnung des Nichteintretensverfahrens (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>, abgerufen am 27. Februar 2013; Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010, BBl 2010 4455 ff.) .

¹⁸⁵ AB 2012 N 1174; AB 2012 S 707. Das Datum der Inkraftsetzung stand im März 2013 noch aus. Siehe dazu insbesondere die kritische Haltung von SCHINDLER BENJAMIN, Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespoltischer Launen, ZBl 113 (2012), 565 f.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ BGE 135 II 426.

¹⁸⁸ BGE 135 II 426, 429 f.

publiziert, was für eine Aufsichtsanzeige – der nota bene nicht einmal Folge geleistet wurde – mindestens ungewöhnlich erscheint. Solche Fälle lösen Unbehagen aus.

86 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 Revision¹⁸⁹; eine Äusserung aus dem Bundesverwaltungsgericht betrifft explizit die Ausnahme im Asylbereich¹⁹⁰.

87 Schliesslich haben die Räte am 28. September 2012 dringliche Änderungen des Asylgesetzes beschlossen¹⁹¹. 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 Gültigkeit von Testverfahren ist auf zwei Jahre zu begrenzen (Art. 112b Abs. 5 AsylG).

Unbestritten ist, dass das Parlament der Regierung keinen "Blankocheck" erteilen wollte und sich diese zur Einhaltung verfassungsrechtlicher Vorgaben (Gleichbehandlung, Rechtsweggarantie) bekannt hat¹⁹². Der Bundesrat kann in Testphasen auch Verbesserungen für die Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller vorsehen¹⁹³. Die Gestaltungsfreiheit der Regierung ist im Rahmen von Art. 112b AsylG aber beträchtlich; sie geht deutlich über das hinaus, was gemeinhin unter "experimenteller Rechtsetzung" bekannt ist¹⁹⁴. Der Wortlaut von Art. 112b AsylG ist sehr offen. Der Begriff des "Verfahrensablaufs" (oder "Asylverfahren", "Wegweisungsverfahrens") betrifft mit Blick auf die explizite Nennung der Beschwerdefristen das nicht-streitige und das Streitige Verfahren; der Verordnungsgeber

¹⁸⁹ Rohdatenpapier III, 3.

¹⁹⁰ Rohdatenpapier I, 6.

¹⁹¹ AS 2012 5359 ff.

¹⁹² Vgl. Votum Sommaruga im Ständerat, AB 2012 S 696 f.

¹⁹³ 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.).

¹⁹⁴ Zur experimentellen Rechtsetzung siehe MÜLLER, Rechtssetzungslehre, N 103 ff.; Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Gesetzgebungsleitfaden, 3. Aufl., Bern 2007, N 586 ff.

kann praktisch von allen verfahrensrechtlichen Sicherungen im Gesetz abweichen. Überdies sind die entsprechenden Verordnungsbestimmungen einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle nur schwach unterworfen, da der Gesetzgeber dem Bundesrat ein weites Ermessen einräumen wollte und dieser Entscheid unter Art. 190 BV vom Bundesgericht zu respektieren sein wird¹⁹⁵.

- 88 Insgesamt sind die Entwicklungen im Ausländer- und Asylrecht stark im Fluss; die Problembereiche haben sich seit dem Zwischenbericht 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 Asylgesetz dürfte Ausdruck dieses Unbehagens und sollte Anlass sein, 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 BGG¹⁹⁶ stringent zu definieren. Es besteht Handlungsbedarf für den Gesetzgeber.

c) Einbürgerung

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

¹⁹⁵ "Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter 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).

¹⁹⁶ Vgl. oben Rz. 54 ff.

90 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"¹⁹⁷.

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" verlangte¹⁹⁸, wurde am 1. Juni 2008 von Volk und Ständen verworfen¹⁹⁹.

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

92 Verfügungen des Bundesamtes für Migration auf dem Gebiet des Bürgerrechts²⁰⁰ 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 lit. c OG) – insbesondere auch für Einbürgerungsbewilligungen²⁰¹.

¹⁹⁷ BGE 138 I 305 E. 1.4.6; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1359, 1362. Diese Rechtsprechung wurde positiv gewertet (KÄLIN/KÜNZLI/LIENHARD/TSCHANNEN/TSCHECHER/WYTTENBACH, 691; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1359).

¹⁹⁸ BBI 2006 8953 ff.

¹⁹⁹ BBI 2008 6161 ff.

²⁰⁰ 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).

²⁰¹ 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, bezeichnen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über Einbürgerungsbewilligungen als letztinstanzlich.

93 Insgesamt erscheint damit das frühere "Reservat staatlicher Willkür"²⁰² stark ausgetrocknet²⁰³, zumindest was den formalen Rechtsmittelweg betrifft. Es besteht kein Handlungsbedarf für Gerichte und Gesetzgeber.

d) Prüfungswesen

94 Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen, namentlich auf den Gebieten der Schule, der Weiterbildung und der Berufsausübung, können nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 lit. t BGG). Bei diesen Entscheiden kommt den zuständigen Stellen regelmässig ein grosser Ermessensspielraum zu, weshalb sie sich für eine richterliche Überprüfung schlecht eignen²⁰⁴.

95 Erfasst werden sämtliche Fähigkeitsbewertungen, die auf einer Beurteilung der persönlichen Fähigkeiten des Bewerbers beruhen, wozu nach neuerer bundesgerichtlicher Praxis auch die geistigen und körperlichen Fähigkeiten zählen²⁰⁵. Der Ausschluss beschränkt sich auf das Prüfungsergebnis als solches²⁰⁶. Sind dagegen die Zulassung zu einer Prüfung oder das Erfordernis einer Prüfung strittig, ist die Beschwerde zulässig²⁰⁷.

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

²⁰² Vgl. dazu nur GEORG MÜLLER, *Reservate staatlicher Willkür*, 119 f.

²⁰³ 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.).

²⁰⁴ BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 297; vgl. auch oben Rz. 39 f. Vgl. zur Thematik nunmehr auch ausführlich SCHINDLER/LOUIS, 509 ff.

²⁰⁵ 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).

²⁰⁶ BGE 136 II 470 E. 1.2; BGE 136 I 229 E. 1.

²⁰⁷ 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/Güngerich*, BGG, Art. 83 N 104.

se Zurückhaltung damit, dass die Rechtsmittelbehörde in der Regel weder alle notwendigen Faktoren für die Bewertung kennt noch sich ein zuverlässiges Bild von der Gesamtheit der Leistungen des Beschwerdeführers sowie der anderen Prüfungskandidaten machen kann. Im Übrigen fehlen dem Gericht zumeist auch genügende Fachkenntnisse über das Spezialgebiet der Prüfung. Sind aber Auslegung oder Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel beim Prüfungsablauf gerügt, prüft das Bundesverwaltungsgericht diese Rügen mit voller Kognition²⁰⁸. Ausserdem beschränken das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht den Streitgegenstand i.d.R. auf das Prüfungsergebnis als solches und lassen die Überprüfung einzelner Noten nicht zu²⁰⁹. 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)²¹⁰.

- 97 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" zukämen²¹¹. In der Tat auferlegen sich Gerichte oft eine Zurückhaltung, die den Massstab einer Willkürprüfung teilweise unterschreitet²¹². 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 mindestens als keine Selbstverständlichkeit²¹³. Wir sehen aber vorderhand keinen Handlungsbedarf, mindestens nicht solchen für den Gesetzgeber.

²⁰⁸ 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.

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

²¹⁰ BVGE 2009/10 E. 6.2.1; BGE 136 I 229 E. 2.6.

²¹¹ BGer, Urteil 2P.82/2001 vom 12. Juni 2001 E. 4.

²¹² Vgl. UHLMANN, Willkürverbot, 353 ff.; vgl. HELG, 213.

²¹³ 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

e) Begnadigungen

- 98 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 aufgehoben²¹⁴.
- 99 Art. 173 Abs. 1 lit. k i.V.m. Art. 157 Abs. 1 lit. c BV räumt der Vereinigten Bundesversammlung die Kompetenz ein, Begnadigungen auszusprechen. Die Zuständigkeit der Bundesversammlung ist dabei beschränkt auf Strafurteile, welche das Bundesstrafgericht oder eine Verwaltungsbehörde des Bundes gefällt haben (Art. 381 lit. a StGB). Bei Urteilen kantonaler Behörden ist eine kantonale Begnadigungsbehörde zuständig (Art. 381 lit. b StGB).
- 100 Beim Entscheid über eine Begnadigung kommt der verantwortlichen Behörde grosses Ermessen zu. Inwieweit der (ablehnende) Entscheid begründet werden muss, ist in der Praxis umstritten²¹⁵. Das Bundesgericht verneint eine Begründungspflicht in ständiger Rechtsprechung²¹⁶. 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.

f) Politische Rechte

- 101 In drei Urteilen vom 1. Oktober 2009 hatte sich das Bundesgericht mit Beschwerden gegen die Abstimmung über die biometrischen Pässe zu befassen²¹⁷. Die Vorlage war am 17. Mai 2009 sehr knapp angenommen worden²¹⁸. Verschiedene Stimmberechtigte erhoben auf kantonaler Ebene Abstimmungsbeschwerde (Art. 77 Abs. 1 lit. b BPR), denen aber nicht Folge gegeben wurde. Das Bundes-

bei Prüfungsentscheiden tendenziell dazu, dass die Prüfungsinstanz sorgfältig nach einem nachvollziehbaren Lösungsschema korrigiert.

²¹⁴ 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.)

²¹⁵ Bejahend etwa BIAGGINI, Komm. BV, Art. 173 N 29; verneinend VEST, St. Galler Kommentar zu Art. 173 BV, Rz. 127.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ BGE 136 II 132 ff.; BGer, Urteil 1C_241/2009 vom 1. Oktober 2009; BGer, Urteil 1C_253/2009 vom 1. Oktober 2009.

²¹⁸ BBI 2009 7539 ff.

gericht 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)²¹⁹.

- 102 In BGE 138 I 61 ff.²²⁰ 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 waren²²¹. Das Bundesgericht kam zum Schluss (so bereits die Kantonsregierung), dass die Abstimmungsbeschwerde nach Art. 77 Abs. 2 BPG zu spät eingereicht wurde (E. 4.2)²²² und im Gesetz kein Verfahren auf Revision oder Wiedererwägung vorgesehen ist (E. 4.3). Dennoch trat das Bundesgericht gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV und 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)²²³.
- 103 Es erscheint fraglich, ob hinreichender Rechtsschutz gegen gesamtschweizerische Abstimmungsunregelmässigkeiten besteht. Aus dem Bundesgericht ist der Rechtsweg an die Kantonsregierung als "untauglich" bezeichnet worden²²⁴. Das

²¹⁹ Vgl. BGE 136 II 132 E. 2.7. Der Gesetzgeber hat bereits darauf reagiert. Er will in einer Teilrevision des BPR festhalten, dass Nachzählungen nur bei Glaubhaftmachung von Unregelmässigkeiten verlangt werden können (Teilrevision des Bundesgesetzes über die politischen Rechte, Begleitbericht zum Vorentwurf vom 8. März 2013, 10 f.; 21 f., 32 f., 42 ff.; Art. 13 Abs. 3 Entwurf Bundesgesetz über die politischen Rechte; abrufbar unter <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=48072>, besucht am 12. März 2013).

²²⁰ 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 Erwarungsbeschlusses (VPB 2012.5).

²²¹ In diesem Zusammenhang sind eine Motion und eine Interpellation hängig (Motion 12.3972 Kapitaleinlageprinzip und Interpellation 12.3618 Keine Unternehmenssteuerreform III ohne vorgängige Korrektur zu den verheimlichten Steuerausfällen aus der Unternehmenssteuerreform). Ausserdem ist eine weitere Interpellation im Bereich Sicherheit und Schengen hängig, bei welcher u.a. ebenfalls moniert wird, dass die Annahmen im Abstimmungsbüchlein nicht mit der jetzt eingetroffenen Situation übereinstimmt (Interpellation 12.4003 Mehr Sicherheit dank Schengen. Entlastung im Asylwesen dank Dublin? Kostenexplosion und Kriminalität zeigen die Wirklichkeit auf).

²²² Siehe zur Problematik des Fristablaufs nach Art. 77 Abs. 2 BPG auch BGE 113 Ia 146.

²²³ Siehe zur Kritik an "der rechtlichen Abstützung der nachträglichen Beschwerdemöglichkeit" in BGE 138 I 61 ff. nicht aber am Ergebnis BIAGGINI, Volksabstimmung, 431 ff.

²²⁴ 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 Abset-

Bundesgericht hat in seinen Urteilen unserer Ansicht nach zu Recht eine Rechtsschutzlücke ausgemacht, den Ball aber letztlich dem Gesetzgeber zugespielt²²⁵.

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

3. Sonderprobleme

a) Fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen

- 104 Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die Auswirkungen der neuen Bundesgesetzgebung; die begrenzte Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen ist demgegenüber bereits im Verfassungsrecht angelegt²²⁶. Die Frage ist in der Wissenschaft ausführlich diskutiert worden²²⁷.
- 105 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

zung einer eidgenössischen Abstimmung verlangt wird, was offensichtlich nicht in der Kompetenz einer Kantonsregierung liegt.") an der geltenden Rechtslage herauszulesen.

²²⁵ In BGE 136 II 132 hat das Bundesgericht zunächst festgestellt, dass für die Frage der Nachzählung auf das eidgenössische Gesamtergebn abzustellen sei; materiell beurteilte das Bundesgericht das eidgenössische Abstimmungsresultat 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 verteilen. 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 und VPB 2012.5 E. 1.

²²⁶ 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.).

²²⁷ Siehe statt vieler aus jüngster Zeit AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1857 ff.; RHINOW, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 1 ff.; AUER/GRIFFEL, Rz. 1 ff.; UHLMANN/HOFSTETTER, Rz. 1 ff.; LOOSER, § 1 ff.

Rückmeldungen²²⁸, 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 zugestimmt²²⁹. Der Ständerat ist dagegen am 5. Juni 2012 auf die Vorlage nicht eingetreten²³⁰, der Nationalrat hat sich während der Abfassung dieses Berichts der Meinung des Ständerates angeschlossen²³¹.

- 106 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)²³², noch ist sachlich zu rechtfertigen, dass wichtige Grundrechte wie Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie und Willkürverbot mangels staatsvertraglicher Grundlage prozessual zu Grundrechten zweiter Klasse werden²³³.
- 107 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 aufrecht zu erhalten und im Sinne von Art. 190 BV für "anwendbar" zu erklären.

²²⁸ Rohdatenpapier I, 1 f., 5; Rohdatenpapier II, 3, 5 f.

²²⁹ AB 2011 N 1927.

²³⁰ AB 2012 S 445.

²³¹ AB 2012 N 1973.

²³² 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 offen liess. Siehe dazu auch SCHÖBI FELIX, 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 seinem neuesten Entscheid führte das Bundesgericht aus (Urteil 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 5, zur Publikation vorgesehen), dass im Konfliktfall zumindest die EMRK entgegenstehendem Verfassungsrecht vorgehe.

²³³ Siehe zu dieser Problematik RHINOW, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 13 f.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 16; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1881 ff.

Ein solches Modell ginge nur wenig über den heutigen Rechtszustand hinaus, weil bereits heute das Gericht Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen kann; Art. 190 BV enthält ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot²³⁴. Das Bundesparlament kann auf einen solchen Appellentscheid reagieren – und reagiert auch²³⁵. Eine etwas verbindlichere Form der Feststellung einer Verfassungswidrigkeit würde das Parlament zwingen, die Verfassungsmässigkeit explizit und entgegen der Auffassung des Bundesgerichts 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.

- 108 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.

b) Verfassungsbeschwerde

- 109 Die Verfassungsbeschwerde war im Entwurf des Bundesrates noch nicht vorgesehen. Sie ist erst durch die "Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz" erarbeitet worden²³⁶. Ihre Einfügung stand schwergewichtig im Zeichen der Kompensation

²³⁴ 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; KIE-
NER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1651.

²³⁵ Z.B. Familiennachzug (BGE 136 II 120 E. 3.5.3 m.w.H. und Ausführungen).

²³⁶ 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

befürchteter Rechtsschutzdefizite. Rechtsschutzdefizite wurden insbesondere durch das "Zusammenspiel von Zugangsbeschränkungen und Einheitsbeschwerden, verbunden mit der Abschaffung der staatsrechtlichen Beschwerde", erwartet²³⁷. Man befürchtete Einbussen im Bereich des Grundrechtsschutzes. Im Bereich des öffentlichen Rechts wurde besonders kritisiert, dass in den im Ausnahmekatalog erfassten Sachgebieten (Art. 78 E-BGG) bei letztinstanzlichen Entscheidungen einer kantonalen Behörde in Anwendung von kantonalem Recht durch den Wegfall der staatsrechtlichen Beschwerde keine eidgenössische Instanz die einheitliche Auslegung und Anwendung des Bundesverfassungsrechts (insbesondere verfassungsmässige Rechte) durch die Kantone mehr gewährleisten könne²³⁸. Auch eine einheitliche Anwendung des Bundesverwaltungsrechts durch die kantonalen Behörden könne das Bundesgericht nicht mehr sicherstellen²³⁹. Weiter wurde bemängelt, dass in verschiedenen Sachgebieten, in denen sich für die Betroffenen existenzielle Fragen stellen können, wie etwa im Asyl- bzw. Ausländerrecht²⁴⁰, selbst Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen sind²⁴¹. 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)²⁴². Die Zugangsbeschränkungen

kantonale Entscheide direkt an den EGMR weitergezogen werden müssen. Das Bundesgericht befürchtete eine – im Widerspruch zu den Reformzielen stehende – Verkomplizierung des Rechtsmittelsystems und Mehrbelastung des höchsten Gerichts. Die nationalrätliche Kommission und Teile der Lehre teilten seine Bedenken. Die vom EJPD als Reaktion darauf eingesetzte Arbeitsgruppe präsentierte innert weniger Wochen ihre Normvorschläge zur Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde. Diese wurden in der Folge sowohl vom National- als auch vom Ständerat praktisch unverändert ins Bundesgerichtsgesetz übernommen; ein Vernehmlassungsverfahren zu den entsprechenden Bestimmungen hatte nicht stattgefunden (vgl. BSK BGG-BIAGGINI, Art. 113 N 1 ff.; SEILER, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Art. 113 N 1 ff.).

²³⁷ RASELLI, Beschwerde, 5; MISIC, N 39 ff., insbes. 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.

²³⁸ Vgl. KOLLER/AUER, 471 f; WALDMANN, 754. Im Einzelnen wurden etwa die Gebiete der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse (Art. 78 Abs. 1 lit. f E-BGG), der Subventionen ohne Rechtsanspruch (Art. 78 Abs. 1 lit. j E-BGG), der Stundung und des Erlasses von Abgaben (Art. 78 Abs. 1 lit. l E-BGG) sowie der Prüfungsentscheide und Fähigkeitsbewertungen (Art. 78 Abs. 1 lit. q E-BGG) erwähnt.

²³⁹ KIENER/KUHN, 148. Differenzierter hierzu KOLLER/AUER, 470 f.

²⁴⁰ Vgl. MOSIMANN, Fn. 11.

²⁴¹ RASELLI, Beschwerde, 5.

²⁴² RASELLI, Beschwerde, 5, verwies jedoch immerhin auf die Unsicherheit bezüglich der künftigen bundesgerichtlichen Auslegung des Begriffs der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

im Bereich der Bagatelldelicten (Art. 74 E-BGG) stuft er dagegen als problematisch ein²⁴³.

- 110 Prima vista dürften diese Rechtsschutzdefizite durch die Verfassungsbeschwerde beseitigt worden sein. Rechtsschutzbedenken wurden in ersten Rückmeldungen aus den Bundesgerichten gegenüber der Kontrolle von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts geäußert²⁴⁴. Dies bestätigt die *Asymmetrie* von Eingriffen im Rahmen des Ausschlusskataloges von Art. 83 BGG²⁴⁵.

c) Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege im Bund

- 111 Mit der Einrichtung des Bundesverwaltungsgerichts wurden die bisherigen eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen sowie das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren abgeschafft²⁴⁶. 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)²⁴⁷.
- 112 In der Lehre²⁴⁸ sowie in Rückmeldungen aus der Praxis²⁴⁹ 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"²⁵⁰. Diese Kritik ist unseres Erachtens ernst zu nehmen.

²⁴³ RASELLI, Beschwerde, 4 f.

²⁴⁴ Vgl. oben Rz. 55 f.

²⁴⁵ Vgl. dazu oben Rz. 60.

²⁴⁶ 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 zurzeit noch das Beschwerdeverfahren im Bundespersonalrecht (vgl. Art. 35 Abs. 1 BPG i.V.m. Art. 110 BPV; siehe zur Gesetzesänderung Fn. 256).

²⁴⁷ Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege, 4256; KNEUBÜHLER, 304 f., 314 ff.; KOLLER, Bundesrechtspflege, 73 f.; MARTI, Verwaltungsrechtspflege, 410; SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 230.

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ Rohdatenpapier I, 6.

²⁵⁰ Rohdatenpapier I, 6.

- 113 Gleichzeitig macht das Bundesverwaltungsgericht gute Gründe geltend, die für eine richterliche Zurückhaltung sprechen (umfassende Kognition im Sinne der Beschwerdegründe, aber herabgesetzte Prüfungsdichte)²⁵¹. 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 hält²⁵².
- 114 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 lit. a VwVG steht heute für ein Versprechen, das nicht eingelöst wird²⁵³.
- 115 Die Frage der Kognition und der Prüfungsdichte ist für die Prozesschancen und damit für den Rechtsschutz von wesentlicher Bedeutung²⁵⁴. 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 Kompensationsmechanismen²⁵⁵ – etwa durch Wiedereinführung einer verwaltungsinternen Beschwerdemöglichkeit – zu schaffen sind.

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

²⁵¹ Das Bundesverwaltungsgericht schränkt z.B. seine Prüfungsdichte bei Prüfungsfragen (BVGer, Urteil B-6462/2011 vom 2. Oktober 2012 E. 3; siehe dazu auch Fn. 208) oder Bewertung von Subventionsvergaben (BVGer, Urteil B-2782/2007 vom 4. Oktober 2007 E. 2) ein. Siehe für eine umfassende Darstellung Lehre SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, Art. 49 N 9 ff.

²⁵² 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 Entscheidungsfindung 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".

²⁵³ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 470.

²⁵⁴ METZ MARKUS/UHLMANN FELIX, Besonderheiten bei der Prozessführung im öffentlichen Recht, AJP 2004, 343 ff., 350 f.

²⁵⁵ SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 452 ff. insbes. 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).

Beizug unabhängiger Expertisen vorschreibt, welche das Wissensungleichgewicht zwischen Verwaltung und Gerichten ausgleicht.

- 116 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 ist²⁵⁶. 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.

V. FAZIT UND EMPFEHLUNGEN

- 117 Im Zwischenbericht vom Januar 2010 wurde festgehalten, dass die neue Bundesrechtspflege *keine eklatanten Rechtsschutzlücken* offen gelassen oder gar geschaffen hat. Diese Einschätzung findet sich durch weitere Befragungen bestätigt.
- 118 Vertiefte Abklärungen in einzelnen Sachbereichen zeigen aber Handlungsbedarf. 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 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

²⁵⁶ 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). Die Referendumsfrist läuft am 7. April 2013 ab (BBl 2012 9705).

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 lit. 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 Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen eine Bestätigungspflicht betreffend solche Gesetze durch die Bundesversammlung auslösen sollte ("Bestätigungsmodell").