



ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE  
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48  
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat  
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

---

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit public  
Bundesrain 20  
3003 Berne  
Par courrier électronique à  
cornelia.perler@bj.admin.ch

*Fribourg, le 29 février 2016*

## **Révision de la loi sur le Tribunal fédéral**

Madame, Monsieur,

Le courrier de Madame la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga relatif à l'ouverture de la procédure de consultation concernant l'objet mentionné en titre nous est bien parvenu et a retenu toute notre attention.

Le projet mis en consultation suscite les quelques remarques suivantes.

A propos de l'article 46 al. 2, nous relevons que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les délais ne sont pas suspendus en matière de détention et de mesures de substitution (arrêt TF 1B\_275/2015). Il conviendrait dès lors de le mentionner dans une nouvelle lettre f.

Relativement à l'article 79, le choix d'écarter les recours contre les ordonnances de non-entrée en matière des Ministères publics est judicieux, la pratique ayant démontré un taux d'admission très faible de tels recours.

Nous sommes également d'avis que la variante de l'article 79a devrait être écartée. Si la question des prétentions civiles ne concerne que les relations entre particuliers, les prétentions en indemnités relèvent du rapport entre l'Etat et une partie. De nombreuses jurisprudences ont été rendues au sujet des articles 429 ss CPP, dont l'interprétation et la portée n'ont pas encore été totalement clarifiées.

Concernant l'article 80 al. 2, si globalement, le rétablissement d'une instance cantonale de recours contre des décisions que le Code de procédure pénal plaçait « définitivement » dans la compétence d'un tribunal de première instance (p.ex. art. 150 et 248 al. 3 CPP) participe à cette volonté de décharger le Tribunal fédéral, nous ignorons les effets de cette disposition sur les questions de récusation (art. 59 CPP). Selon l'article 59 al. 1 let. b CPP, l'autorité de recours statue en instance cantonale unique sur les demandes de récusation. Selon le rapport explicatif, une double instance semble voulue également pour ces questions. Se pose dès lors la question de savoir si la décision de l'autorité de recours, statuant en première instance par exemple sur une demande de récusation visant un procureur, devra d'abord faire l'objet d'un recours cantonal et, le cas échéant, auprès de quelle autorité.

Finalement, s'agissant de l'article 81 al. 1 let. b ch. 5, la formulation ici proposée est ambiguë et ne paraît pas limiter le droit des parties plaignantes qui ne sont pas victimes. La notion de décision statuant « matériellement » sur la plainte n'est définie ni dans le Code pénal, ni dans le Code de procédure pénale. La version actuelle de cette disposition offre plus de clarté et devrait être préférée à une modification qui prête à confusion.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

**Au nom du Conseil d'Etat :**



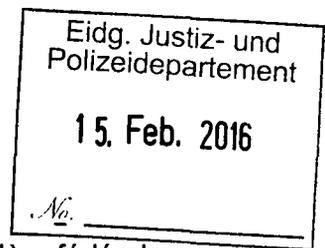
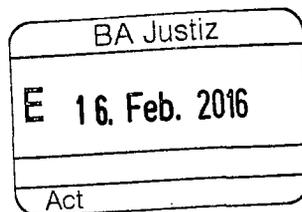
Marie Garnier  
Présidente



Danielle Gagnaux-Morel  
Chancelière d'Etat

CONSEIL D'ETAT

Château cantonal  
1014 Lausanne



Madame la Conseillère fédérale  
Simonetta Sommaruga  
Cheffe du Département fédéral de justice  
et police  
Palais fédéral ouest  
3003 Berne

Réf. : PM/15019668

Lausanne, le 10 février 2016

### Projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral – consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous remercie d'avoir sollicité son avis sur le projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

Après avoir mené une consultation auprès des organismes concernés du Canton, il a l'honneur de vous faire part de ses déterminations.

#### **I. Remarques d'ordre général**

Le Conseil d'Etat comprend et soutient de façon générale le but poursuivi par cette révision législative, à savoir permettre au Tribunal fédéral (ci-après : TF) d'être déchargé de certaines affaires considérées comme moins importantes pour se concentrer sur des questions de principe. Il est cependant préoccupé par l'affaiblissement des possibilités de contrôle juridictionnel qui pourrait en résulter pour le citoyen.

Tel que formulé, le projet laisse un très large pouvoir au TF pour déterminer les contours de sa propre compétence, en lien avec l'interprétation des notions de « question juridique de principe » et de « cas particulièrement important ». Si la première de ces notions a déjà été précisée par la jurisprudence, qui l'a interprétée restrictivement, une grande incertitude demeure s'agissant de la seconde. L'interprétation future de ces notions déterminera en grande partie l'impact de cette révision sur les possibilités d'accès au TF. On peut dès lors regretter que des précisions n'aient pas été apportées dans la loi, à tout le moins pour déterminer ce qu'il convient d'entendre par « cas particulièrement important » et souhaiter que le projet soit complété sur ce point.

Cette révision paraît au surplus susceptible de complexifier l'accès au Tribunal fédéral. Ainsi, on constate une perte de lisibilité de la loi dans certains domaines, où plusieurs dispositions devraient être mises en perspective pour déterminer si un recours est possible. Le risque existe également de voir la jurisprudence se développer encore

considérablement sur les questions de recevabilité, notamment lorsqu'il sera question de déterminer si une contestation soulève une « question juridique de principe » ou constitue un « cas particulièrement important », ce que les parties à un recours ne manqueront pas d'invoquer. Cette complexification pourrait être synonyme de travail supplémentaire pour le TF, qui viendrait annuler la décharge promise par cette révision.

## II. Remarques particulières

### Recours en matière pénale

L'art. 79 P-LTF étend les cas dans lesquels un recours en matière pénale est irrecevable. Les nouvelles exceptions prévues paraissent effectivement propres à décharger le TF d'affaires mineures. Une précision mériterait toutefois d'être apportée à l'art. 79 al. 2 let. d P-LTF, qui prévoit que le recours est irrecevable contre les décisions des autorités de recours au sens de l'art. 20 CPP qui ne portent « ni sur des mesures de contrainte ni sur une ordonnance de classement ». Il conviendrait d'ajouter à cette liste les ordonnances de non-entrée en matière ainsi que de suspension, dès lors que ces dernières décisions déploient le plus souvent des effets similaires à un classement.

Concernant les restrictions apportées par l'art. 79a P-LTF, plusieurs raisons devraient conduire à ne pas retenir la variante proposée. On relève préalablement que la compréhension de cette variante est rendue difficile par une formulation peu claire. La solution consistant à séparer les aspects pénal et civil du recours formé par une victime lorsque la valeur litigieuse n'est pas atteinte apparaît insatisfaisante et source d'importantes complications, en particulier en lien avec la création d'un nouveau cas de révision à l'art. 410 al. 5 CPP. Par ailleurs, il ne semble pas justifié de limiter également en fonction d'une valeur litigieuse le recours formé par un prévenu réclamant une indemnité ou une réparation du tort moral. De telles prétentions ne semblent pas pouvoir être entièrement assimilées à des prétentions civiles. Au surplus, dans le contexte de la consultation interne menée dans le canton de Vaud, la nécessité d'obtenir une interprétation uniforme émanant du TF au sujet des articles 429 ss CPP a été mise en évidence.

### Recours en matière de droit public

La révision envisagée rendra plus difficile la compréhension du texte légal. Tel est en particulier le cas avec les règles prévues aux art. 83 al. 2 et 3 P-LTF ainsi que dans le domaine du droit des étrangers et de l'asile (art. 83 al. 1 let. b et c ainsi que 84 P-LTF), où il deviendrait nécessaire de se référer à plusieurs articles complexes prévoyant différents niveaux d'exceptions et de contre-exceptions pour déterminer si un recours est recevable.

Au-delà de ces remarques formelles, les conséquences de l'extension de certaines exceptions prévues à l'art. 83, notamment en matière de naturalisations et de droit des étrangers, dépendront en partie de l'interprétation qui sera faite de la notion de « cas particulièrement important » ; nous y reviendrons en conclusion de la présente.

La règle posée à l'art. 84 al. 2 let. a P-LTF prévoit que dans le domaine du droit des étrangers, il appartiendra au Tribunal administratif fédéral de constater, dans sa propre décision, que celle-ci soulève une « question juridique de principe ». Il ne sera pas possible de contester devant le TF l'appréciation du TAF déniaut l'existence de cette condition. Un tel procédé paraît susceptible d'engendrer des difficultés d'application et comporte le risque d'être mal compris par les justiciables, puisqu'il implique de confier au TAF un rôle ambigu, en le dotant de la possibilité de permettre ou non le recours au TF, selon l'appréciation qu'il fera de ses propres décisions.

### Mesures provisionnelles (introduction de l'art. 93b et abrogation de l'art. 98 LTF)

Le projet prévoit qu'une décision portant sur des mesures provisionnelles ne pourra faire l'objet d'un recours que si la contestation soulève une « question juridique de principe » ou « porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important ». Parallèlement, la limitation de motifs prévue par le droit actuel pour de tels recours sera supprimée. Si cette dernière évolution aura pour effet d'étendre la cognition du TF dans les affaires qui lui seront soumises, il est prévisible que seul un nombre très restreint de recours portant sur des mesures provisionnelles sera déclaré recevable. Des domaines importants du droit risquent d'être ainsi soustraits à un examen du TF, en dehors des deux cas exceptionnels précités. On peut penser à différentes actions dans le domaine de la protection de la personnalité, aux mesures protectrices de l'union conjugale, aux inscriptions provisoires d'hypothèques légales, aux procédures de mainlevée dans le domaine de la poursuite pour dettes, ou encore à certains litiges qui relèvent de l'instance cantonale unique au sens de l'art. 5 CPC, comme en matière de mesures provisionnelles requises dans le domaine de la propriété intellectuelle.

En fonction de l'interprétation qui sera faite de la notion de « cas particulièrement important », une protection juridictionnelle des citoyens allant dans le sens de ce qui prévaut actuellement avec l'art. 98 LTF pourrait être obtenue. Une telle interprétation paraît indispensable pour garantir la protection des justiciables dans les domaines que l'on vient de mentionner. A nouveau, le Conseil d'Etat estime donc que le projet de loi devrait être précisé sur cet aspect.

### **III. Conclusion et proposition d'amendement du projet**

La suppression du recours constitutionnel subsidiaire, tout comme les restrictions à la possibilité de recourir introduites dans différents domaines, doivent être contrebalancées par une extension de la possibilité de soumettre un recours au TF en présence d'une violation d'un droit constitutionnel. C'est par l'interprétation de la notion de « cas particulièrement important » que cette compensation pourra être obtenue. Il importe en effet d'y englober les situations dans lesquelles il existe des signes que l'autorité précédente a violé un droit constitutionnel. En l'état, tel semble être l'intention des auteurs du projet, puisque le rapport explicatif de l'OFJ expose que le TF « *devra assurer la protection des droits individuels, dans le sens d'une interprétation conforme à la Constitution du terme « cas particulièrement importants », s'il existe des signes que l'autorité précédente a violé des droits constitutionnels* » (rapport de l'OFJ, p. 8).

Le Conseil d'Etat considère cependant que cette précision mérite d'être intégrée dans la loi elle-même, en définissant, à tout le moins partiellement, la notion de « cas particulièrement important ». Une telle définition devrait avoir vocation à s'appliquer dans toutes les hypothèses où la LTF fait dépendre la recevabilité du recours de l'existence d'un « cas particulièrement important » (soit les art. 73, 74 al. 2 let. a, 83 al. 2, 85 al. 2 et 93b LTF). On permettrait ainsi une meilleure compréhension de la loi tout en évitant une interprétation future trop restrictive de la part du TF.

Le Conseil d'Etat partage par ailleurs l'opinion exprimée par différents organismes cantonaux, qui craignent les effets d'une limitation de l'accès au TF face à la tendance actuelle à élargir le champ du droit fédéral ou supra-cantonal. Compte tenu de cette évolution, une interprétation des règles de droit par un tribunal suprême de rang fédéral devient incontournable, dans le souci d'obtenir les clarifications nécessaires ainsi qu'une unification des pratiques cantonales. A cet égard, il n'est pas certain que les réserves de la « question juridique de principe » et du « cas particulièrement important » soient suffisantes pour donner lieu à la jurisprudence que les justiciables et les autorités d'application du droit attendent.

Au-delà de ces remarques, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud insiste sur la nécessité d'éviter un affaiblissement de la protection juridictionnelle des citoyens. Tout en soutenant les objectifs de cette révision, il exprime ainsi des réserves sur le projet proposé.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat saisit cette occasion pour souligner l'importance de la célérité de la procédure devant le Tribunal fédéral. Si, comme relevé ci-dessus, les autorités vaudoises sont très attachées à l'existence d'un contrôle juridictionnel effectif, il est également nécessaire que les projets répondant à un intérêt public ne soient pas bloqués durant plusieurs mois, voire plusieurs années, par les procédures de recours. Le Conseil d'Etat soutient donc toutes les mesures qui pourraient aller dans ce sens dans le cadre de la présente révision. Dans la même ligne, il nous paraît important que l'avancement de la procédure devant le Tribunal fédéral soit plus transparent pour les parties. Celles-ci demeurent en effet souvent sans nouvelles durant des laps de temps importants et ne sont pas systématiquement informées par exemple des interventions des autres participants à la procédure.

La présente révision pourrait également être l'occasion d'apporter des améliorations sur ce point.

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT

A large, stylized handwritten signature in black ink, belonging to Pierre-Yves Maillard.

Pierre-Yves Maillard

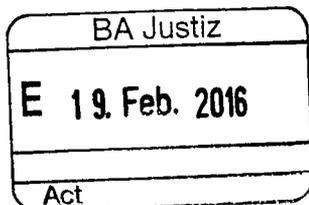
LE CHANCELIER

A smaller, stylized handwritten signature in black ink, belonging to Vincent Grandjean.

Vincent Grandjean

**Copies**

- Office des affaires extérieures
- Service juridique et législatif
-



Département fédéral de justice et police  
Madame Simonetta Sommaruga  
Conseillère fédérale  
Palais fédéral  
3003 Berne

Références MP/nf  
Date 17 février 2016

**Révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)**  
**Procédure de consultation**

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du canton du Valais vous remercie de l'avoir consulté à propos de la révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

La révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, entrée en vigueur en 2007, visait trois objectifs : décharger le Tribunal fédéral (TF), améliorer la protection juridictionnelle dans certains domaines juridiques et simplifier les procédures. Il ressort d'une évaluation du nouveau droit que la réforme n'a pas pleinement atteint deux des trois buts recherchés : après une réduction passagère des causes à traiter, le TF doit faire face à une recrudescence des cas; des lacunes subsistent en matière de protection juridictionnelle, spécialement du fait des dispositions sur l'irrecevabilité du recours en matière de droit public.

Le projet de révision s'articule principalement autour de deux axes : une reconsidération des clauses d'irrecevabilité et une soustraction au pouvoir d'examen du TF des cas de moindre importance.

Le TF, en tranchant les litiges en dernière instance nationale, doit garantir l'unité de l'ordre juridique et veiller au développement du droit. Cette mission fondamentale plaiderait pour la recevabilité la plus large des recours au TF. Toutefois, saisie d'un nombre élevé de cas d'importance mineure, notre Cour suprême serait confrontée à une surcharge de travail considérable qui ne pourrait être absorbée sans porter atteinte au principe de célérité des procédures.

La recherche du juste milieu passe par un réexamen des clauses d'irrecevabilité des recours au TF, clauses d'irrecevabilité liées à la règle de "*l'exception de l'exception*", permettant la recevabilité du recours au TF dans des domaines ordinairement soustraits à sa connaissance lorsque la cause soulève une question juridique de principe ou constitue un cas particulièrement important.



Si cette double approche est connue du législateur fédéral, sa mise en œuvre dans le projet suscite des réserves :

- a/ La clause d'irrecevabilité est retenue trop fréquemment, mettant en cause le droit fondamental du justiciable à un contrôle judiciaire des décisions le concernant par l'autorité suprême. A titre d'exemple, mentionnons l'irrecevabilité du recours pour les condamnations à une amende inférieure à 5'000 francs (art. 79 al. 1 lettre a), pour les décisions en matière de marchés publics (art. 83 al. 1 lettre e), pour la constatation incomplète ou erronée des faits à l'origine du refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire.
- b/ La règle de l'exception à l'exception introduit une insécurité juridique. La garantie d'accès au TF pour les questions juridiques de principe est donnée par l'article 191 alinéa 2 de la Constitution fédérale. La jurisprudence sur ce point est, aujourd'hui, bien établie. Le projet propose d'étendre "*l'exception de l'exception*" aux cas particulièrement importants en donnant une portée toute générale à cette notion connue actuellement qu'en matière d'entraide pénale internationale (LTF 84 II). Le rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice sur cette notion juridique indéterminée est cependant lacunaire, donnant à penser que la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière sera abondante. La crainte est d'autant plus fondée que l'Office fédéral de la justice propose de renoncer à cette "*exception de l'exception*" pour le recours en matière de droit public dans le domaine du droit des étrangers, au motif que "*cette notion est trop indéterminée pour qu'il n'y ait pas de risque que le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral portent souvent une appréciation différente sur ce point*" (rapport p. 9). Le Gouvernement valaisan y voit une source d'insécurité pour les plaideurs et de surcharge de travail pour les tribunaux, deux défauts qui font échec aux buts recherchés par la révision. La notion de "*cas particulièrement important*" doit trouver une définition dans la LTF révisée.

Quelques dispositions du projet de modification de la LTF appellent une détermination particulière :

- a/ Les valeurs litigieuses minimales dont dépend la recevabilité du recours en matière pénale portant exclusivement sur des prétentions civiles doivent être fixées selon la variante mise en consultation de l'article 79a nouveau LTF, favorisant la célérité de la procédure pénale.
- b/ La faculté reconnue au canton de conférer à l'autorité d'exécution des sanctions la qualité pour recourir auprès du TF contre les décisions de la dernière instance cantonale portant sur la mise en œuvre du jugement pénal (art. 81 al. 4 projet) doit être approuvée. Elle implique que l'autorité d'exécution des sanctions ait la même qualité pour recourir auprès de la dernière instance cantonale (LTF 111 I).
- c/ La réglementation spéciale en matière d'étrangers et d'asile (art. 83 al. 1 lettre b et c, 83 al. 2, 84 projet) permettra une liquidation plus rapide de ces affaires.
- d/ La jurisprudence du Tribunal fédéral admettant l'exception à l'irrecevabilité du recours en présence d'une question juridique de principe étant très restrictive, il convient de biffer de l'article 83 alinéa 1 du projet la lettre e (irrecevabilité en matière de marchés publics) afin de dégager une jurisprudence uniforme, dès lors que les règles fédérales et cantonales en la matière seront, à l'avenir, largement harmonisées.
- e/ L'article 86 alinéa 2 du projet généralise la règle selon laquelle les tribunaux cantonaux supérieurs doivent statuer comme autorité judiciaire précédant immédiatement le TF, la réserve d'une exception prévue par une loi fédérale étant supprimée (art. 86 al. 2). Cette thèse législative entraîne une modification importante du code de procédure pénale suisse qui oblige le Tribunal cantonal à connaître des nouveaux recours, notamment contre toutes les décisions du tribunal des mesures de contrainte; dans les conflits en matière de for ou de récusation de la compétence du ministère public; contre l'indemnisation du défenseur d'office décidée par le ministère public ou un tribunal de première instance; la garantie de l'anonymat d'un participant à la procédure; l'hospitalisation en vue d'une expertise; la mise sous scellés. Ces voies de recours cantonal nouvelles entraînent une charge de travail pour le Tribunal cantonal.

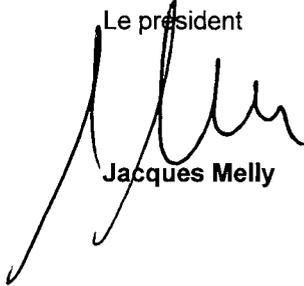
De plus, il ressort du projet (modification de la loi fédérale sur l'impôt anticipé et modification de la loi fédérale sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir) que les commissions cantonales de recours ne seront plus assimilables à des tribunaux supérieurs, obligeant le canton à restructurer son organisation judiciaire.

Pour ces deux motifs, le Conseil d'Etat s'oppose à la modification de l'article 86 alinéa 2 LTF.

Le Conseil d'Etat du canton du Valais vous prie de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de sa haute considération.

Au nom du Conseil d'Etat

Le président



Jacques Melly



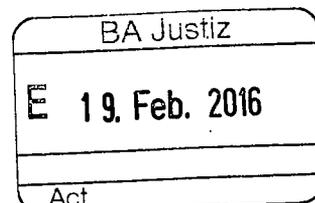
Le chancelier



Philipp Spörri

## REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau  
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50  
regierungsrat@ag.ch  
www.ag.ch/regierungsrat



### Einschreiben

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

17. Februar 2016

### Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. November 2015 sind die Kantone eingeladen worden, zu oben erwähnter Angelegenheit Stellung zu nehmen. Wir danken dafür und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

#### 1. Vorbemerkungen

Die Revision bezweckt einerseits die Beseitigung von Rechtsschutzlücken, andererseits soll das Bundesgericht von weniger bedeutenden Fällen entlastet werden. Die Beseitigung der Rechtsschutzlücken erfolgt mittels einer Verbesserung des Ausnahmekatalogs. Künftig soll in Fällen, in denen die (ordentliche) Beschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich ausgeschlossen ist, im Sinne einer Gegenausnahme die Beschwerde immer zulässig sein, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders wichtiger Fall vorliegt: Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, welche eine ähnliche Auffangfunktion hat, soll abgeschafft werden. Vorgeesehen ist neu eine Einheitsbeschwerde mit Ausnahmekatalog und Gegenausnahmen. Die Entlastung des Bundesgerichts soll durch Einschränkungen der Zulässigkeit der Beschwerde im Strafrecht und im öffentlichen Recht erfolgen.

#### 2. Bemerkungen zu einzelnen Elementen der Vorlage

##### 2.1 Zugang zum Bundesgericht bei allen grundlegenden Rechtsfragen oder besonders bedeutenden Fällen (Gegenausnahme zum Ausnahmekatalog) sowie Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde

Der vorgesehene Zugang zum Bundesgericht bei allen grundlegenden Rechtsfragen oder besonders bedeutenden Fällen (sogenannte Gegenausnahmen) kann nur im Zusammenhang mit der ebenfalls vorgeschlagenen Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde gewürdigt werden. Aus diesem Blickwinkel vermag die Einführung der Gegenausnahme nicht zu überzeugen, zumal damit entgegen der deklarierten Absicht nicht eine Erweiterung, sondern wohl eher ein Abbau des Rechtsschutzes einhergeht. Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die prozessuale Zulässigkeit eines Rechtsmittels nicht von objektiv feststellbaren Kriterien abhängig gemacht werden soll, sondern einem "weiten Beurteilungsspielraum" des angegangenen Gerichts (vgl. Bericht vom 4. November 2015, Seite 5) überlassen bleiben soll. Rechtssuchende wären damit kaum mehr in der Lage,

von vornherein abschätzen zu können, ob ihr Rechtsmittel prozessual zulässig ist; entsprechend würden vom Bundesgericht gefällte Nichteintretensentscheide nur schwer verstanden.

Obwohl also mit der Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde mit der Gegen Ausnahme eine neue Lösung vorgeschlagen wird, welche vorsieht, dass künftig – im Unterschied zur subsidiären Verfassungsbeschwerde – nicht nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, sondern auch andere Rechtsverletzungen gerügt werden können, ist damit entgegen den Darlegungen im Bericht vom 4. November 2015 nicht zwingend eine Ausweitung des Rechtsschutzes verbunden. Es besteht kein Rechtsanspruch auf einen bundesgerichtlichen Sachentscheid.

## **2.2 Entlastung des Bundesgerichts von weniger bedeutenden Fällen**

Wir begrüssen die Bemühungen, die Zuständigkeit des Bundesgerichts auf wesentliche, bedeutende und gewichtige Fragen, die der Rechtsfortbildung dienen, zu beschränken. Die Entlastungen sollten jedoch nicht nur auf weniger bedeutende Fälle beschränkt werden, sondern auch auf Fälle ausgedehnt werden, bei denen heute ein Übermass an Rechtsschutz vorhanden ist. Die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie verlangt nicht zwei oder gar drei Gerichtsstufen. Insbesondere dort, wo bereits eine Gerichtsstufe des Bundes zuständig ist, liesse sich auf eine Beurteilung durch das Bundesgericht ganz verzichten.

## **2.3 Besondere Regelung im Ausländer- und Asylrecht**

Wie bereits unter Ziffer 2.2 ausgeführt, ist eine zweite gerichtliche Instanz auf Bundesebene nicht erforderlich. Die Notwendigkeit einer Öffnung des Rechtsmittelwegs wird denn im Bericht vom 4. November 2015 auch nicht begründet. Der individuelle Rechtsschutz ist durch die gerichtlichen Vorinstanzen, das heisst die oberen kantonalen Gerichte und das Bundesverwaltungsgericht, ausreichend gewährleistet.

## **2.4 Besserer Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundesrats und der Bundesversammlung**

Auch in diesem Bereich stellt sich die Frage, weshalb zwei Gerichtsstufen notwendig sind. Auf eine Weiterzugsmöglichkeit von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts an das Bundesgericht sollte verzichtet werden.

## **2.5 Verzicht auf Änderungen beim Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte**

Der Rechtsweg im Bereich der politischen Rechte mag zwar aufgrund der neuen Bundesgerichtspraxis geklärt sein (vgl. Bericht vom 4. November 2015). Dies hindert jedoch den Gesetzgeber nicht daran, die Praxis des Bundesgerichts gesetzlich zu verankern. Vielmehr könnte so Rechtssicherheit geschaffen werden. Hinzu kommt, dass der heute geltende Rechtsweg gemäss Praxis, wie er bei Abstimmungen auf Bundesebene zur Anwendung kommt, um Fehler der Bundesbehörden zu rügen, nicht sinnvoll erscheint und auch nicht ressourcenschonend ausgestaltet ist. Es sollte vermieden werden, dass Anträge oder beanstandete Sachverhalte, welche über die Zuständigkeit der Kantonsregierung hinausgehen, weil sie von Bundesbehörden zu verantworten sind, zuerst bei den Kantonsregierungen angefochten werden müssen, welche nur einen Nichteintretensentscheid fällen können. Diese Tatbestände sollten – auch angesichts der meist gegebenen Dringlichkeit – direkt beim Bundesgericht gerügt werden können (vgl. zum Beispiel Bundesgerichtsentscheid [BGE] 137 II 177).

### 3. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen der Vorlage

#### 3.1 Art. 79 Abs. 1 lit. a E-BGG

Diese Bestimmung sieht den Ausschluss des Weiterzugs an das Bundesgericht bei einer Verurteilung wegen einer Übertretung vor, wenn eine Busse von höchstens Fr. 5'000.– ausgesprochen wird, jedoch nur, wenn eine tiefere Strafe verlangt wird. Faktisch bedeutet dies, dass zwar der Staatsanwaltschaft, nicht aber dem Beschuldigten die Beschwerde an das Bundesgericht offen steht, da dieser eine tiefere Strafe verlangen wird. Wird eine höhere Strafe verlangt, ist die Beschwerde immer zulässig, auch wenn eine Busse von weniger als Fr. 5'000.– ausgesprochen wurde. Eine Begründung für diese unterschiedliche Behandlung der beiden Parteien wird nicht genannt, wobei jedoch anzunehmen ist, dass nur die Beschwerden von Beschuldigten zahlenmässig ein Belastungsproblem darstellen, da diese deutlich häufiger vorkommen. Ob jedoch diese Ungleichbehandlung einzuführen ist, ist mit Blick auf die Waffengleichheit mindestens fraglich. Aus Sicht des Regierungsrats des Kantons Aargau kann daher auf die entsprechende Einschränkung der Ausnahme verzichtet werden, sodass grundsätzlich die Beschwerde unzulässig ist, wenn eine Busse von höchstens Fr. 5'000.– ausgesprochen wurde. Die Staatsanwaltschaft kann sich in diesen Fällen genauso wie der Beschuldigte auf die Gegenausnahme berufen.

#### 3.2 Art. 79a E-BGG

Bezüglich der neuen Regelung von Art. 79a E-BGG bevorzugen wir den Hauptvorschlag, das heisst, dass bei Entscheiden über Zivilansprüche nach Art. 74 BGG die Streitwertgrenzen nach Art. 74 BGG gelten sollen.

#### 3.3 Art. 101a E-BGG

Neu soll bei Beschwerden, die kantonale Volkswahlen oder Volksabstimmungen betreffen, ebenfalls eine fünftägige Beschwerdefrist gelten (bisher 30 Tage). Der Regierungsrat begrüsst diese Anpassung, da damit insbesondere Beschwerdeverfahren bezüglich der Ständeratswahlen schneller abgeschlossen werden können. Sollte einer Beschwerde ans Bundesgericht die aufschiebende Wirkung erteilt werden, das Wahlergebnis vom Beschwerdeentscheid jedoch nicht tangiert werden, könnten die gewählten Ständerätinnen und Ständeräte ihr Amt rechtzeitig antreten beziehungsweise bei Gesamterneuerungswahlen sicher an den Bundesratswahlen teilnehmen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats



Susanne Hochuli  
Landammann



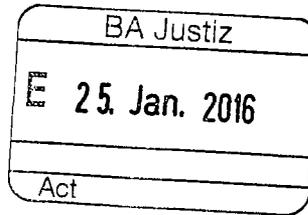
Dr. Peter Grünenfelder  
Staatsschreiber

Kopie

- [cornelia.perler@bj.admin.ch](mailto:cornelia.perler@bj.admin.ch)



Bundesamt für Justiz  
3000 Bern



Dr. iur Roger Nobs  
Ratschreiber  
Tel. +41 71 353 63 51  
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 22. Januar 2016

## Eidg. Vernehmlassung; Revision des Bundesgerichtsgesetzes; Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. November 2015 wurden die Kantonsregierungen vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) eingeladen, zum eingangs erwähnten Entwurf Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

### 1. Bemerkungen zu den Bestimmungen im Bereich Beschaffungen und Konzessionen

Bund und Kantone haben 2012 ihre Arbeit zur parallelen Revision des Beschaffungsrechts als Folge des revidierten Government Procurement Agreement (GPA) aufgenommen (Projekt AURORA). Die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone konnten soweit nötig und sinnvoll inhaltlich angeglichen werden. Es ist nun das Ziel des Bundes, die revidierten gesetzlichen Grundlagen des Beschaffungsrechts auf Bundesebene, namentlich das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) und die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB), möglichst noch in der zweiten Hälfte 2016 im eidgenössischen Parlament in die Beratung zu geben. Die Kantone haben gleichzeitig ihren politischen Prozess zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sistiert, um die angestrebte Harmonisierung zu gewährleisten.

Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 E-BGG sieht nun vor, dass im Gebiet der öffentlichen Beschaffungen einzig noch Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung vom Bundesgericht beurteilt werden sollen. Die bisherige kumulative Voraussetzung der Streitwertgrenze fällt vollumfänglich weg. Damit werden Beschwerden, welche das öffentliche Beschaffungsrecht betreffen, ausschliesslich im Falle von Rechtsfragen mit einem erheblichen rechtlichen Interesse beurteilt. Der Umstand, dass eine aufgeworfene Rechtsfrage vom Bundesgericht noch nie entschieden wurde, dürfte hingegen gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch künftig nicht genügen, um eine höchstrichterliche Klärung verlangen zu können.

Das Thema des Rechtsschutzes stellte Bund und Kantone vor grosse Herausforderungen bei der parallelen Revision des Beschaffungsrechts, insbesondere da hier bis anhin bedeutende Unterschiede bestanden. Aufgrund der Bemühungen beider Seiten konnten aber auch in diesem Bereich weitestgehend gemeinsame Lösungen gefunden werden. Obwohl nun der Bund und die Kantone in Zukunft voraussichtlich über nahezu identische Rechtsgrundlagen und über analoge Rechtsschutzbestimmungen für die Anfechtung von Vergabeentscheiden verfügen werden, dürfte aufgrund der neuen Ausnahmeregelung von Art. 83 Abs. 1 lit. e E-BGG nicht zu erwarten sein, dass das Bundesgericht sich dadurch veranlasst sieht, vermehrt Entscheide im Bereich der öffentlichen Beschaffungen zu treffen. Aus Sicht der Kantone wäre es jedoch angezeigt und zu begrüßen, dass das bisherige höchstrichterliche vereinheitlichende Element der schweizerischen Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungswesen aufrecht erhalten bleibt.

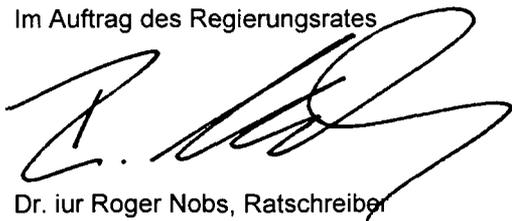
## **2. Bemerkungen zu den Bestimmungen betreffend Organisation und Verwaltung des Bundesgerichts**

Es ist nachvollziehbar, dass die aktuelle Regelung bezüglich des Vorsitzes einer Abteilung im Falle einer Amtsübernahme ausserhalb der ordentlichen Wahlperiode als zu eng angesehen wird. Die neue Formulierung von Art. 19 Abs. 3 BGG sorgt jedoch nicht für restlose Klarheit bezüglich der Dauer des Amtsvorsitzes. Denn aus Art. 19 Abs. 3 E-BGG kann noch immer gelesen werden, dass die Amtsdauer nicht mehr als sechs Jahre betragen darf. Aus Sicht des Regierungsrates wäre es daher sinnvoller auf die Wiederwahlmöglichkeit anstatt auf die Vorsitzdauer abzustellen. Dabei wäre grundsätzlich von der zweimaligen Wiederwahl auszugehen, erfolgt die Wahl für den Vorsitz einer Abteilung jedoch ausserhalb der ordentlichen Wahlperiode, sollte eine dritte Wiederwahl zulässig sein. Ansonsten unterstützt der Regierungsrat die vorgeschlagenen Änderungen des BGG, insbesondere die Einführung der Einheitsbeschwerde ist aus seiner Sicht begrüssenswert.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates



Dr. iur. Roger Nobs, Ratschreiber



## Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei  
Marktgasse 2  
9050 Appenzell  
Telefon +41 71 788 93 24  
Telefax +41 71 788 93 39  
michaela.inauen@rk.ai.ch  
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

---

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Appenzell, 3. Dezember 2015

### Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Kanton Appenzell I.Rh. stimmt der vorgeschlagenen Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zu.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

### Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:



Markus Dörig

### Zur Kenntnis an:

- cornelia.perler@bj.admin.ch
- Justiz-, Polizei- und Militärdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 10d 9050 Appenzell
- Ständerat Ivo Bischofberger, Ackerweg 4, 9413 Oberegg
- Nationalrat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell

Regierungsrat, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

Eidgenössisches  
Justiz- und Polizeidepartement  
Bern  
per E-Mail an: cornelia.perler@bj.admin.ch

Liestal, 02. Februar 2016

## **Vernehmlassung zum Entwurf einer Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Stellungnahme und teilen in erwähnter Angelegenheit Folgendes mit:

### *A. Grundsätzliche Bemerkungen*

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft stimmt der Stossrichtung der unterbreiteten Revisionsvorlage zu. Mit dieser soll das Bundesgericht von weniger bedeutenden Fällen – namentlich auch auf den Gebieten des Strassenverkehrsrechts und des Ausländerrechts – entlastet werden. Staats- und rechtspolitisch wichtig ist, dass Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung immer vor das Bundesgericht getragen werden können. Das wird mit der Revisionsvorlage gewährleistet und von uns begrüsst. Wie hoch der Entlastungseffekt beim Bundesgericht per saldo tatsächlich ausfällt, wird sich aber in der Praxis erst noch weisen müssen.

### *B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Revisionsentwurfs zum Bundesgerichtsgesetz*

**Artikel 79 Absatz 1 Buchstabe c** erachten wir als rechtsstaatlich heikel. Offensichtlich unrichtige zweitinstanzliche Urteile könnten in Zukunft nicht mehr weitergezogen werden, ausser sie betreffen Zwangsmassnahmen oder Verfahrenseinstellungen oder es handle sich um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung. So würden zahlreiche Fälle wegfallen, in denen Strafverfolgungsorgane in der Vergangenheit erfolgreich Beschwerde führten, so etwa wegen unrichtiger Sachverhaltsfeststellung, willkürlicher Beweiswürdigung, Verletzung von Bundesrecht usw..

Wir beantragen, im Bereich des Strafrechts auf diese Einschränkung zu verzichten. Andernfalls wäre der Auftrag der Strafverfolgungsorgane gefährdet, den staatlichen Strafverfolgungsanspruch

gleichmässig durchzusetzen<sup>1</sup>, einer historischen respektive materiellen Wahrheit verpflichtet zu sein<sup>2</sup> und mit ihrer Rechtsmitteltätigkeit zu Gunsten oder zu Ungunsten der beschuldigten oder verurteilten Person zur Einhaltung von Bundesrecht beizutragen<sup>3</sup>. Sollte indessen an den vorgeschlagenen Einschränkungen festgehalten werden, müsste aus rechtsstaatlichen Gründen zumindest die Willkürbeschwerde zugelassen werden.

**Artikel 83 Absatz 1 Buchstabe a:** Für uns spricht nichts dagegen, im Revisionsentwurf auf die bisherige Unterscheidung zwischen der ordentlichen und der erleichterten Einbürgerung zu verzichten. Der Unterschied zwischen den beiden Einbürgerungsarten ist, dass bei der erleichterten Einbürgerung der Bund zuständig ist und ein Anspruch auf Einbürgerung besteht, während bei der ordentlichen Einbürgerung die Kantone zuständig sind; diese sehen zum Teil lediglich für gewisse Konstellationen einen Einbürgerungsanspruch vor.

**Artikel 83 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 2:** Aufgrund der Ausführungen im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf<sup>4</sup> gehen wir davon aus, dass von der Ausnahme (Staatsverträge) lediglich das Freizügigkeitsabkommen sowie das EFTA-Übereinkommen erfasst werden. Zur Klarstellung wäre ein Hinweis sinnvoll, wonach die im Bericht nicht angeführte EMRK keine Beschwerdemöglichkeit beim Bundesgericht verlangt.

**Artikel 84 Absatz 1 Buchstabe b:** Wir befürworten, dass asylrechtliche Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts endgültig bleiben sollen. Hinsichtlich der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts schliessen wir uns der vorgeschlagenen Variante im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf an, wonach dem Gericht keine allgemeine Angemessenheitsüberprüfung mehr obliegen soll, während aber Spezialgesetze Ausnahmen vorsehen können.

**Artikel 93b:** Bei ausländerrechtlichen Zwischenentscheiden (vorsorgliche Massnahmen) sollte die Schwelle zur Beschwerdeerhebung ans Bundesgericht nicht gesenkt werden. Heute ist eine Anrufung des obersten Gerichts wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Willkürverbot etc.) möglich. Dies und die zur Verfügung stehenden kantonalen Rekursinstanzen (bis hin zum Kantonsgericht) erachten wir – namentlich in Fällen der aufschiebenden Wirkung – als rechtsstaatlich ausreichend.

Freundliche Grüsse

Regierungspräsident

Landschreiber

<sup>1</sup> Artikel 16 Absatz 1 StPO

<sup>2</sup> Artikel 6 StPO

<sup>3</sup> Artikel 381 StPO

<sup>4</sup> Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, Ziffer 2.1.4, letzter Abschnitt (Seite 10, s.a. Fussnote 18)



Rathaus, Marktplatz 9  
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 80 54  
Fax: +41 61 267 85 72  
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch  
www.regierungsrat.bs.ch

Per E-Mail an:  
cornelia.perler@bj.admin.ch  
Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Basel, 24. Februar 2016

## **Regierungsratsbeschluss vom 23. Februar 2016**

### **Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) - Vernehmlassungsverfahren**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Revisionsentwurf des Bundesgerichtsgesetzes (BGG), die uns mit Schreiben der Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga, vom 12. November 2015 eingeräumt wurde.

Wir erlauben uns folgende Bemerkungen zur Vernehmlassungsvorlage und zum erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz:

## **1. Allgemein**

Der Kanton Basel-Stadt anerkennt, dass aufgrund der Evaluation der revidierten Bundesrechtspflege das Bedürfnis nach gesetzlichen Korrekturen von verschiedenen Verfahrensabläufen vor Bundesgericht besteht. Allerdings erscheinen nicht alle vorgeschlagenen Lösungen in gleicher Weise nachvollziehbar, zum Teil auch wegen fehlender Auseinandersetzung im erläuternden Bericht.

## **2. Änderungen**

### **2.1 Bundesgerichtsgesetz (BGG)**

#### **2.1.1 Art. 42 Abs. 2 zweiter Satz, 73, 74 Abs. 2 Bst. a, 79 Abs. 2, 83 Abs. 2, 85 Abs. 2, 93a, 93b, 106 Abs. 3, 109 Abs. 1 E-BGG Aufhebung Art. 84 Abs. 2, Art. 98, 5. Kapitel BGG**

Einer der Hauptinhalte der Revision ist im Wesentlichen, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht abgeschafft werden soll und statt dessen in vielen Fällen, in denen nach heutigem Recht grundsätzlich keine Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist, eine solche unter gewissen Voraussetzungen doch zugelassen werden soll. Aus kantonaler Sicht

erscheint es zwar nicht zwingend nötig, an der ohnehin nur eine untergeordnete Rolle spielenden subsidiären Verfassungsbeschwerde festzuhalten. Allerdings stellt sich die Frage, wie durchdacht die vorgeschlagene Lösung der Schaffung eines Ausgleichs durch die Erweiterung der Einheitsbeschwerde durch Einführung der sogenannten Gegenausnahmereglung bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder anderen bedeutenden Fällen ist.

Vorausgesetzt wird für die Behandlung von bisher zum Teil nicht ans Bundesgericht weiterziehbaren Fällen, dass entweder (wie bisher) sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder (neu) aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Dieses Vorhaben lehnt sich an die bestehende Vorschrift von Art. 84 BGG an (im gleichen Sinne Art. 83 Bst. m und Art. 84a BGG). Nach diesen für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen sowie für den Erlass von direkten Steuern und die Amtshilfe in Steuersachen geltenden Bestimmungen liegt ein besonders bedeutender Fall namentlich dann vor, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass elementare Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind oder wenn das Verfahren im Ausland schwere Mängel aufweist (Art. 84 Abs. 2 BGG).

Im erläuternden Bericht (=Bericht) zur Vorlage wird dazu auf S. 6 ausgeführt, dass Beschwerden betreffend Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung die wichtigste Kategorie von besonders bedeutenden Fällen darstellen sollen. Für die Annahme eines besonders bedeutenden Falles ausserhalb dieser Kategorie müsse das Interesse an einer höchstrichterlichen Entscheidung eine ähnliche Intensität aufweisen. Dies könne beispielsweise zutreffen, wenn ein Entscheid direkt oder indirekt viele Personen betreffe, wenn er erhebliche Folgen für die Aufgabenerfüllung eines Gemeinwesens habe oder wenn Anzeichen dafür bestünden, dass die Vorinstanz wichtige Rechtsnormen verletzt habe. Diesen Ausführungen ist bis auf den letzten Nebensatz zu folgen. Dass ein besonders bedeutender Fall vorliege, wenn Anzeichen für eine Verletzung wichtiger Rechtsnormen durch die Vorinstanz bestünden, ist abzulehnen. So erscheint es grundlegend falsch, die Zulässigkeit einer Beschwerde ans Bundesgericht vom vorläufigen Ergebnis einer materiellen Prüfung des angefochtenen Entscheids abhängig zu machen. Wenn das Bundesgericht jeweils generell bei allen an sich unzulässigen Beschwerden im Rahmen der Eintretensfrage prüfen müsste, ob Anzeichen für eine Verletzung von wichtigen Rechtsnormen durch den vorinstanzlichen Entscheid bestehen, so müsste es diesen zumindest in summarischer Weise bereits materiell prüfen. Sodann müsste das Bundesgericht in den Erwägungen ausführen, ob und allenfalls worin allfällige Anzeichen für eine Verletzung von Rechtsnormen bestünden sowie ob und inwiefern eine mögliche Rechtsverletzung sich auf wichtige Vorschriften beziehe. Damit wäre der Aufwand wohl häufig nicht viel geringer, als bei einer vollumfänglichen materiellen Prüfung. Eine solche Rechtsprechung hätte auch eine Vielzahl von Beschwerden zur Folge, denn aus Sicht der Beschwerdeführer kann immer geltend gemacht werden, dass eine wichtige Rechtsnorm verletzt worden sei. Auf diese Weise wäre es auch ein Leichtes, durch die Beschwerdeführung ans Bundesgericht einen Zeitgewinn zu erlangen, selbst wenn letztendlich auf die Beschwerde nicht eingetreten würde. Dass das Bundesgericht, wie im Bericht (S. 25/26) als Ziel erwähnt, Verfahren, in denen diese Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt seien, jeweils innert 1-2 Monaten werde abschliessen können, erscheint zweifelhaft. Schliesslich kann auf diese Weise auch nicht erreicht werden, dass das Bundesgericht weniger Bagatellfälle zu beurteilen hätte und sich auf wichtige Fälle konzentrieren könnte. Auch in einem im Ergebnis völlig unbedeutenden Fall kann die Verletzung wichtiger Rechtsnormen behauptet werden.

Die Spezialbestimmungen von Art. 83 Bst. m, 84 und 84a BGG eignen sich nicht für eine Verallgemeinerung. Dass in den speziellen Bereichen der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen und der internationalen Amtshilfe in Steuersachen, welche verfahrensrechtlich stark durchreglementiert sind, die mögliche Verletzung von elementaren Verfahrensvorschriften zur Zulässigkeit einer Beschwerde ans Bundesgericht führen kann, mag gerechtfertigt sein. Der oben angeführte Einwand, dass die Eintretensfrage nicht vom Ergebnis einer materiellen Frage abhängig sein sollte, gilt zwar auch hier. Immerhin geht es dabei nur um relativ wenige Fälle und um besondere, eng abgegrenzte Spezialgebiete mit verfahrensrechtlichen Besonderheiten. Auch die Fälle gemäss Art. 83 Bst. m BGG betr. den Erlass der direkten Bundessteuer und der kantonalen Ein-

kommens- und Gewinnsteuer betreffen einen eng umgrenzten Bereich mit klar umschriebenen verfahrensrechtlichen Regelungen.

Besonders problematisch ist die vorgesehene Regelung (Art. 93b E-BGG) in jenen Bereichen, in welchen nach dem geltenden Recht die Kognition beschränkt ist, vor allem bei Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 98 BGG (nur Prüfung der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten). Wie dazu im Bericht (S. 23, 24) ausgeführt wird, soll neu unter der Voraussetzung des Vorliegens eines besonders bedeutenden Falles eine Prüfung der Gesetzmässigkeit von vorsorglichen Massnahmen erfolgen; die Schwelle der Willkür müsse nicht erreicht sein. Dies wird umso mehr Auswirkungen haben, als vorsorgliche Massnahmen in grosser Zahl in allen Rechtsgebieten ergehen. Gerade auch in diesem Bereich erscheint die abschliessende Behauptung im Bericht (S. 33 unter 4. Auswirkungen), wonach die Mehrbelastung des Bundesgerichts durch die Öffnung des Rechtswegs bei allen Fällen von besonderer Bedeutung durch die vorgesehenen Entlastungsmassnahmen kompensiert würde, als zweifelhaft.

Die generelle Zulassung von Beschwerden ans Bundesgericht, wenn ein besonders bedeutender Fall vorliegt, ist schliesslich auch deshalb abzulehnen, weil dieser Begriff absolut unbestimmt ist und im Gesetz in keiner Weise konkretisiert werden soll. Die Bestimmung von Art. 84 Abs. 2 BGG, welche eine rudimentäre Definition enthält, soll ersatzlos wegfallen. Dabei fällt auf, dass nach dieser geltenden Vorschrift ein Fall von besonderer Bedeutung u.a. dann vorliegt, wenn Anhaltspunkte für eine Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze bestehen. Neu soll nach den Ausführungen im Bericht offenbar eine erheblich weitere Auslegung stattfinden, indem an einer Stelle (S. 6) davon die Rede ist, dass künftig eine an sich unzulässige Beschwerde ans Bundesgericht doch möglich sein soll, wenn Anzeichen für eine Verletzung wichtiger Rechtsnormen bestünden, und andernorts (S. 23) die Prüfung der Gesetzmässigkeit von vorsorglichen Massnahmen erwähnt wird. Allein diese Aufzählung belegt, dass der Begriff des besonders bedeutenden Falles nach Belieben wird ausgelegt werden können, so dass keinerlei Rechtssicherheit garantiert ist. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht bzw. dessen verschiedene Abteilungen seit einigen Jahren zum Teil auch in wichtigen Fragen keine einheitliche Rechtsprechung pflegen. Diese Unsicherheit, ob im konkreten Fall eine Beschwerde als zulässig erachtet werden wird, ist vor allem den Recht suchenden Personen und ihren Anwältinnen und Anwälten nicht zuzumuten.

Wenn somit eine Beschwerde zugelassen werden soll, wenn ein besonders bedeutender Fall vorliegt, so sollte ein solcher im Gesetz definiert werden. Dabei sollten aber allein der Gegenstand des Verfahrens und mögliche Auswirkungen desselben für die Qualifizierung als besonders bedeutender Fall massgeblich sein. Wie auf S. 6 des erläuternden Berichts ausgeführt wird, kann ein Entscheid z.B. direkt oder indirekt viele Personen betreffen oder erhebliche Folgen für die Aufgabenerfüllung eines Gemeinwesens haben. Ergänzend sollte im Bericht festgehalten werden, dass beim Entscheid über das Vorliegen eines besonders bedeutenden Falles gerade keine Gesichtspunkte massgeblich sein dürfen, welche eine (auch nur summarische) materielle Prüfung voraussetzen.

### 2.1.2 Art. 79 E-BGG

**Abs. 1 Bst. a:** Aus rechtlicher Sicht spricht nichts dagegen, dass künftig wegen der Verurteilung zu einer Busse bis 5'000 Franken wegen Übertretungen nicht mehr die Beschwerde an das Bundesgericht geführt werden kann, besonders da solche Verurteilungen keinen Eintrag ins Strafregister nach sich ziehen.

**Abs. 1 Bst. c:** Eine gewisse Verminderung der Arbeitslast des Bundesgerichts wird sich dadurch ergeben, dass die Entscheide der kantonalen Beschwerdeinstanzen nur noch anfechtbar sein sollen, wenn es um Zwangsmassnahmen oder Verfahrenseinstellungen geht. Dagegen ist nichts einzuwenden. Allerdings sind schon jetzt zahlreiche Beschwerdeentscheide der letzten kantona-

len Instanzen nicht beim Bundesgericht anfechtbar, weil es meist um Zwischenentscheide geht, die keine nicht wiedergutzumachenden Nachteile zur Folge haben.

### **2.1.3 Art. 79a E-BGG**

Soll nur der Entscheid über die Zivilansprüche beim Bundesgericht angefochten werden, sollen die Streitwertgrenzen für die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 74 BGG massgeblich sein. Diese Regelung ist der vorgeschlagenen Variante vom Art. 79a E-BGG vorzuziehen, wonach auch bei Weiterzug des Entscheids im Strafpunkt für die Anfechtung der Entscheide über die Zivilansprüche und über die Zusprechung einer staatlichen Entschädigung und Genugtuung an die beschuldigte Person die zivilprozessualen Streitwertgrenzen gelten sollen. Hier muss die berechtigte Person im Falle einer Gutheissung der Beschwerde gegen die strafrechtliche Beurteilung eine Revision gegen den Entscheid über die Zivilansprüche verlangen, was unnötig kompliziert und für alle Beteiligten aufwendig ist. Zudem besteht das Risiko, dass die für das Revisionsbegehren geltende, relativ kurze Frist von 90 Tagen abläuft, so dass die Diskrepanz zwischen dem Entscheid über den Strafpunkt und jenem über die Zivilansprüche bestehen bleibt und insofern eine unbillige Situation resultiert. Dementsprechend kann auf den neuen Revisionsgrund von Art. 410 Abs. 5 Bst. a und b StPO verzichtet werden.

### **2.1.4 Art. 80 Abs. 2 E-BGG in Verbindung mit**

**Art. 40 Abs. 1, 59 Abs. 1 Einleitungssatz, 125 Abs. 2 erster Satz, 150 Abs. 2 zweiter Satz, 186 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3, 248 Abs. 3 Einleitungssatz, 440 Abs. 3 E-StPO sowie Art. 393 Abs. 1 Bst. c E-StPO**

Neu sollen die Entscheide einer ersten gerichtlichen Instanz nach den aufgeführten Gesetzesbestimmungen bei der kantonalen Beschwerdeinstanz anfechtbar sein. Das entspricht der schon weitgehend im BGG umgesetzten Auffassung des Bundesgerichts, wonach es in keinem Fall erste Rechtsmittelinstanz sein will (Konzept der «double instance»). Grundsätzlich ist der vorliegend geplante Verzicht auf bisherige Ausnahmen vom Prinzip der «double instance» im Sinne der Vereinheitlichung der Verfahren und der Rechtssicherheit nachvollziehbar. Aus dieser Erweiterung der Anfechtungsobjekte der Beschwerde nach der StPO wird aber neben der Entlastung des Bundesgerichts zweifellos eine Mehrbelastung der oberen kantonalen Gerichte resultieren. Wie gross diese sein wird, ist gegenwärtig nicht abzuschätzen (siehe hinten unter Auswirkungen auf die Kantone).

### **2.1.5 Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 E-BGG**

Die Einschränkung des Zugangs zur Beschwerde in Strafsachen in gewissen Fällen von Privatklägerschaft erscheint aufgrund der offenbar grossen Anzahl von solchen Beschwerden mit geringer Erfolgsquote als nachvollziehbar.

### **2.1.6 Art. 83 E-BGG**

#### **Allgemein**

Die Kompliziertheit der Regelung von Art. 83 BGG ist bereits heute kaum zu überbieten. Wenn schon eine weitere Revision erfolgen soll, sollte eine effektivere Vereinfachung geprüft werden als vorliegend vorgeschlagen, damit nicht mehr nur Spezialisten des öffentlichen Prozessrechts den Ausnahmekatalog verstehen. Besonders die vorgesehene Bestimmung von Art. 83 Abs. 2 E-BGG sollte unter diesem Gesichtspunkt überprüft werden. Danach ist, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt, die Beschwerde gegen Entscheide nach Abs. 1 zulässig, mit Ausnahme der Buchstaben p und u. Somit enthält Art. 83 Abs. 1 BGG den Katalog der Ausnahmen von der Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, wovon Abs. 2 jene Ausnahmen vorsieht, in denen die Beschwerde doch zugelassen wird, worauf im letzten Teil von Abs. 2 wieder die Ausnahmen (Buchstaben p und u) von dieser Ausnahme zu finden sind, wo die Beschwerde dann doch wieder nicht zulässig ist. Analoges gilt für Art. 83 Abs. 3 E-BGG, wonach

Abs. 2 auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen nur auf Entscheide über bestimmte Gegenstände anwendbar ist.

### **Abs. 1 Bst. b**

Als eine der Hauptentlastungsmassnahmen für das Bundesgericht wird in der vorliegenden Vorlage an mehreren Stellen die Einschränkung des Zugangs an das Bundesgericht im Ausländerrecht genannt. Dies zwar gleich an mehreren Stellen (Bericht S. 6, 9, 19), aber um einigermaßen nachvollziehen zu können, inwiefern auf diesem Gebiet Änderungen zum heutigen Recht, das hier ja schon einige Ausnahmen vom Zugang an das Bundesgericht kennt, vorgenommen werden sollen, müssen dennoch umfangreiche Abklärungen getroffen werden. Denn der Bericht enthält keinerlei Angaben über die mit der Revision ins Auge gefassten Fallkonstellationen oder Zahlen. Das ist bei der bundesrätlichen Botschaft auf jeden Fall zu ändern.

Möglicherweise führte eine nähere Auseinandersetzung mit der Thematik auch zur Beantwortung der Frage, wie es verfassungsrechtlich sein kann und ob es gewollt ist, dass der Zugang zum Bundesgericht für Schweizer Bürgerinnen und Bürger in ausländerrechtlichen Fällen offenbar eingeschränkter geregelt wird als für Ausländerinnen und Ausländer: Denn soweit ersichtlich kann ein Schweizer Bürger, dem von den kantonalen Vorinstanzen ein Familiennachzug von ausländischen Staatsangehörigen verweigert wurde neu nicht mehr ans Bundesgericht gelangen, da er weder unter Ziff. 1 noch unter Ziff. 2 von Art. 83 Abs. 1 Bst. b E-BGG zu subsumieren ist. Demgegenüber kann ein Ausländer mit z.B. einer Niederlassungsbewilligung einen solchen Familiennachzugsfall an das Bundesgericht weiterziehen. Es scheint auch ein grundlegender Systemwechsel dahingehend vorgenommen worden zu sein, dass es neu nicht mehr auf das Bestehen eines Anspruches z.B. nach AuG für die Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht, sondern nur noch auf den Titel und die Dauer des Aufenthaltes ankommen soll, was durchaus im Bericht näher erklärt werden könnte.

Sofern richtig interpretiert, sollen im Gegensatz zu heute künftig beispielsweise folgende Fälle vom letzten kantonalen Gericht nicht mehr an das Bundesgericht weitergezogen werden können: Beschwerden von Ausländern, die sich entgegen dem Vorentscheid darauf berufen, dass ihre Ehe zwar aufgelöst worden sei (Scheidung, Tod), aber drei Jahre bestanden habe und sie gut integriert seien oder aber eine Rückkehr in die Heimat aus wichtigen persönlichen Gründen nicht möglich sei (Art. 50 Abs. 1 lit. a und b AuG). Ebenso kann nicht mehr ans Bundesgericht gelangt werden, wenn jemandem vorgeworfen wird, eine Scheinehe eingegangen zu sein oder sich rechtsmissbräuchlich auf eine Ehe zu berufen, die tatsächlich nicht mehr besteht (Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a AuG). Oder aber wenn einem Ausländer die Einreise verweigert wird, weil er Widerrufungsgründe erfüllt (v.a. frühere Straffälligkeit; Art. 51 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. b AuG). Neu werden diese Personen in aller Regel nicht mehr ans Bundesgericht gelangen können, weil sie sich nicht 10 Jahre hier aufhalten und fast ausschliesslich nur eine Aufenthaltsbewilligung haben. Es stellt sich letztlich die Frage, wie gross die Entlastung des Bundesgerichtes dadurch sein wird.

Aus kantonomer Sicht ist zur geplanten Zugangsbeschränkung zum Bundesgericht festzuhalten, dass es zwar grundsätzlich im Sinne des Kantons liegt, dass etwa eine Wegweisung einer Ausländerin oder eines Ausländers schneller vollzogen werden kann, da die entsprechenden Entscheide schneller rechtskräftig werden. Nicht ausser Acht gelassen werden kann aber auch die Tatsache, dass sich im Ausländerrecht viele grundlegende Fragen stellen, mit denen sich das Bundesgericht möglicherweise im Rahmen von Art. 83 Abs. 2 E-BGG dennoch relativ zahlreich befassen sollte, gerade weil es für die Kantone hilfreich ist und der Rechtssicherheit dient, wenn auf diesem komplexen und in stetigem Wandel begriffenen Gebiet eine einheitliche Rechtsprechung auf Bundesebene besteht.

Die Formulierung der Zugangsbeschränkung im Ausländerrecht ist kritisch zu überprüfen, allenfalls zu überarbeiten und auf jeden Fall vertiefter zu kommentieren.

### **Abs. 1 Bst. e**

Gemäss Art. 83 Bst. e E-BGG sollen neu Entscheide im öffentlichen Beschaffungswesen nach den allgemeinen Einschränkungen (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder sonst besonders bedeutender Fall) anfechtbar sein, wohingegen der Beschaffungswert keine unmittelbare Voraussetzung für die Zulassung der Beschwerde ans Bundesgericht mehr bildet. Damit soll eine klare inhaltliche Begrenzung der Zulässigkeit dieses Rechtsmittels zu Gunsten der weitgehend unbestimmten allgemeinen Zulassungskriterien aufgegeben werden, was nicht sehr sinnvoll erscheint.

### **2.1.7 Art. 84 E-BGG**

Diejenigen ausländerrechtlichen Fälle, die aufgrund eines anderen Verfahrensweges an das Bundesverwaltungsgericht gehen und neu in grösserer Zahl als bisher nicht mehr an das Bundesgericht weiterziehbar sein sollen, werden immerhin von einem gesamtschweizerischen Gericht behandelt, das für eine einheitliche Rechtsprechung sorgen kann. Allerdings sollte auch hier im Bericht mehr auf die einzelnen Fallkategorien eingegangen werden um die nötige Klarheit über die Folgen der Gesetzesänderung zu schaffen (siehe oben Art. 83 E-BGG).

Ausserdem wird nicht begründet und ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb in einem Rechtsgebiet und bei einer bestimmten Vorinstanz des Bundesgerichts eine spezielle Sonderregelung zur Ermittlung der Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung eingeführt werden soll. Das Bundesverwaltungsgericht soll neu selbst entscheiden, ob seinen eigenen Entscheiden im Ausländerrecht eine grundsätzliche Bedeutung und damit die Beschwerdefähigkeit zuzumessen sei. Dass der ausnahmsweise Zugang zum Bundesgericht einzig im Ermessen der Vorinstanz liegen soll, wird abgelehnt. Dabei darf auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass dieser Entscheid letztlich nicht einmal der Entscheid des urteilenden Bundesverwaltungsgerichts wäre, sondern gemäss Art. 21 Abs. 2 E VGG bereits während der Verfahrensinstruktion von einem einzelnen Bundesverwaltungsrichter gefällt würde, indem dieser über die Einberufung eines Fünfergerichts bei Grundsatzfragen entscheiden muss.

Ähnlich wie bei Art. 83 E-BGG ist die Formulierung der Zugangsbeschränkung im Ausländerrecht zu überprüfen, zu überarbeiten und vertiefter zu kommentieren.

## **2.2 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)**

### **2.2.1 Art. 49 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 E-VwVG**

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Rüge der Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht mehr möglich sein soll. Interessant ist dabei, dass der Bundesrat diese Beschränkung der Kognition entgegen der Haltung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts einführen will. Es gilt zu bedenken, dass dadurch vom Bundesverwaltungsgericht neue Abgrenzungsfragen über den Unterschied von Ermessens- zu Rechtsfragen entschieden werden müssen, die letztlich nicht zu einer Entlastung des Bundesverwaltungsgerichts beitragen. Zudem stellt sich zu Recht die Frage, ob es nicht rechtsstaatlich notwendig ist, dass Entscheide von verfügenden Bundesbehörden wenigstens einmal auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden können.

Bei einem Verzicht auf die vorgesehene Änderung müssen auch alle anderen Gesetzesbestimmungen, die im vorliegenden Entwurf in Verbindung mit der Änderung von Art. 49 E-VwVG geändert werden sollen, noch einmal überarbeitet werden (Bericht S. 28 ff.).

## **2.3 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VGG)**

### **2.3.1 Art. 21 Abs. 2 E-VGG**

Siehe unter Art. 84 E-BGG

### **2.3.2 Art. 32 Abs. 1 Bst. f E-VGG**

Gegen die Ausnahme von der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen die Festlegung und Genehmigung geografischer Namen ist an sich nichts einzuwenden. Allerdings wird im Bericht so ganz nebenbei – es sei dahingestellt, ob bewusst oder unbeabsichtigt – Stellung zu einer bis noch vor nicht allzu langer Zeit zwar sehr selten aber dann kontrovers diskutierten Frage genommen, indem der Bericht die Aussage enthält, dass die Festlegung eines geografischen Namens «eigentlich keine / ohnehin kaum eine Verfügung» sei (Bericht S. 11 und S. 29). Spätestens seit der Einführung von Art. 25a VwVG gehen die vermehrt vorgenommenen Analysen zwar wohl zu Recht in Richtung Realakt (zuletzt Daniel Kettiger, Verfahrensrechtliche Fragen hinsichtlich Strassennamen und Gebäudeadressierungen, in: Jusletter 11. August 2014), aber alle Unklarheiten bezüglich einer möglichen Anfechtbarkeit sind damit noch nicht ausgeräumt. Gerade für die Festlegung von Strassennamen (kantonale Kompetenz, Art. 26 GeoNV) kann die Kurzbemerkung im vorliegenden Bericht Auswirkungen auf das kantonale Verfahren haben, weshalb eine etwas weniger nonchalante Auseinandersetzung mit der Thematik wünschbar wäre.

## **2.4 Strafprozessordnung (StPO)**

### **2.4.1 Art. 40 Abs. 1, 59 Abs. 1 Einleitungssatz, 125 Abs. 2 erster Satz, 150 Abs. 2 zweiter Satz, 186 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3, 248 Abs. 3 Einleitungssatz, 440 Abs. 3 E-StPO sowie Art. 393 Abs. 1 Bst. c E-StPO**

Siehe oben unter Art. 80 Abs. 2 E-BGG

### **2.4.2 Art. 135 Abs. 3 E-StPO**

Ohne weiteres zu begrüssen ist die Bereinigung des Instanzenwegs bei Beschwerden gegen Entscheide des Berufungsgerichts und der Beschwerdeinstanz über die Entschädigungen der amtlichen Verteidigung. Die jetzt bestehende teilweise Zuständigkeit des Bundesstrafgerichts ist kompliziert und systemwidrig.

## **2.5 Verzicht auf Änderung beim Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte**

Dieser gänzliche Verzicht auf eine Revision im Bereich der politischen Rechte wird nicht begrüsst. Ein funktionierender Rechtsschutz gegen geltend gemachte, mehrere Kantone betreffende Unregelmässigkeiten bei Nationalratswahlen oder eidgenössischen Volksabstimmungen sollte nicht dergestalt funktionieren, dass zwar ein Verfahren vor den Kantonsregierungen nötig ist, dieses aber nur eine Durchlaufstation darstellt. Die im Bericht (S. 15) abgebildete Haltung des Bundesrates, dass sowohl der Rechtsschutz als auch der einzuschlagende Rechtsweg aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in diesen Fällen klar sei, kann nicht als Begründung für die Beibehaltung dieses mit viel Aufwand für die Beschwerdeführenden und die Kantonsregierungen verbundenen aber letztlich inhaltsleeren Umweges über die Kantonsregierungen erhalten (dazu Christoph Auer in ZBI 117/2016 S. 43 ff.).

Im Rahmen der vorliegenden Revision sollte demnach im Bundesgesetz über die politischen Rechte (Art. 77 ff. BPR) in Verbindung mit dem BGG der direkte Rechtsweg an das Bundesgericht in all jenen Fällen vorgesehen werden, in denen sich die behaupteten Unregelmässigkeiten bei den Wahlen und Abstimmungen auf mehrere Kantone auswirken können.

### 3. Auswirkungen auf die Kantone

Die abschliessende Bemerkung im erläuternden Bericht unter «4 Auswirkungen», wonach die Zulassung der Beschwerde gemäss StPO gegen alle Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts, d.h. die konsequentere Umsetzung des Grundsatzes der «double instance» nur geringfügige Auswirkungen für die Kantone haben dürfte, ist eine durch nichts belegte Behauptung. Dies gilt umso mehr, als der Zugang zur kantonalen Beschwerdeinstanz erheblich leichter und in der Regel auch erfolgversprechender ist als jener ans Bundesgericht. Demzufolge ist aus der Zahl der in den vergangenen Jahren direkt beim Bundesgericht erhobenen Beschwerden gegen die erstinstanzlichen Entscheide der kantonalen Gerichte in Strafsachen nicht ohne weiteres auf die Zahl der zu erwartenden Beschwerden an die kantonalen Beschwerdeinstanzen zu schliessen. Dadurch, dass alle Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts, auch in komplexen und daher aufwendigen Fällen (wie z.B. Entsigelungsverfahren) und weitere von der ersten Instanz gefällten Entscheide neu im Kanton beschwerdefähig sein werden, wird der Aufwand der kantonalen Beschwerdeinstanzen spürbar ansteigen und unter Umständen auch mit höheren Kosten verbunden sein.

Eine Zunahme des Aufwands bei der letzten kantonalen Instanz ist auch denkbar aufgrund der vorgesehenen Zulassung einer Beschwerde ans Bundesgericht gegen fast alle Entscheide, wenn ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Dies gilt vor allem dann, wenn ein solcher mit dem materiellen Einwand einer Verletzung von (wichtigen) Rechtsnormen sollte geltend gemacht werden können. Dazu werden im kantonalen Entscheid häufig keine Erwägungen zu finden sein. In solchen Fällen ist nicht auszuschliessen, dass das Bundesgericht die kantonale Vorinstanz zur Stellungnahme auffordern wird.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassungsantwort.

Mit freundlichen Grüssen  
Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

  
Dr. Guy Morin  
Präsident

  
Barbara Schüpbach-Guggenbühl  
Staatsschreiberin

Postgasse 68  
3000 Bern 8  
www.rr.be.ch  
info.regierungsrat@sta.be.ch

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Per E-Mail ([cornelia.perler@bj.admin.ch](mailto:cornelia.perler@bj.admin.ch))

17. Februar 2016

RRB-Nr.: 174/2016  
Direktion Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion  
Unser Zeichen 11.36-15.62 SAB  
Ihr Zeichen  
Klassifizierung Nicht klassifiziert



**Vernehmlassung des Bundes: Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht  
(Bundesgerichtsgesetz, BGG)  
Stellungnahme des Kantons Bern**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zur erwähnten Vorlage Stellung nehmen zu können.  
Der Kanton Bern möchte dazu folgende Bemerkungen anbringen:

1. *Streichung der subsidiären Verfassungsbeschwerde*

Zentraler Punkt der Vorlage ist, dass in den Bereichen, in denen die ordentliche Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen ist, der Zugang zum Bundesgericht im Sinne einer Gegenausnahme ausnahmsweise geöffnet werden soll, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Im Gegenzug soll die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, die laut Bundesrat eine ähnliche Auffangfunktion hatte, gestrichen werden.

Der Regierungsrat hat ernsthafte, nicht aus dem Weg zu räumende Bedenken, ob die neu eingeführten Gegenausnahmen einen gleichwertigen Ersatz für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde bieten können. Wir schliessen uns der Kritik von Prof. Ulrich Zimmerli (in NZZ vom 4.12.2015, S. 12) an, welcher beanstandet, damit werde ein verkapptes «Annahmeverfahren» eingeführt – ein Verfahren also, welches das Parlament anlässlich

der letzten Totalrevision der Bundesrechtspflege abgelehnt hatte. Zu ergänzen ist, dass aus den gleichen Gründen die vereinfachte Vorprüfung, ob eine «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» vorliegt, bereits bei den heute geltenden Art. 74 Abs. 2 Bst. a und Art. 85 Abs. 2 BGG in der Lehre kritisiert worden ist (Beat Rudin, in Basler Kommentar zum BGG, 2. Aufl. 2011, Art. 74 N. 58, Art. 85 N. 40).

Laut Prof. Zimmerli hat die Gegen Ausnahme der «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» bzw. des «besonders bedeutenden Falles» zur Folge, dass in der Beschwerdeschrift ausgeführt werden müsse, warum diese Voraussetzung erfüllt sei. Bei ungenügender Beschwerdebegründung werde auf die Beschwerde nicht eingetreten. Demgegenüber habe man bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde – sofern man eine gehörige Begründung vorbringe – einen Rechtsanspruch darauf, dass sich das Bundesgericht materiell mit der Sache befasse. Über Nichteintreten werde in Dreierbesetzung entschieden (Art. 109 nAbs. 1), wobei in der Regel solche Entscheide selbst dann auf dem Weg der Aktenzirkulation gefällt werden könnten, wenn sich keine Einstimmigkeit ergebe. Der Bundesrat erwarte, dass solche Nichteintretensentscheide in vielen Fällen wohl ohne vorgängigen Schriftenwechsel getroffen werden könnten (Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, Kommentar zu Art. 109 Abs. 1). Prof. Zimmerli kritisiert, dies stehe im Widerspruch zur Absicht des Bundesrates, den Rechtsschutz zu erweitern. Er macht auch darauf aufmerksam, dass Beschwerdeführer einer anwaltlichen Vertretung bedürften, um beurteilen zu können, ob ihr Fall «besonders bedeutend» sei.

Aus diesen Gründen erachtet der Regierungsrat des Kantons Bern den Verzicht auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde als problematisch. Daran ändern die Vorteile nichts, die die neuen Gegen Ausnahmen bei der Einheitsbeschwerde (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, besonders bedeutender Fall) gegenüber der subsidiären Verfassungsbeschwerde haben. Dabei ist allerdings gleich wieder einschränkend hinzuzufügen, dass die fragliche Gegen Ausnahme als unbestimmter Rechtsbegriff unscharf formuliert ist, so dass das neue System aus Sicht der Rechtssuchenden unberechenbarer wird. Der Bundesrat unterstreicht selbst, von den Geschäftszahlen her spiele die subsidiäre Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht nur eine untergeordnete Rolle (Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, S. 8). Der Verzicht auf dieses Rechtsmittel kann deshalb nicht mit der Entlastung des Bundesgerichts begründet werden.

Die Gerichte und die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, die der Regierungsrat um seine Meinung zur vorliegenden Revision des BGG angefragt hatte, beurteilen die Streichung der subsidiären Verfassungsbeschwerde unter dem Aspekt der «Verwesentlichung» der Fälle, die an das Bundesgericht gehen, als sachgerecht. Insbesondere werde die Wahl des Rechtsmittels durch die Streichung der subsidiären Verfassungsbeschwerde vereinfacht, weil allein die Einheitsbeschwerde zur Verfügung stehe; zudem werde in gewissen Bereichen der Rechtsschutz erweitert. Trotzdem lassen sich gewisse Bedenken der Rechtssuchenden zu diesem Systemwechsel nicht ganz ausräumen (vgl. auch die oben erwähnte Kritik von Prof. Ulrich Zimmerli).

2. *Art. 46 Abs. 2 (Stillstand)*

*Bst. b (Volkswahlen und –abstimmungen)*

Art. 46 Abs. 2 BGG wurde erst kürzlich im Rahmen der letzten Revision des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR) geändert (vgl. AS 2015 543, BBl 2013 9217). Diese Änderungen traten am 1. November 2015 in Kraft. Aus unserer Sicht ist nicht nachvollziehbar, warum gemäss Revisionsvorlage zum BGG diese Bestimmung terminologisch erneut angepasst werden muss und der (Ober-)Begriff der «Stimmrechtssachen» durch «Volkswahlen und -abstimmungen» ersetzt werden soll. Wenn damit gemeint sein soll, dass nur für den Bereich der «Volkswahlen und -abstimmungen» der Fristenstillstand nicht gelten soll, für andere Beschwerden in Stimmrechtssachen aber doch (z.B. zu Fragen des Stimm- und Wahlrechts oder des Zustandekommens und Scheiterns von Initiativen oder Referenden), müsste der erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsentwurf entsprechend ergänzt werden. Es ist zu beachten, dass laut Randtitel von Art. 88 BGG «Stimmrechtssachen» der Oberbegriff für die Materien der politischen Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen sowie der Volkswahlen und –abstimmungen ist. Der Randtitel des neuen Art. 101a BGG bestätigt dies (vgl. auch dessen Abs. 3).

*Bst. f (neuer Vorschlag betr. Untersuchungshaft)*

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt der gesetzliche Fristenstillstand nicht für die Untersuchungshaft sowie deren Vollzugsmodalitäten und Ersatzmassnahmen (BGer 1B\_275/2015 vom 29.9.2015). Wir regen an, Abs. 2 unter Bst. f mit diesen Fällen zu ergänzen.

3. *Art. 73 (Markenrecht)*

Die Vernehmlassungsvorlage beseitigt die von der «Swissness-Novelle» (AS 2015 3631 ff.) zwischen dem Widerspruchs- und dem Lösungsverfahren im Markenrecht geschaffene Asymmetrie der Instanzenzüge und die damit verbundene Rechtsunsicherheit nicht hinreichend. Im Markenwiderspruchsverfahren (Art. 31 des Bundesgesetzes vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben [MSchG; SR 232.11]) soll der bisher beim Bundesverwaltungsgericht endende Instanzenzug um die Möglichkeit der Beschwerde an das Bundesgericht erweitert werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Demgegenüber könnten im neuen Lösungsverfahren der «Swissness-Novelle» (Art. 35a - 35c revMSchG) mangels Ausnahme im BGG Urteile des Bundesverwaltungsgerichts weiterhin ohne Einschränkung beim Bundesgericht angefochten werden. Diese Ungereimtheit ist zu vermeiden. In Art. 73 ist für das Widerspruchs- und das Lösungsverfahren gleichermassen eine bedingte Zuständigkeit des Bundesgerichts bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fällen vorzusehen.

4. *Art. 79 (Ausnahmen von der Beschwerde in Strafsachen)*

*Abs. 1 Bst. c (Beschwerde gegen Entscheide der kant. Beschwerdeinstanzen)*

Die Entscheide der Beschwerdeinstanzen nach Art. 20 StPO sollen neu nur noch angefochten werden können, wenn sie Zwangsmassnahmen oder Einstellungsverfügungen betreffen. Vorbehalten bleiben Fälle, auf welche das Bundesgericht eintritt, weil sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Diese Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht lehnt der Kanton Bern aus folgenden Gründen ab:

Grundsätzlich nicht mehr angefochten werden könnten nämlich etwa Fragen wie der Beizug oder die Verweigerung des Beizugs einer Verteidigung oder auch Fragen der Teilnahmerechte der Parteien an den Untersuchungshandlungen der Staatsanwaltschaft. Zu solchen und ähnlichen Fragen hat das Bundesgericht seit Inkraftsetzung der StPO wichtige Leitentscheide gefällt und damit überhaupt die Voraussetzungen für eine einheitliche Anwendung der StPO in der ganzen Schweiz geschaffen. Die Änderung würde dazu führen, dass der mit der Inkraftsetzung der StPO eingeschlagene Weg zu einer einheitlichen Strafprozessrechtskultur hindernisreicher und länger würde, wenn es nicht gar zu einem Marschhalt käme. Es gibt zu zahlreichen Fragen der StPO noch keine gefestigte landesweite Praxis. Zwar würde der Rechtsschutz in diesen Bereichen nicht endgültig entfallen. Die Fragen könnten dem Bundesgericht im Rahmen der Beschwerde in Strafsachen gegen ein kantonales Berufungsurteil immer noch zur Prüfung vorgelegt werden, sofern es dem Beschwerdeführer gelingt, ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an der streitigen Frage glaubhaft zu machen. Aus einer prozessualen Gesamtsicht heraus ist es aber weder wünschenswert noch prozessökonomisch, wenn wichtige Fragen, die sich im Untersuchungsverfahren stellen, erst mit der Beschwerde in Strafsachen gegen den kantonalen Berufungsentscheid verbindlich geklärt werden können. Das gilt umso mehr, als dass aufgrund der Bestimmungen der StPO die wichtigen Weichen im Untersuchungsverfahren gestellt werden und der Staatsanwaltschaft in diesem Verfahrensstadium weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten und Kompetenzen zukommen. Die Rechtsmittelmöglichkeiten bilden die entsprechende Ergänzung.

Dazu kommt, dass es schwierig ist, abschliessend anzugeben, welche Auswirkungen diese neuen Beschränkungen im Einzelnen auf die Strafrechtspflege hätten. Aus dem Bericht des Bundesrates ergeben sich keine Hinweise darauf. Es greift jedenfalls zu kurz, wenn dieser Teil der Revision von Art. 79 BGG einzig nach Massgabe des Kriteriums der Entlastung des Bundesgerichts abgehandelt wird, zumal sich aus dem Bericht nicht ergibt, in welchem Umfang diese Änderung zu einer Entlastung des Bundesgerichts führen würde.

#### *Abs. 1 Bst. b und c (Nichtanhandnahme)*

Es sollte klargestellt werden, was neu gelten soll, wenn eine Strafuntersuchung nicht an die Hand genommen wird. Die Praxis bedient sich dieses Instruments regelmässig. Die faktischen Auswirkungen einer Nichtanhandnahmeverfügung sind etwa für einen geschädigten Anzeiger nahezu die gleichen wie die einer *Einstellungsverfügung*.

#### *Abs. 2 (Gegenausnahme)*

Zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung regen wir an, Abs. 2 mit denjenigen Fällen zu ergänzen, in denen sich eine Rechtsfrage stellt, deren Behandlung *zur Wahrung der*

*Parteirechte* eine gesamtschweizerisch einheitliche Praxis erfordert. Wie oben zu Abs. 1 Bst. c ausgeführt, hat das Bundesgericht auf diesem Gebiet wichtige Leitentscheide gefällt, die der schweizweiten einheitlichen Anwendung der StPO den Weg geebnet haben. Deshalb sollte durch eine Ergänzung von Abs. 2 sichergestellt werden, dass bei Fragen im Zusammenhang mit der Wahrung der Parteirechte die Rechtsvereinheitlichung nicht gefährdet ist.

5. *Art. 79a (Streitwertgrenzen - Variante)*

Wenn eine wesentliche Entlastung des Bundesgerichts angestrebt werden soll, verdient Art. 79a gegenüber der Variante den Vorzug. Demgegenüber erachten wir die in der Variante vorgesehene Streitwertgrenze für die in Abs. 1 Bst. b genannten Fälle (staatliche Entschädigung oder Genugtuung) als nicht sachgerecht. Der Anspruch der beschuldigten Person auf eine staatliche Entschädigung oder Genugtuung gemäss Art. 429 und 431 StPO gab Anlass zu einer umfangreichen Rechtsprechung des Bundesgerichts, ohne dass alle Fragen abschliessend geklärt werden konnten. Es besteht weiterhin ein Interesse an der Zulässigkeit solcher Beschwerden. Zudem werden die Entschädigungen mit öffentlichen Geldern bezahlt und können mit Forderungen des Staates verrechnet werden. Für diese Fälle reicht es nicht aus, die Beschwerde nur ausnahmsweise zuzulassen. Wir beantragen deshalb in der Variante die Streichung von Abs. 1 Bst. b.

6. *Art. 80 Abs. 2 (Vorinstanzen; Ausnahmen vom Grundsatz der double instance)*

Betroffen von der Streichung der Ausnahme sind folgende Bestimmungen der StPO: Art. 40 Abs. 1, 59 Abs. 1 Einleitungssatz, 125 Abs. 2 erster Satz, 150 Abs. 2 zweiter Satz, 186 Abs. 2 zweiter Satz und Abs. 3, 248 Abs. 3 Einleitungssatz, 440 Abs. 3. Das Bundesgericht hat sich mit den ihm durch die eidgenössischen Prozessordnungen neu zugewiesenen Aufgaben in verschiedener Hinsicht schwergetan und den expliziten Willen des Gesetzgebers als systemwidrige Ausnahme vom Grundsatz der double instance bezeichnet. Dazu kann man mit guten Gründen eine andere Meinung vertreten. Dennoch kann die beabsichtigte Streichung des letzten Satzes von Art. 80 Abs. 2 BGG im Sinne der angestrebten Entlastung des höchsten Gerichts unterstützt werden. Mit aller Deutlichkeit halten wir aber fest, dass das Vorhaben konkrete Auswirkungen auf die kantonalen Gerichte haben wird. Die Ausführungen auf S. 33 des Berichts, wonach die Vorlage keine finanziellen und personellen Auswirkungen auf die Kantone habe, ist unzutreffend. Das Bundesgericht, das im Vergleich zu den kantonalen Gerichtsbehörden relativ grosszügig mit Ressourcen versorgt ist, hat im Urteil BGer 1B\_595/2011 vom 21.3.2012 am Beispiel eines komplexeren Entsiegelungsverfahrens ausgeführt, es sei für derartige umfangreiche und zeitaufwändige Verfahren nicht genügend dotiert und ausgerüstet. Gleiches gilt – in erhöhtem Ausmass – auch für die kantonalen Beschwerdeinstanzen, welche die Aufgaben de lege ferenda übernehmen sollen.

7. *Art. 81 (Beschwerderecht)*

*Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 (Beschwerde der Privatküglerschaft gegen Prozessentscheide)*

Die Privatklägerschaft, die nicht Opfer im Sinne des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG; SR 312.5) ist, soll nur noch Beschwerde gegen Entscheide führen können, in denen ihre Straf- oder Zivilklage materiell beurteilt worden ist. Zur Beschwerde gegen Prozessurteile und gegen Entscheide über die Einstellung des Verfahrens sollen reine Privatkläger – im Gegensatz zum Opfer – hingegen nicht mehr zugelassen werden. Diese Änderung überzeugt nicht und ist abzulehnen.

Der Gesetzgeber hat sich erst vor wenigen Jahren und nach ausgiebiger Diskussion dazu entschlossen, Geschädigte mit voller Parteistellung im Strafprozess und entsprechend auch im Rechtsmittelverfahren zuzulassen. Es wäre bedauerlich, die anlässlich der parlamentarischen Beratung der StPO gewonnenen Überzeugungen kurzfristig wieder zu verwerfen. Sodann erscheint es nicht sachgerecht, die Geschädigten hinsichtlich ihrer Beschwerdelegitimation anhand des OHG in eine «Zweiklassengesellschaft» aufzuteilen. Längst nicht jedes Opfer ist durch eine schwere Straftat schwer betroffen und längst nicht jeder schwer Betroffene ist ein Opfer nach OHG. Eine Privilegierung dieser Kategorie von Geschädigten lässt sich schwer begründen. Ob und mit welchen Befugnissen die Geschädigten als Partei im Strafprozess zuzulassen sind, sollte aus einer tatsächlichen und strafprozessualen Gesamtsicht heraus geprüft und entschieden werden.

Der Kanton Bern erachtet es als problematisch, dass der Entscheid einseitig aus der Ressourcenperspektive des Bundesgerichts heraus getroffen worden ist. Der Bericht (S. 6 f.) führt aus, es seien sachlich-systematische Überlegungen des Gesetzgebers gewesen, die zur heutigen Regelung in StPO und BGG geführt hätten. Wir stellen fest, dass ausschliesslich Ressourcenüberlegungen den Bundesrat nun zu einer Neubeurteilung veranlasst haben, die im Widerspruch steht zu seinem eigenen Bericht über die Gesamtevaluation der Ergebnisse der neuen Bundesrechtspflege. Ohnehin erscheint fraglich, ob die vorgeschlagene Formulierung dazu geeignet ist, die Anzahl der Beschwerden von Privatklägerinnen und Privatklägern zu verringern. So ist namentlich der Begriff «materiell beurteilt» nicht definiert und findet kein Pendant im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB) oder in der StPO.

8. *Art. 83 Abs. 1 Bst. e (Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen)*

Art. 83 Abs. 1 Bst. e i.V.m. Abs. 2 der Revisionsvorlage sieht vor, dass im Gebiet der öffentlichen Beschaffungen einzig noch Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder andere besonders bedeutende Fälle vom Bundesgericht beurteilt werden sollen. Die bisherige zusätzliche Voraussetzung der Streitwertgrenze (heutiger Art. 83 Bst. f Ziff. 1 BGG) fällt vollumfänglich weg. Damit werden Beschwerden, welche das öffentliche Beschaffungsrecht betreffen, ausschliesslich im Falle von Rechtsfragen mit einem erheblichen rechtlichen Interesse beurteilt. Der Umstand, dass eine aufgeworfene Rechtsfrage vom Bundesgericht noch nie entschieden wurde, dürfte – wie nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung – auch künftig nicht genügen, um eine höchstrichterliche Klärung verlangen zu können (vgl. Thomas Häberli, in Basler Kommentar zum BGG, 2. Aufl. 2011, Art. 83 N. 157).

Bund und Kantone arbeiten seit 2012 an der parallelen Revision des Beschaffungsrechts als Folge des revidierten Government Procurement Agreement der WTO (GPA). Ziel ist,

die Beschaffungsordnungen des Bundes und der Kantone soweit nötig und sinnvoll inhaltlich anzugleichen. Die Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen wird voraussichtlich in der zweiten Hälfte 2016 im eidgenössischen Parlament beraten. Das Thema des Rechtsschutzes stellte Bund und Kantone bei der parallelen Revision des Beschaffungsrechts vor grosse Herausforderungen, insbesondere da hier bis anhin bedeutende Unterschiede bestanden. Aufgrund der Bemühungen beider Seiten konnten aber auch in diesem Bereich weitestgehend gemeinsame Lösungen gefunden werden. Obwohl nun der Bund und die Kantone in Zukunft voraussichtlich über nahezu identische Rechtsgrundlagen und über analoge Rechtsschutzbestimmungen für die Anfechtung von Vergabeentscheiden verfügen werden, wird das Bundesgericht aufgrund der neuen Ausnahmeregelung von Art. 83 Abs. 1 Bst. e i.V.m. Abs. 2 BGG nur noch in besonderen Fällen Gelegenheit haben, Entscheide im Bereich der öffentlichen Beschaffungen zu treffen. Eine der zentralen Aufgaben des Bundesgerichts besteht darin, für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Aus Sicht der Kantone wäre es deshalb angezeigt und zu begrüßen, wenn das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechungstätigkeit zum öffentlichen Beschaffungswesen weiterführen könnte. Damit soll vermieden werden, dass die parallel harmonisierten Rechtsgrundlagen von Bund und Kantonen künftig von den kantonalen Gerichten und dem Bundesverwaltungsgericht unterschiedlich ausgelegt werden.

Ferner stellt sich die Frage, ob die vorgesehene Regelung mit Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Anhang V des Bilateralen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) im Einklang steht. Diese Bestimmungen verlangen, dass die Vertragsparteien nichtdiskriminierende, rasch greifende, transparente und wirksame Verfahren einrichten, damit Lieferanten oder Dienstleistungserbringer gegen angebliche Verletzungen dieses Abkommens bei Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder hatten, Beschwerde erheben können. Dass dieser Zugang bereits heute von der Europäischen Union (EU) in Frage gestellt wird, hat sich beim Entscheid BGE 141 II 14 gezeigt. Die EU hat diesen Entscheid auf die diesjährige Traktandenliste des Gemischten Ausschusses zum Beschaffungskommen Schweiz/EU gesetzt und verlangt, dass von Seiten der Schweiz Lösungen gefunden werden, wie sichergestellt werden kann, dass der Zugang zum Schweizerischen Bundesgericht gewährleistet wird. Eine weitere Verringerung der Beurteilung von beschaffungsrechtlichen Fällen bringt die Schweiz in weitere Erklärungsnot. Schliesslich ist festzustellen, dass mit der Revision des BGG die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gestrichen wird. Dies stellt eine weitere Einschränkung des Zugangs zum Bundesgericht dar (ausführlich dazu vorne in Ziff. 1).

9. *Art. 83 Abs. 1 Bst. f (Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen)*

Bei den im erläuternden Bericht aufgezählten Konzessionen bleibt unklar, wie der Begriff der Konzession definiert wird. Beispielsweise kann aus den Erläuterungen nicht abgeleitet werden, ob auch Streitigkeiten über faktische Monopole unter die Ausnahmeregelung fallen. Weil Bst. f derart allgemein formuliert ist, regen wir an, dass zumindest im erläuternden

den Bericht Beispiele von Konzessionen und öffentlich ausgeschriebenen Leistungsaufträgen genannt werden, die unter die Ausnahme fallen sollen.

10. *Art. 84 Abs. 2 Bst. a (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung)*

Nach dieser neuen Regelung stellt das Bundesverwaltungsgericht, sofern die Einheitsbeschwerde nicht offensteht, in seinem eigenen Urteil fest, ob ein Fall von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Nur dann steht die Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht offen. Aus Sicht des Kantons Bern ist eine solche Regelung systemfremd und gesetzgeberisch sehr problematisch. Die Begründung im Bericht (S. 9), in dem auf die grossen Fallzahlen und die Versuchung verwiesen wird, Rechtsmittel unabhängig von den Erfolgchancen zur Verlängerung der Anwesenheit in der Schweiz einzulegen, überzeugt nicht. Wir beantragen daher, auf diese Regelung zu verzichten.

11. *Art. 86 Abs. 2 (Vorinstanzen im Allgemeinen - Sozialversicherungsgerichte)*

Die kantonalen Sozialversicherungsgerichte sind streng genommen nicht im Sinne von Art. 86 Abs. 2 durch die Kantone eingesetzte obere Gerichte, sondern gestützt auf Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) den Kantonen durch den Bund vorgeschriebene einzige Gerichte. Der Kanton Bern regt an, diesem Umstand Rechnung zu tragen und zu überprüfen, ob aufgrund der Streichung des Nebensatzes der verbleibende Teil von Abs. 2 anders formuliert werden muss.

12. *Art. 101a (Beschwerde in Stimmrechtssachen)*

Die bisher in Art. 100 Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 BGG enthaltenen Beschwerdefristen im Bereich der politischen Rechte werden neu in einer eigenen Bestimmung geregelt, was aus Sicht der Rechtsuchenden zu begrüssen ist. Die Beschwerdefrist von fünf Tagen bei Volkswahlen oder -abstimmungen soll künftig nicht nur bei eidgenössischen Abstimmungen, sondern auch für kantonale Abstimmungen gelten (anstelle von bisher 30 Tagen). Diese Gleichbehandlung ist zu begrüssen; zudem macht die Verkürzung der Frist im Bereich der politischen Rechte Sinn, damit auch über kantonale Abstimmungen relativ rasch rechtskräftig entschieden werden kann.

13. *Art. 106 (Rechtsanwendung)*

Die Regelung ist kaum verständlich und sollte klarer formuliert werden. Sie stimmt nur teilweise mit dem überein, was in den Erläuterungen (Bericht S. 25) ausgesagt wird. Erstens ist unklar, ob «die Beschwerde für begründet» meint, dass das Bundesgericht bejaht, dass eine *Grundsatzfrage vorliegt*, oder ob gemeint ist, dass das Bundesgericht die Beschwerde *im Ergebnis* (in der Sache) für begründet hält. Zweitens geht nicht daraus hervor, dass die Rechtsanwendung nach den Absätzen 1 und 2 diejenigen Aspekte der Beschwerdesache betrifft, die im Rahmen der Frage von grundsätzlicher Bedeutung noch nicht geprüft worden sind.

14. *Art. 109 Abs. 2 (Dreierbesetzung)*

Art. 109 Abs. 2 ist nicht Teil der Vorlage. Die Bestimmung regelt den Spruchkörper bei offensichtlich unbegründeten bzw. begründeten Beschwerden. Der Kanton Bern regt an, dass die heutige Dreierkammer durch eine Zweierkammer abgelöst wird, wie dies bereits in der Evaluation durch die Experten vorgeschlagen wurde. Dies vermöchte einen Beitrag leisten zur Behebung der «Fehlbelastung» des Bundesgerichts, die vom Bundesrat als ein Hauptgrund für die vorliegende Revision des BGG angeführt wird.

15. *Art. 112 Abs. 2 (Eröffnung der Entscheide)*

Die für die Aufhebung vorgesehene Bestimmung erlaubt den Verzicht auf eine Urteilsbegründung, wenn das kantonale Recht es vorsieht. Mit dem Inkrafttreten der StPO und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) ist für Entscheide der oberen Instanzen der Straf- und der Ziviljustiz eine Begründung vorgeschrieben. Es verbleibt eine Anwendbarkeit von Art. 112 Abs. 2 BGG im Bereich der Verwaltungsrechtspflege. Der Kanton Bern weist mit Nachdruck darauf hin, dass Art. 112 Abs. 2 BGG beibehalten werden sollte. Diese Bestimmung wird vom Obergericht im Bereich des fürsorgerischen Freiheitsentzuges angewendet und erlaubt eine erhebliche Einsparung von personellen Ressourcen ohne Verlust an Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens. Die Entscheide über fürsorgerische Unterbringungen erfolgen immer in mündlicher Verhandlung. Die betroffene Person nimmt eine mündliche Urteilsbegründung zur Kenntnis und kann anschliessend – bei Bedarf – eine schriftliche Begründung verlangen. Im Jahr 2015 wurden etwas über 600 derartige Entscheidungen gefällt, wobei die Parteien nur in rund zehn Prozent der Fälle eine schriftliche Begründung des Urteils verlangten.

16. *Verzicht auf Änderungen beim Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte*

Aus Sicht des Kantons Bern ist unbefriedigend, dass die Chance zu einer Neuregelung des Rechtsmittelwegs im Bereich der eidgenössischen Abstimmungen nicht genutzt worden ist. In denjenigen Fällen, in denen Unregelmässigkeiten in verschiedenen Kantonen vorliegen oder gerügt werden, erweist sich die Beschwerde gemäss Art. 77 Abs. 1 Bst. b BPR bei der jeweiligen Kantonsregierung als unbefriedigend. Wie das Bundesgericht in jüngster Zeit mehrmals festgehalten hat, ist von der Kantonsregierung in solchen Fällen ein Nichteintretensentscheid zu fällen (zuletzt in BGer 1C\_63/2015, 1C\_109/2015, 1C\_237/2015 und 1C\_293/2015 vom 24. August 2015, E. 2.1/2.2). Laut Bundesgericht gilt dieser Rechtsmittelzug auch, soweit die angerufene Kantonsregierung für die Behandlung der vorgebrachten Belange nicht zuständig ist, weil es um eine eidgenössische Angelegenheit geht. Eine direkte Beschwerde an das Bundesgericht fällt gemäss Bundesgericht mit Blick auf Art. 77 BPR ausser Betracht.

Wir verweisen zu dieser Frage auf die Vernehmlassung des Kantons Bern vom 19. Juni 2013 zuhanden des Bundes betreffend die (bereits oben in Ziff. 2 erwähnte) erwähnte Revision des BPR (in Kraft seit 1. November 2015). Darin hat der Regierungsrat des Kantons Bern unter anderem die Haltung vertreten, dass der jetzige Rechtsweg selbst dann unbefriedigend wäre, wenn sämtliche Fragen geklärt wären. Die Pflicht zur Anrufung des Regierungsrates in Fällen, in denen die materiellen Rechtsfragen vom Bundesgericht zu entscheiden seien und der Regierungsrat lediglich einen Nichteintretensentscheid fällen müsse, sei weder prozessökonomisch noch sinnvoll. Der Regierungsrat kam daher zum

Schluss, die Teilrevision des BPR würde die Möglichkeit bieten, den «untauglichen Rechtsbehelf» von Art. 77 BPR (soweit geboten) abzuschaffen und ein eidgenössisches Rechtsmittel einzuführen (z.B. an das Bundesverwaltungsgericht).

Nachdem darauf verzichtet worden ist, im Rahmen der Revision des BPR den Instanzenzug neu zu regeln, sieht der Bundesrat zu unserem Bedauern auch in der vorliegenden Revisionsvorlage zum BGG keinen entsprechenden Handlungsbedarf (Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, Ziff. 2.6). Wir machen darauf aufmerksam, dass es für die kantonalen Behörden jeweils einen erheblichen Aufwand bedeutet, innerhalb der sehr kurzen Frist von 10 Tagen (Art. 79 Abs. 1 BPR) einen Beschwerdeentscheid der Exekutive vorzubereiten (vgl. dazu ausführlich Christoph Auer, Kommentar zu drei Bundesgerichtsurteilen vom 29.10.2015 betr. Nationalratswahl, in ZBI 2016 S. 49 ff.). Der Kanton Bern würde es begrüßen, wenn der Bundesrat seine Haltung überdenken und die Revision des Bundesgerichtsgesetzes zum Anlass nehmen würde, als Ersatz für die problematische Bestimmung von Art. 77 Abs. 1 Bst. b BPR ein eidgenössisches Rechtsmittel zu schaffen.

*17. Art. 49 VwVG (Kognition des Bundesverwaltungsgerichts)*

Die Beschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts auf Rechtskontrolle wird vom Kanton Bern begrüsst. Die Gründe, mit denen sich das betroffene Gericht dagegen zur Wehr setzt (vgl. Bericht S. 12 f.), überzeugen nicht. Befürchtete Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Angemessenheits- und Rechtskontrolle können nicht der wesentliche Grund dafür sein, auf die Änderung zu verzichten.

Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse

**Im Namen des Regierungsrates**

Der Präsident



Hans-Jürg Käser

Der Staatsschreiber



Christoph Auer

Verteiler: Justizleitung

Glarus, 16. Februar 2016  
Unsere Ref: 2015-204

## **Vernehmlassung i. S. Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

Hochgeachtete Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD gab uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

### **Erweiterung des Zugangs zum Bundesgericht**

Wir begrüssen den beabsichtigten erweiterten Zugang zum Bundesgericht, welches künftig unabhängig von Ausnahmekatalogen oder Streitwertgrenzen immer dann angerufen werden können soll, wenn sich Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen oder aus anderen Gründen ein bedeutender Fall vorliegt. Dabei gehen wir davon aus, dass das Bundesgericht die unbestimmten Rechtsbegriffe – getreu den Ausführungen im erläuternden Bericht des EJPD (vgl. S. 5) – (weiterhin) restriktiv auslegen und handhaben wird. In diesem Zusammenhang dürfte insbesondere spannend zu beobachten sein, ob das Bundesgericht bereit sein wird, Grundsatzentscheide des Bundesverwaltungsgerichts, welche sich wiederum insbesondere auf eine langandauernde Praxis der vormaligen Rekurskommission stützen, unter dem Titel „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ (nochmals bzw. erstmals) einer (höchststrichterlichen) Prüfung zu unterziehen. Beispielhaft sei an dieser Stelle auf die verfahrens- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die so genannten LINGUA-Herkunftsanalysen im Asylverfahren verwiesen, für die bereits die ehemalige Asylrekurskommission in einem Entscheid aus dem Jahr 1998 (EMARK 1998 Nr. 34; vgl. auch EMARK 1999 Nr. 20 und EMARK 2003 Nr. 14) Grundsätze aufgestellt hat, welche danach durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt und in seine Rechtsprechung übernommen worden sind (vgl. statt vieler BVGer, Urteil E-6681/2013 vom 11.2.2015; Urteil E-6758/2013 vom 14.12.2014). Obwohl es sich bei den rechtlichen Anforderungen an die LINGUA-Herkunftsanalysen aufgrund ihrer Bedeutung im Asylverfahren wohl um Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung handeln dürfte, sind wir der Ansicht, dass das Bundesgericht in solchen Fällen nicht ohne Not eine langandauernde Praxis des Bundesverwaltungsgerichts überprüfen (können) sollte. Wäre dies der Fall, müssten wohl sämtliche, bisher nicht durch das Bundesgericht überprüfbare Grundsatzentscheide des Bundesverwaltungsgerichts durch das Bundesgericht überprüft werden, was einerseits zu einer gewissen Rechtsunsicherheit in der

Praxis führen und andererseits wohl auch eine erhebliche Mehrbelastung des Gerichts bedeuten würde.

### **Einheitsbeschwerde statt subsidiärer Verfassungsbeschwerde**

Wir begrüßen die mit der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde und Erweiterung der Einheitsbeschwerden einhergehenden Vorteile, insbesondere was die Überprüfbarkeit von bisher letztinstanzlichen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts betrifft. Des Weiteren begrüßen wir auch die Erweiterung der möglichen Rügegründe und die nicht mehr auf Willkür beschränkte Überprüfbarkeit der Auslegung von Bundesgesetzesrecht. Hingegen vermischen wir im Bericht des EJPD Ausführungen dazu, ob mit dem Systemwechsel alle befürchteten Rechtsschutzlücken, die in den parlamentarischen Beratungen zur Aufnahme der subsidiären Verfassungsbeschwerde in das BGG geführt haben, auch tatsächlich geschlossen sind bzw. geschlossen bleiben. Dieser Punkt sollte durch das EJPD nochmals genau geprüft und auch entsprechend in der Botschaft ausgeführt werden. Falls die Prüfung zum Ergebnis kommen sollte, dass mit dem Systemwechsel bzw. der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde Rechtsschutzlücken bestehen bzw. wieder aufbrechen sollten, so wäre die Abschaffung u.E. nochmals zu überdenken.

Genehmigen Sie, hochgeachtete Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Freundliche Grüsse

**Für den Regierungsrat**



Röbi Marti  
Landammann



Hansjörg Dürst  
Ratsschreiber

E-Mail an: [cornelia.perler@bj.admin.ch](mailto:cornelia.perler@bj.admin.ch)

versandt am: 17. Feb. 2016



Sitzung vom

23. Februar 2016

Mitgeteilt den

23. Februar 2016

Protokoll Nr.

173

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

auch als PDF-Datei per E-Mail zustellen an: [cornelia.perler@bj.admin.ch](mailto:cornelia.perler@bj.admin.ch)

## **Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. November 2015 geben Sie uns die Gelegenheit, zu oberwähntem Geschäft Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Die Revisionsvorlage beabsichtigt, durch die Erhöhung der Streitwertgrenzen und die Optimierung des Ausnahmekatalogs eine Entlastung des Bundesgerichts herbeizuführen. Zudem soll die subsidiäre Verfassungsbeschwerde abgeschafft und dafür der Zugang für alle Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder für aus anderen Gründen besonders bedeutende Fälle geöffnet werden.

Die Regierung des Kantons Graubünden begrüsst grundsätzlich die Anliegen der Vorlage. Insbesondere befürwortet sie den Verzicht auf die Änderungen im Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte sowie die Verkürzung der Beschwerdefrist bei kantonalen Wahlen und Abstimmungen auf fünf Tage.

Demgegenüber hat die Regierung Vorbehalte im Zusammenhang mit dem Ausnahmekatalog hinsichtlich des Submissionsrechts und den Konzessionen.

## **1. Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde**

Die Ziele der Revision sind die Optimierung von Rechtsschutzlücken sowie die Korrektur von Falschbelastungen des Bundesgerichts. In erster Linie soll dazu die subsidiäre Verfassungsbeschwerde abgeschafft und im Gegenzug der Zugang zum Bundesgericht für alle Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder für aus anderen Gründen besonders bedeutende Fälle geöffnet werden. Ob der Wegfall der subsidiären Verfassungsbeschwerde sowie die weiter vorgesehene Entlastung des Bundesgerichts von weniger bedeutenden Fällen die aufgrund der teilweisen Neuregelung des Zugangs zu erwartende Mehrbelastung zu kompensieren vermögen und es insgesamt zur angestrebten Entlastung des Gerichts kommt, erscheint zumindest fraglich.

Im Übrigen hat das Parlament anlässlich der letzten Revision die subsidiäre Verfassungsbeschwerde unter anderem deshalb ins Gesetz eingefügt, um zu verhindern, dass letztinstanzliche Entscheide der Kantone direkt beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angefochten werden können.

## **2. Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 E-BGG: Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen**

Im Bereich der öffentlichen Beschaffungen sollen gemäss Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 E-BGG einzig noch Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung vom Bundesgericht beurteilt werden. Die bisherige kumulative Voraussetzung der Streitwertgrenze fällt vollumfänglich weg. Damit werden Beschwerden, welche das öffentliche Beschaffungsrecht betreffen, ausschliesslich bei Rechtsfragen mit einem erheblichen Interesse beurteilt. Der Umstand, dass eine aufgeworfene Rechtsfrage vom Bundesgericht noch nie entschieden wurde, dürfte hingegen gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch künftig nicht genügen, um eine höchstrichterliche Klärung verlangen zu können. Aus Sicht des Kantons Graubünden wäre es jedoch angezeigt, dass mit Blick auf die zukünftige Harmonisierung der Rechtsgrundlagen und Rechtsschutzbestimmungen im Bund und in den Kantonen das bisherige höchstrichterliche, vereinheitlichende Element der schweizerischen Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungswesen aufrecht erhalten bleibt. Damit soll eine uneinheitliche Rechtsprechung der Kantone und des Bundes zur gleichen Streitfrage vermieden werden.

Im Weiteren stellt sich die Frage, ob die Regelung des Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 E-BGG in Einklang mit Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Anhang 5 des Bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens bzw. Art. 18 Ziff. 7 des Government Procurement Agreement (GPA) in Einklang steht. Diese Bestimmungen geben den Vertragsparteien den Beschwerdeweg im Bereich des Beschaffungsrechts vor. Dieser Zugang wird allerdings bereits heute von der EU mit Blick auf BGE 141 II 14 in Frage gestellt, denn die EU hat diesen Entscheid auf die Traktandenliste des Gemischten Ausschusses zum Beschaffungsabkommen Schweiz/EU gesetzt und verlangt, dass die Schweiz Lösungen findet, wodurch der Zugang zum Schweizerischen Bundesgericht gewährleistet wird.

Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde auch auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen eine weitere Einschränkung des Zugangs zum Bundesgericht darstellt.

### **3. Art. 83 Abs. 1 lit. f E-BGG: Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen**

Hinsichtlich Art. 83 Abs. 1 lit. f E-BGG bleibt unklar, wie der Begriff der Konzession definiert wird. So erschliesst sich beispielsweise aus den Erläuterungen nicht, ob auch faktische Monopole generell unter die Ausnahmeregelung fallen. Die Palette der Beispiele vergleichbarer Konzessionserteilungen, aber auch von öffentlich ausgeschriebenen Leistungsaufträgen, müsste aus unserer Sicht breiter abgestützt werden.

Abschliessend danken wir Ihnen nochmals für die Möglichkeit zur Stellungnahme.



Namens der Regierung

Der Präsident:

Dr. Chr. Rathgeb

Der Kanzleidirektor:

Dr. C. Riesen

**Justiz- und Sicherheitsdepartement**

Bahnhofstrasse 15  
Postfach 3768  
6002 Luzern  
Telefon 041 228 59 17  
Telefax 041 228 67 27  
justiz@lu.ch  
www.lu.ch

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Luzern, 16. Februar 2016

Protokoll-Nr.: 140

## **Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

Sehr geehrter Herr Direktor  
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 12. November 2015 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD die Kantonsregierungen im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens eingeladen, zum Entwurf einer Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns im Namen und Auftrag des Regierungsrats wie folgt:

### **1. Vorbemerkungen**

Das BGG hat sich seit seinem Inkrafttreten bewährt. Nach nicht einmal zehn Jahren seit Inkrafttreten soll nun das Gesetz bereits grundlegend geändert werden. Wir bezweifeln, dass sich angesichts dieser relativ kurzen Zeitspanne bereits eine Revision aufdrängt. Unseres Erachtens wäre es sinnvoller, damit noch zuzuwarten und vorerst weitere Erfahrungen zu sammeln. Übereilte Teilrevisionen sind unbedingt zu vermeiden, da solche regelmässig zu Rechtsunsicherheit führen.

Wir nehmen mit Genugtuung zur Kenntnis, dass mit dem vorliegenden Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des BGG darauf verzichtet wurde, eine Bestimmung vorzuschlagen, welche langfristig alle Abteilungen des Bundesgerichts in Lausanne zusammenführen will. Luzern hat sich zu einem Kompetenzzentrum für Sozialversicherungsrecht entwickelt und es haben sich zahlreiche Institutionen aus dem Sozialversicherungsbereich hier niedergelassen. Die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts sind in Luzern im richtigen Umfeld positioniert und regional- und standortpolitisch für Luzern sowie die Zentralschweiz sehr wichtig. Der Kanton Luzern wird sich auch in Zukunft dafür einsetzen, dass neben der West-, Ost- und Südschweiz auch die Zentralschweiz einen Bundesgerichtsstandort behält.

## 2. Verbesserung des Ausnahmekatalogs und Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde

Die Revisionsvorlage sieht die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde vor. Wir erachten es nicht für sinnvoll, ein Rechtsmittel nur wenige Jahre nach dessen Einführung bereits wieder aufzuheben. Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann der Rechtssuchende grundsätzlich in jedem Fall, auch wenn die Einheitsbeschwerde nicht gegeben ist, das Bundesgericht anrufen und die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen. Die Verfassungsbeschwerde garantiert somit einen subsidiären Schutz der Menschenrechte. Sie wurde seinerzeit vom Gesetzgeber aus zwei Gründen ins BGG eingefügt: Erstens als Korrektiv zum nicht mehrheitsfähigen Annahmeverfahren und zweitens, um zu vermeiden, dass gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide direkt beim Europäischen Gerichtshof in Strassburg Beschwerde wegen Verletzung der EMRK geführt werden konnte. Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde wurde es dem Bundesgericht ermöglicht, selber landesintern nötigenfalls für die Beachtung der Menschenrechte zu sorgen. Diese gesetzgeberischen Motive haben weiterhin Gültigkeit. Es besteht kein zwingender Grund, auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu verzichten, zumal diese unbestrittenermassen nicht zu einer übermässigen Belastung des Bundesgerichts geführt hat. Die Abschaffung bedeutet eine Einschränkung des Rechtsschutzes der Bürgerinnen und Bürger. Wir erachten es für wichtig, dass Rechtssuchende das höchste Gericht anrufen können. Urteile des Bundesgerichts werden vielfach eher akzeptiert als Entscheide der kantonalen Gerichte. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gewährt damit Rechtssicherheit und trägt zum Rechtsfrieden bei.

Als Kompensation zur Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde will die Revisionsvorlage in den Bereichen, in denen die Einheitsbeschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen ist, den Zugang zum Bundesgericht ausnahmsweise öffnen, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonderer Fall vorliegt. Das bedeutet, es steht im Belieben des Bundesgerichts, ob es auf eine Beschwerde eintritt oder nicht. Dies erachten wir für problematisch. Was die Revisionsvorlage anstelle der subsidiären Verfassungsbeschwerde damit vorsieht, ist im Grunde genommen nichts anderes als ein verkapptes Annahmeverfahren. Ein solches hat der Gesetzgeber anlässlich der Totalrevision der Bundesrechtspflege ausdrücklich abgelehnt. Im jetzigen Bericht zur Revisionsvorlage wird dazu sogar ausgeführt, die Neuordnung erlaube dem Bundesgericht eine Triage zu machen und sich auf jene Fälle zu konzentrieren, die einer höchststrichterlichen Beurteilung bedürfen. Konkret bedeutet dies Folgendes: Wenn die Einheitsbeschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig ist, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt, muss in der Beschwerdeschrift ausgeführt werden, warum diese Voraussetzung erfüllt sein soll. Eine solche Regelung ist nicht praktikabel. Will sich ein Rechtssuchender Chancen ausrechnen, dass sein Fall ausnahmsweise vom Bundesgericht angenommen wird, so wird er die Beschwerde nicht selber erheben können. Er wird einen spezialisierten Anwalt benötigen, der die einschlägige Praxis des Bundesgerichts dazu umfassend kennt. Dieser wird – mit entsprechenden Kostenfolgen für den Mandanten – einen erheblichen Aufwand betreiben müssen, um zu begründen, weshalb es sich ausnahmsweise um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder um einen bedeutenden Fall handelt. Damit verlagert sich die Argumentation in der Beschwerdeschrift weg von der Sache hin zu formellen Aspekten. Dies erachten wir nicht für sinnvoll. Eine solche Regelung des Zugangs zum Bundesgericht wird zu einer Mehrbelastung und nicht zu einer Entlastung des Bundesgerichts führen. Gemäss Bericht zum Vernehmlassungsentwurf wird denn auch davon ausgegangen, dass die Anzahl solcher Beschwerden deutlich zunehmen wird. Die Lösung sieht der Vernehmlassungsentwurf unter anderem in einer raschen Triage durch das Bundesgericht. Eine solche Regelung ist abzulehnen. Der als Ersatz für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde angebotene "erweiterte Rechtsschutz" verdient diesen Namen nicht. Zudem erachten wir es für fraglich, ob die Mehrbelastung des Bundesgerichts, die mit der Öffnung des Rechtswegs an das höchste Gericht bei allen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei bedeutenden Fällen

verbunden ist, durch die vorgesehenen Entlastungsmassnahmen und die Ersetzung der subsidiären Verfassungsbeschwerde kompensiert werden. Aus all diesen Gründen plädieren wir für die Beibehaltung der geltenden Lösung.

### **3. Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung**

Wir begrüssen die Erweiterung des Rechtsschutzes gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung. Kritisch beurteilen wir die Revisionsvorlage insoweit, als einige Änderungen lediglich zur Präzisierung beziehungsweise Konkretisierung vorgenommen werden sollen. Werden Rechtsätze neu formuliert, birgt dies stets das Risiko, die Bestimmung abweichend zu verstehen oder zu interpretieren. Zudem ist die korrespondierende Rechtsprechung zur bisherigen Bestimmung nicht ohne Weiteres auf die neue Bestimmung anwendbar. Wir plädieren daher in diesem Zusammenhang für Zurückhaltung.

### **4. Harmonisierung zwischen dem BGG und der Strafprozessordnung**

Die Revisionsvorlage sieht im Strafverfahren eine Entlastung des Bundesgerichts durch eine massive Erweiterung der kantonalen Rechtsmittelmöglichkeiten vor. Zahlreiche Entscheide, die nach geltender Strafprozessordnung endgültig sind, sollen künftig bei der kantonalen Beschwerdeinstanz anfechtbar werden. Es geht namentlich um Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts oder des urteilenden Gerichts über strittige Ausstandsbegehren (Art. 59 StPO), über die Leistung von Sicherheit für die Ansprüche der beschuldigten Person gegenüber der Privatklägerschaft (Art. 125 Abs. 2 StPO), über die Zusicherung der Anonymität einer geschützten Person (Art. 150 Abs. 2 StPO) und über die stationäre Begutachtung (Art. 186 Abs. 2 und 3 StPO) sowie über die Entsiegelung (Art. 248 Abs. 3 StPO). In all diesen Fällen soll die geltende Regelung abgeschafft werden, wonach die entsprechenden kantonalen Entscheide endgültig sind, also nicht an die kantonale Beschwerdeinstanz weitergezogen werden können.

Die neue Strafprozessordnung ist am 1. Januar 2011 in Kraft getreten und damit erst wenige Jahre wirksam. Weshalb die damaligen Überlegungen des Gesetzgebers schon nach kurzer Zeit nicht mehr gültig sein sollen, ist für uns nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber beabsichtigte damals eine Straffung und Beschleunigung der Verfahren und hat deshalb bestimmte Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts, der Staatsanwaltschaften und der erstinstanzlichen Gerichte als endgültig und nicht bei der kantonalen Beschwerdeinstanz anfechtbar erklärt. Durch eine solche Verkürzung des Rechtsweges sollte ein rasches Verfahren gewährleistet werden. Die Revisionsvorlage will diese Einschränkungen aufheben und eine zusätzliche Rechtsmittelinstanz einbauen. Dies würde jedoch zu einer erheblichen Verzögerung und einer längeren Dauer der Verfahren insgesamt führen. Wir sind der Ansicht, dass die vorgeschlagenen Änderungen im Bereich des Strafprozessrechts für die Kantone zu einer erheblichen Mehrbelastung führen und beträchtliche Kostenfolgen haben werden. Die gegenteilige Behauptung im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf erachten wir für unseriös.

Es trifft zwar zu, dass die in der Strafprozessordnung als endgültig bezeichneten Entscheide heute direkt beim Bundesgericht angefochten werden können. Die Anfechtbarkeit ist indes stark eingeschränkt und von erschwerten Bedingungen abhängig (vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Die vorgeschlagene Ausweitung der kantonalen Beschwerdemöglichkeiten verstösst gegen eine wichtige Zielsetzung der noch jungen Strafprozessordnung, welche Verschleppungsmöglichkeiten durch Beschwerden eben gerade einschränken wollte. Wir lehnen die vorgeschlagene Ausweitung der Beschwerdemöglichkeiten bei der kantonalen Beschwerdeinstanz deshalb ab. Die bisherige Lösung ist beizubehalten.

## 5. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des BGG

### zu Art. 79a E-BGG

Eine Änderung der heutigen Regelung drängt sich nicht auf. Diese hat sich bewährt und soweit ersichtlich zu keinen Problemen geführt. Abzulehnen ist in jedem Fall die vorgeschlagene Variante. Diese erachten wir für unnötig kompliziert. Wir bevorzugen deshalb den ersten Vorschlag.

### zu Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 und Abs. 4

Wir erachten die vorgeschlagene Einschränkung der Beschwerdeberechtigung für richtig und sinnvoll.

Wir begrüßen die in Artikel 81 Absatz 4 neu vorgesehene Behördenbeschwerde für den Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs. Es ist sinnvoll, dass die Strafvollzugsbehörden und nicht die Staatsanwaltschaft zur Beschwerdeerhebung gegen Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen berechtigt sind. Bei diesen Entscheiden geht es vielfach um Sicherheitsaspekte im Vollzug. Diese Thematik kann am besten von den Strafvollzugsbehörden beurteilt werden.

### zu Art. 83 Abs. 1 lit. e E-BGG

Artikel 83 Absatz 1 litera e in Verbindung mit Absatz 2 E-BGG sieht vor, dass im Bereich der öffentlichen Beschaffungen einzig noch Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung vom Bundesgericht beurteilt werden sollen. Aus unserer Sicht wäre es wünschenswert, dass das bisherige höchstrichterliche vereinheitlichende Element der schweizerischen Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungswesen erhalten bliebe. Es gilt zu vermeiden, dass die harmonisierten Rechtsgrundlagen künftig von den kantonalen Gerichten und dem Bundesverwaltungsgericht eigenständig interpretiert werden und es so zu unterschiedlichen Urteilen zur gleichen Streitfrage kommt. Hinzu kommt, dass infolge Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde im öffentlichen Beschaffungsrecht eine Beschwerde an das Bundesgericht in den meisten Fällen nicht mehr möglich ist. Dies erachten wir für problematisch.

### zu Art. 93a E-BGG

Im Gesetzestext müsste es wohl heissen: "Ist die Beschwerde (...) gegen einen Teil-, Vor- oder Zwischenentscheid **diese** Voraussetzungen erfüllen."

### zu Art. 100 Abs. 2 lit. b, c sowie Abs. 3 und 4 und Art. 101a E-BGG

Wir sind mit der vorgeschlagenen Neuregelung der Beschwerdefristen einverstanden. Zu überlegen wäre einzig, ob die in den Absätzen 1 und 2 von Artikel 101a geregelten Beschwerdefristen von fünf und drei Tagen nicht vereinheitlicht werden könnten.

## 6. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen anderer Erlasse

### zu Art. 135 Abs. 3 StPO

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb heute gegen den Entscheid der Beschwerdeinstanz oder des Berufungsgerichts eines Kantons über die Entschädigung der amtlichen Verteidigung beim Bundesstrafgericht Beschwerde geführt werden muss. Diese Einzelbestimmung passt nicht in das System des Strafprozessrechts. Zu Recht wird denn auch darauf hingewiesen, dass der Rechtsmittelweg nach dem bisherigen Wortlaut des Gesetzes nicht einheitlich ist, wenn sowohl die Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren als auch jene für das zweitinstanzliche Verfahren bestritten werden. Richtigerweise schlägt der Vernehmlassungsentwurf deshalb vor, für die Anfechtung von Entschädigungsentscheiden kantonaler

Beschwerdeinstanzen und Berufungsgerichte solle inskünftig das BGG gelten. Diese Änderung ist sachlich absolut gerechtfertigt.

Wir bitten Sie um Kenntnisnahme und danken Ihnen nochmals für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Paul Winiker  
Regierungsrat

auch per E-Mail an: [cornelia.perler@bj.admin.ch](mailto:cornelia.perler@bj.admin.ch)





CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

**PER E-MAIL**

Bundesamt für Justiz

[cornelia.perler@bj.admin.ch](mailto:cornelia.perler@bj.admin.ch)

Telefon 041 618 79 02  
staatskanzlei@nw.ch  
Stans, 23. Februar 2016

**Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. November 2015 hat uns die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements EJPD zur Vernehmlassung zu oben genannter Vorlage eingeladen. Wir danken für die Möglichkeit der Mitwirkung und nehmen gerne wie folgt Stellung.

Vorab möchten wir festhalten, dass der Kanton Nidwalden sehr erfreut ist, dass mit dem vorliegenden Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes darauf verzichtet wurde, eine Bestimmung vorzuschlagen, welche langfristig alle Abteilungen des Bundesgerichtes in Lausanne zusammenführen will. Luzern und die Zentralschweiz haben sich zu einem Kompetenzzentrum für Sozialversicherungsrecht entwickelt und es haben sich zahlreiche Institutionen aus dem Sozialversicherungsbereich niedergelassen. Die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts sind in Luzern im richtigen Umfeld positioniert und regional- und standortpolitisch für die Zentralschweiz und für Luzern sehr wichtig. Wir werden uns auch in Zukunft dafür einsetzen, dass neben der West-, Ost-, und Südschweiz auch die Zentralschweiz einen Bundesgerichtsstandort behält.

Grundsätzlich finden auch die übrigen Änderungsvorschläge unsere Zustimmung, dennoch möchten wir zu einzelnen Bestimmungen gerne auf folgendes hinweisen.

**Art. 81 Abs. 4 E-BGG**

Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, aus welchen Gründen im einen Kanton die Beschwerdelegitimation sowohl im kantonalen als auch im bundesrechtlichen Rechtsmittelverfahren gegeben sein soll und im anderen Kanton nicht. Wir würden es begrüßen, wenn der Bundesgesetzgeber direkt selber Klarheit schafft und im revidierten BGG die Beschwerdelegitimation auf die mit den Aufgaben im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs betrauten Behörden ausweiten würde.

**Art. 83 Abs. 1 Bst. a E-BGG**

Die Klarstellung, dass die Beschwerde gegen alle Entscheide über die Einbürgerung unzulässig ist, ist zu begrüßen. Mit der Ausnahmeregelung gemäss Art. 83 Abs. 2 E-BGG ist der Rechtsschutz ausreichend gewährt.

**Art. 83 Abs. 1 Bst. b E-BGG und Art. 84 E-BGG**

Der verbesserte Rechtsschutz mit der Sonderregelung für Personen, deren Aufenthalt in der Schweiz zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids seit mindestens zehn Jahren bewilligt war oder denen bereits eine Niederlassungsbewilligung erteilt worden ist und die Erwähnung der allfälligen staatsvertraglichen Verpflichtungen begrüssen wir grundsätzlich.

Die Zulässigkeit von Beschwerden gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts, wenn dieses im angefochtenen Entscheid eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung festgestellt hat, ist zu begrüssen. Aussergewöhnlich an diesem Rechtskonstrukt ist jedoch, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinen Entscheiden jeweils über die Zulässigkeit der Einheitsbeschwerde beim Bundesgericht befinden muss. Das Bundesverwaltungsgericht kann somit entscheiden, ob ihr eigener Entscheid anfechtbar ist oder nicht. Aus verfahrensrechtlicher Sicht stellen wir diese Regelung in Frage. Es müsste unseres Erachtens die Beschwerdeinstanz selber über das Eintreten entscheiden können, bzw. dem Bundesgericht kann nicht von der unteren Instanz die Möglichkeit genommen werden, auf eine Beschwerde einzutreten. Gegebenenfalls müsste der Entscheid, dass es sich (nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts) um keinen Fall von grundsätzlicher Bedeutung handelt, angefochten werden können.

**Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 E-BGG**

Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 E-BGG sieht vor, auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die bisherige kumulative Voraussetzung der Streitwertgrenze fallen zu lassen und einzig noch auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage abzustellen. Dies ist zu begrüssen. Der Umstand, dass eine aufgeworfene Rechtsfrage vom Bundesgericht noch nie entschieden wurde, dürfte allerdings gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch künftig nicht genügen, um eine höchstrichterliche Klärung verlangen zu können.

Zudem ist festzustellen, dass mit der Revision des BGG die subsidiäre Verfassungsbeschwerde auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen nicht mehr anwendbar sein wird. Dies stellt eine Einschränkung des Zugangs zum Bundesgericht dar. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht bei der Verletzung verfassungsmässiger Rechte, die bisher mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde gerügt werden konnte, keine zu hohen Anforderungen an die grundsätzliche Bedeutung stellt.

Es stellt sich die Frage, ob die vorgesehene Regelung mit Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Anhang V des Bilateralen Abkommens bzw. Art. 18:7 Government Procurement Agreement (GPA) im Einklang steht. Diese Bestimmungen verlangen, dass die Vertragsparteien nichtdiskriminierende, rasch greifende, transparente und wirksame Verfahren einrichten, damit Lieferanten oder Dienstleistungserbringer gegen angebliche Verletzungen dieser Abkommens bei Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder hatten, Beschwerde erheben können. Dass dieser Zugang bereits heute von der Europäischen Union (EU) in Frage gestellt wird, hat sich beim Entscheid BGE 141 II 14 gezeigt. Die EU hat diesen Entscheid auf die diesjährige Traktandenliste des Gemischten Ausschusses zum Beschaffungskommen Schweiz / EU gesetzt und verlangt, dass von Seiten der Schweiz Lösungen gefunden werden, wie sichergestellt werden kann, dass der Zugang zum Schweizerischen Bundesgericht gewährleistet wird. Eine weitere Verringerung der Beurteilung von beschaffungsrechtlichen Fällen bringt die Schweiz in weitere Erklärungsnot.

**Art. 83 Abs. 1 lit. f E-BGG**

Bei den in den Erläuterungen aufgezählten Konzessionen bleibt unklar, wie der Begriff der Konzession definiert wird. Beispielsweise kann aus den Erläuterungen nicht abgeleitet werden, ob auch faktische Monopole generell unter die Ausnahmeregelung fallen. Die Palette der Beispiele vergleichbarer Konzessionserteilungen, aber auch von öffentlich ausgeschriebenen Leistungsaufträgen, müsste daher aus unserer Sicht breiter abgestützt werden.

**Art. 101a**

Diese Änderung wird sehr begrüsst. Es ist wichtig, dass die Ergebnisse von Volksabstimmungen und Wahlen möglichst ohne grosse Verzögerungen erwahrt werden können und für die Bürgerinnen und Bürger Klarheit über die politischen Entscheide entsteht. Im Bereich der politischen Rechte bestehen generell kurze Fristen. Die vorgesehene Verkürzung der Fristen ist in diesem Bereich durchaus vertretbar und sinnvoll.

**Art. 112 Abs. 2 BGG**

Gemäss Art. 112 Abs. 2 BGG kann eine kantonale Behörde ihren Entscheid ohne Begründung eröffnen, sofern dies die kantonale Gesetzgebung vorsieht und in der Spezialgesetzgebung nicht ausgeschlossen ist. Faktisch spielt diese Regelung nur noch in der Verwaltungsrechtspflege eine Rolle. Das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden macht von dieser Möglichkeit gestützt auf Art. 56 Abs. 3 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; NG 265.1) aktuell Gebrauch und begründet verwaltungsrechtliche Entscheide regelmässig erst auf Aufforderung hin.

Art. 112 Abs. 2 BGG soll nun aufgehoben werden. Dies führt dazu, dass das Verwaltungsgericht künftig sämtliche Entscheide begründen müsste. Dies wird zu einem erheblichen Mehraufwand führen, ohne dass ein entsprechender Bürgernutzen entgegensteht. Wenn Urteile ohne ausführliche Begründung akzeptiert werden, dient dies in erheblichem Masse dem Rechtsfrieden. Das angeführte Argument, dass im Bereich der Behördenbeschwerde die Bundesbehörde nicht prüfen könne, ob Anlass zu einer Beschwerde bestehe, rechtfertigt unseres Erachtens jedenfalls keine generelle Begründungspflicht. Dieses Problem kann in der Praxis gelöst werden, ohne dass eine generelle Begründungspflicht eingeführt wird. Beispielsweise könnte die Bundesbehörde bei den Fällen, die für eine Behördenbeschwerde überhaupt in Frage kommen, standardmässig eine Begründung verlangen.

Wir danken Ihnen, wenn Sie diese Überlegungen bei Ihren weiteren Arbeiten mit einbeziehen.

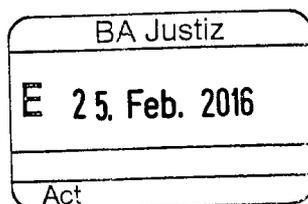
Freundliche Grüsse  
NAMENS DES REGIERUNGSRATES



Hans Wicki  
Landammann



lic. iur. Hugo Murer  
Landschreiber



CH-6061 Sarnen, Postfach 1562, Staatskanzlei

**A-Post**

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement  
Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.2381

Unser Zeichen: cb

**Sarnen, 24. Februar 2016**

**Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes.  
Gerne nehmen wir wie folgt Stellung:

Das Bundesgerichtsgesetz (BGG) hat sich seit seinem Inkrafttreten grösstenteils bewährt. Die geltende Regelung basiert auf fundierten gesetzgeberischen Überlegungen, welche für alle wesentlichen Rechtsschutzfragen zu sachgerechten Lösungen geführt haben. Die Revisionsvorlage geht über eine Optimierung des Rechtsschutzes hinaus. Es besteht kein zwingender Grund, auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu verzichten, zumal diese soweit ersichtlich nicht zu einer übermässigen Belastung des Bundesgerichts geführt hat. Die Abschaffung der Verfassungsbeschwerde bedeutete eine Einschränkung des Rechtsschutzes der Bürgerinnen und Bürger, welche mutmasslich beim Schweizer Volk nicht mehrheitsfähig wäre. Der Souverän hat wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass es ihm wichtig ist, im Bedarfsfall auch in kleinen und unbedeutenden Fällen das höchste Gericht anrufen zu können. Auch die politische Diskussion bei der Schaffung des BGG war von diesem Gedanken geprägt. Die Verfassungsbeschwerde gewährt in diesem Sinne Rechtssicherheit und leistet einen erheblichen Beitrag zum Rechtsfrieden, da ein Urteil des höchsten Gerichts oft auf höhere Akzeptanz stösst als Entscheide der kantonalen Gerichte. Die beabsichtigte Harmonisierung zwischen dem BGG und der Strafprozessordnung könnte entgegen der Darstellung im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf für die Kantone mehr als nur geringfügige Auswirkungen, insbesondere auch erhebliche Kostenfolgen, haben.

Insgesamt erachten wir es als nicht notwendig, das geltende Recht nach weniger als zehn Jahren seit Inkrafttreten grundlegenden Änderungen zu unterziehen. Wir lehnen die geplante Revision des BGG deshalb ab.

Wir bitten Sie bei künftigen Revisionen, welche Auswirkungen auf die oberen Gerichte der Kantone haben, diese ebenfalls direkt zur Vernehmlassung einzuladen.

Wird an der Revision des BGG festgehalten, verweisen wir betreffend der einzelnen Bestimmungen auf die beiliegende Stellungnahme des Obergerichtspräsidenten des Kantons Obwalden. Wir bitten Sie, die Änderungsanträge entsprechend zu berücksichtigen.

Im Weiteren weisen wir darauf hin, dass die Umsetzung der Änderungen des BGG mit den notwendigen Anpassungen des kantonalen Rechts einen Zeitbedarf von mindestens zwei Jahren erfordern würde.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Ausführungen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats



Niklaus Bleiker  
Landammann



Dr. Stefan Hossli  
Landschreiber

Beilage erwähnt



Kanton  
Obwalden

OBERGERICHT

6061 Sarnen, Postfach 1260, Obergericht OW

**Empfangsschein**

Sicherheits- und Justizdepartement  
Departementssekretariat  
Frau Mirjam Aregger  
Polizeigebäude  
6060 Sarnen

Sarnen, 24. Februar 2016/SHE

**Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG); Mitbericht**

Sehr geehrte Frau Aregger  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 23. November 2015 haben Sie mich zum Mitbericht betreffend Revisionsentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements in Sachen Bundesgerichtsgesetz eingeladen. Ich danke Ihnen für die Gelegenheit zum Mitbericht. Gerne nehme ich namens der Gerichte zu ausgewählten Punkten der Revisionsvorlage kurz wie folgt Stellung:

**1. Vorbemerkungen**

Einige der vorgesehenen Änderungen dürften den Kanton Obwalden nicht betreffen, so dass darauf nicht näher eingegangen wird. Andere Teile der Revisionsvorlage hätten unmittelbaren Einfluss auf den Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger. Das gilt insbesondere für die vorgesehene Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde und den als Kompensation dafür vorgeschlagenen Zugang zum Bundesgericht bei allen grundsätzlichen Rechtsfragen oder besonders bedeutenden Fällen. Weitere der vorgesehenen Änderungen dürften auch Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation und insbesondere die Arbeitsbelastung der Gerichte des Kantons Obwalden haben.

Das BGG hat sich seit seinem Inkrafttreten zu einem grossen Teil gut bewährt. Die geltende Regelung basiert auf fundierten gesetzgeberischen Überlegungen, welche für alle wesentlichen Rechtsschutzfragen zu sachgerechten Lösungen geführt haben. Die Revisionsvorlage geht über eine Optimierung des Rechtsschutzes hinaus. Es ist kritisch zu hinterfragen, ob es gerechtfertigt ist, das geltende Recht nach noch nicht einmal zehn Jahren seit Inkrafttreten grundlegenden Änderungen zu unterziehen.

## 2. Zur Erweiterung des Ausnahmekatalogs

Die Vorlage sieht die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde vor. Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann der Rechtsuchende grundsätzlich in jedem Fall, auch wenn die Einheitsbeschwerde nicht gegeben ist, das Bundesgericht anrufen und rügen, es seien seine verfassungsmässigen Rechte durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden. Die Verfassungsbeschwerde garantiert somit einen subsidiären Schutz der Menschenrechte. Mit ihrer Einführung wollte der Gesetzgeber insbesondere vermeiden, dass gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide direkt in Strassburg Beschwerde wegen Verletzung der EMRK geführt werden kann. Das Bundesgericht sollte damit in die Lage versetzt werden, selber landesintern nötigenfalls für die Beachtung der Menschenrechte zu sorgen. Dieses gesetzgeberische Motiv hat weiterhin Gültigkeit. Es besteht kein zwingender Grund, auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu verzichten, zumal diese soweit ersichtlich nicht zu einer übermässigen Belastung des Bundesgerichts geführt hat. Die Abschaffung der Verfassungsbeschwerde bedeutete eine Einschränkung des Rechtsschutzes der Bürgerinnen und Bürger, welche mutmasslich beim Schweizer Volk nicht mehrheitsfähig wäre. Der Souverän hat wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass es ihm wichtig ist, im Bedarfsfall auch in kleinen und unbedeutenden Fällen das höchste Gericht anrufen zu können. Auch die politische Diskussion bei der Schaffung des BGG war von diesem Gedanken geprägt. Die Verfassungsbeschwerde gewährt in diesem Sinne Rechtssicherheit und leistet einen erheblichen Beitrag zum Rechtsfrieden in unserem Land, da ein Urteil des höchsten Gerichts oft auf höhere Akzeptanz stösst als Entscheide der kantonalen Gerichte.

Als Kompensation zur Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde will die Revisionsvorlage in den Bereichen, in denen die ordentliche Beschwerde an das Bundesgericht (Einheitsbeschwerde) ausgeschlossen ist, den Zugang zum Bundesgericht ausnahmsweise öffnen, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Das Bundesgericht soll also grundsätzlich frei darüber entscheiden können, ob es auf eine Beschwerde eintritt. Das erscheint umso problematischer, als die Einheitsbeschwerde neu in zahlreichen Fällen nicht mehr erhoben werden können soll. Die vorgeschlagene Lösung läuft auf ein verstecktes Annahmeverfahren hinaus. Verschiedene Gründe sprechen gegen die vorgesehene Lösung:

Im Strafrechtsbereich sollen Verurteilungen wegen einer Übertretung grundsätzlich nicht mehr mit der Einheitsbeschwerde angefochten werden können, wenn eine Busse von höchstens Fr. 5'000.– ausgesprochen wurde; ferner Entscheide der Beschwerdeinstanzen, die weder Zwangsmassnahmen noch Einstellungsverfügungen betreffen. Das heisst, dass zum Beispiel Nichtanhandnahmeverfügungen der Staatsanwaltschaft grundsätzlich nicht mehr an das Bundesgericht weiter gezogen werden können. Verbunden mit der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde kommt die vorgeschlagene Lösung im Bereich des Strafrechts somit einer erheblichen Beschneidung des Rechtsschutzes gleich. Der Rechtsschutz soll nur noch dann gewährt werden, wenn das Bundesgericht ausnahmsweise zur Auffassung gelangt, es handle sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (was für den einzelnen Rechtssuchenden in der Regel nicht von Interesse ist), oder es gehe um einen besonders bedeutenden Fall, welche Voraussetzung jedenfalls bei Übertretungen und geringen Bussen kaum je erfüllt sein dürfte.

Besonders heikel erscheint auch der weitgehende Ausschluss einer Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen. Auch solche Entscheide sollen nur noch beim Bundesgericht angefochten werden können, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Das bedeutet, dass in der überwiegenden Mehrheit der Fälle kein Bundesrechtsmittel mehr zur Verfügung steht. So könnten etwa Eheschutzentscheide grundsätzlich nicht mehr beim Bundesgericht angefochten werden. Schwerwiegende Folgen hätte die vorgesehene Regelung auch im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts. Es ist notorisch, dass in diesen Rechtsgebieten die überwiegende Zahl der Fälle schon nach Durchführung des vorsorglichen Massnahmeverfah-

rens erledigt werden, sodass es gar nie zu einem Hauptprozess kommt. Unklar ist dabei, ob die Regelung zu einem weitgehenden Ausschluss ganzer Rechtsgebiete von der bundesgerichtlichen Überprüfung führen würde, oder ob als Konsequenz mit einem Anstieg von Hauptprozessen vor den kantonalen Gerichtsinstanzen zu rechnen wäre, da zumeist erst diese Entscheide vor Bundesgericht anfechtbar wären.

Die vorgesehene Regelung ist für den Rechtsuchenden auch kaum praktikabel. Will er sich auch nur geringe Chancen ausrechnen, dass sein Fall ausnahmsweise vom Bundesgericht doch angenommen wird, so wird er die Beschwerde nicht selbst erheben können. Er wird einen spezialisierten Anwalt benötigen, der mit der einschlägigen Praxis des Bundesgerichts gut vertraut ist. Dieser wird – mit entsprechenden Kostenfolgen für den Mandanten – einen erheblichen Aufwand betreiben müssen, um zu begründen, weshalb es sich ausnahmsweise um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder um einen bedeutenden Fall handelt. Damit verlagert sich die Argumentation in der Rechtsschrift weg von der Sache hin zu formellen Aspekten. Es ist auch denkbar, dass in diesem Zusammenhang die Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege ansteigen würden. Das Bundesgericht müsste eine „Triage“ machen, um die wirklich wichtigen Fälle von den weniger wichtigen zu sondern (vgl. Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, 8). Es fragt sich, ob die für die zu erwartenden zahlreichen zusätzlichen Fälle nötige Arbeitszeit nicht sinnvoller eingesetzt werden könnte.

Die Neuregelung des Beschwerderechts in Ausländer- und Asylrecht betrifft den Kanton Obwalden nicht direkt. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass die im Ausländerrecht vorgeschlagene Lösung, wonach ein Weiterzug an das Bundesgericht nur möglich sein soll, wenn das Bundesverwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid selber festgestellt hat, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, nicht der bisherigen Rechtstradition entspricht. Es wirkt befremdend, wenn das Gericht, welches den anzufechtenden Entscheid gefällt hat, selbst darüber befinden kann, ob eine Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist. Es erweist sich sodann als inkonsequent, dass im Revisionsentwurf für den Bereich des Asylrechts nicht die gleiche Regelung wie im Ausländerrecht vorgeschlagen wird. Im Hinblick auf die Kohärenz der Rechtsordnung wäre anzustreben, vergleichbare Sachverhalte auch tatsächlich gleich zu behandeln. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass eine Erweiterung der Beschwerdemöglichkeiten im Bereich des Asylrechts mit erheblichen Kostenfolgen verbunden sein könnte, haben doch Bundesrat und Parlament in der aktuell hängigen Asylrechtsrevision die kostenlose Rechtsvertretung vorgesehen (vgl. BBl 2014, 7991).

### **3. Zur Harmonisierung zwischen dem BGG und der Strafprozessordnung**

Die Revisionsvorlage sieht vor, die geltenden Ausnahmen vom Grundsatz der „double instance“ in der Strafprozessordnung (StPO) abzuschaffen. Künftig soll gegen alle Entscheide im Bereich des Strafprozessrechts zuerst auf kantonaler Ebene Beschwerde geführt werden. Zur Begründung wird angeführt, es könne nicht Aufgabe des Bundesgerichts sein, als erste Rechtsmittelinstanz zu wirken. Dies widerspreche den primären Aufgaben des Höchstgerichts, letztinstanzlich Rechtsfragen zu beantworten und die einheitliche Anwendung des Bundesrechts zu gewährleisten.

Es geht namentlich um Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts oder des urteilenden Gerichts über die Entsiegelung (Art. 248 Abs. 3 StPO), die stationäre Begutachtung (Art. 186 StPO), die Zusicherung der Anonymität einer geschützten Person (Art. 150 Abs. 2 StPO) sowie strittige Ausstandsbegehren (Art. 59 StPO) und die Leistung von Sicherheit für die Ansprüche der beschuldigten Person gegenüber der Privatklägerschaft (Art. 125 Abs. 2 und 3 StPO). In all diesen Fällen soll die geltende Regelung, wonach die entsprechenden kantonalen Entscheide endgültig sind, also nicht an die kantonale Beschwerdeinstanz weitergezogen werden können, abgeschafft werden.

Es stellt sich die Frage, ob die Überlegungen des Gesetzgebers, welche zu diesen Regelungen geführt haben, heute keine Gültigkeit mehr haben. Nach Darstellung des Bundesgerichts

ging es dem Gesetzgeber beispielsweise bei der Regelung über die Entsigelung nach Art. 248 Abs. 3 StPO darum, eine Blockierung des Verfahrens durch langwierige Entsigelungsprozeduren zu vermeiden; es sollte durch die Verkürzung des Rechtsweges ein rasches Verfahren gewährleistet werden (Urteil des Bundesgerichts 1B\_595/2011 vom 21. März 2012, E. 2.3 und 3.5). Würde nun eine zusätzliche Rechtsmittelinstanz eingebaut, so wäre mit einer erheblichen Verzögerung und einer längeren Dauer des Verfahrens insgesamt zu rechnen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass nach den Erwägungen im zitierten Bundesgerichtsentscheid Entsigelungen mitunter sehr komplexe Straffälle mit grossen Mengen zu sichtender Dokumente und elektronischer Dateien betreffen. Um die richterliche Triage vornehmen zu können, sei bei den zuständigen Gerichtsbehörden der Aufbau einer aufwendigen und spezialisierten Infrastruktur notwendig. Gerade in kleinen Kantonen steht diese Infrastruktur den zuständigen Beschwerdeinstanzen in der Regel nicht zur Verfügung. Es wäre auch nicht verhältnismässig, für die zu erwartenden wenigen Beschwerdefälle entsprechende Strukturen aufzubauen. Entgegen der Darstellung im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf (S. 34) könnten die vorgeschlagenen Änderungen im Bereich des Strafprozesses für die Kantone unter Umständen mehr als nur geringfügige Auswirkungen, insbesondere auch erhebliche Kostenfolgen, haben. Es ist daher sorgfältig zu prüfen, ob die Beibehaltung des Status quo nicht vorzuziehen wäre.

#### **4. Bemerkungen zur Änderung einzelner Artikel des BGG**

##### Zu Art. 79a E-BGG

Eine Änderung der heutigen Regelung drängt sich nicht auf. Diese hat sich bewährt und soweit ersichtlich zu keinen Problemen geführt. Es ist nicht auszuschliessen, dass die vorgeschlagene Neuregelung in Einzelfällen zu Schwierigkeiten führen könnte. Abzulehnen ist in jedem Fall die vorgeschlagene Variante, welche unnötig kompliziert erscheint und mit der Schaffung eines neuen Revisionstatbestands zu zusätzlichen Verfahren führen würde.

##### Zu Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 und Abs. 4 E-BGG

Es fragt sich auch hier, ob nicht die bisherige Fassung beizubehalten ist. Die Beschwerdeberechtigung der Privatklägerschaft wurde in den vergangenen Jahren wiederholt geändert. Es fragt sich, ob die erneute Revision des Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 sich lohnt, da sich viele Beschwerdefälle im vereinfachten Verfahren lösen lassen.

Als sachgerecht erscheint jedoch die in Art. 81 Abs. 4 neu vorgesehene Behördenbeschwerde für den Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs. Es geht hier insbesondere um Sicherheitsaspekte, welche die Strafvollzugsbehörden besser beurteilen können als die Staatsanwaltschaft. Die sinnvolle Regelung würde eine Anpassung des kantonalen Rechts erfordern.

##### Zu Art. 83 Abs. 1 lit. b und c und Art. 84 E-BGG

Die vorgesehene Regelung erscheint als unnötig kompliziert. Die gesetzestechnisch schwerfällige Regelung sollte gestrichen und in einem positiv formulierten neuen Art. 84 sachgerecht konzipiert werden. Dort sollte erwähnt werden, in welchen ausländerrechtlichen Bereichen eine Beschwerde zulässig ist.

##### Zu Art. 83 Abs. 1 lit. e E-BGG

Infolge Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde wäre auch im öffentlichen Beschaffungsrecht eine Beschwerde an das Bundesgericht in den weitaus meisten Fällen nicht mehr zulässig. Dies erscheint als problematisch.

#### Zu Art. 86 Abs. 2 E-BGG i.V.m. Art. 56 VStG und Art. 31 Abs. 3 WPEG

Nach der Revisionsvorlage soll die Möglichkeit, dass ein anderes Gesetz die Beschwerde an das Bundesgericht gegen einen Entscheid einer anderen Instanz als eines oberen Gerichts zulässt, aufgehoben werden. Die Regel, wonach nur die oberen kantonalen Gerichte als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts entscheiden können, soll ohne Ausnahme gelten. Dies bedeutet, dass die oberen kantonalen Gerichte sich inskünftig auch mit Fällen nach Verrechnungssteuergesetz und Bundesgesetz über die Wehrpflichtersatzabgabe befassen müssten. Gegen dieses Vorhaben bestehen keine Einwände. Es kann davon ausgegangen werden, dass die damit verbundene Mehrbelastung der kantonalen Gerichte moderat ausfallen würde. Die Änderung dürfte höchstens geringfügige Anpassungen im kantonalen Recht erfordern (vgl. Art. 3a VV WPEG [GDB 530.41] und Art. 1 ff. AB über die Rückerstattung der Eidg. Verrechnungssteuer [GDB 641.211]).

#### Zu Art. 93b E-BGG

Es kann hier auf das bereits Gesagte (vgl. vorne, Ziff. 2) verwiesen werden. Die Revisionsvorlage erscheint in diesem Punkt als problematisch und ist abzulehnen.

#### Zu Art. 97 Abs. 2 E-BGG

Die im Entwurf vorgeschlagene Vereinheitlichung der Kognition des Bundesgerichts im Sozialversicherungsrecht ist zu begrüßen. Die geltende Regelung, wonach hinsichtlich Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der Unfall- oder Militärversicherung mit der Beschwerde jede unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden kann, während in den anderen Versicherungszweigen, insbesondere in der Invalidenversicherung, die Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht (Art. 97 Abs. 1 BGG), vermag nicht zu überzeugen. Dies ist insbesondere in Fällen, da gleichzeitig Leistungen der Unfallversicherung und der Invalidenversicherung geltend gemacht werden, augenfällig. Die hier aktuell geltende, sachlich nicht zu rechtfertigende rechtliche Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte widerspricht der Idee einer kohärenten Rechtsordnung.

#### Zu Art. 100 Abs. 2 lit. b, c sowie Abs. 3 und 4 und Art. 101a E-BGG

Die vorgeschlagene Neuregelung der Beschwerdefristen erscheint sachgerecht.

#### Zu Art. 101a E-BGG

Es wird angeregt zu prüfen, ob die in den Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung geregelten Beschwerdefristen von fünf und drei Tagen nicht vereinheitlicht werden könnten.

#### Zu Art. 109 Abs. 1 E-BGG

Im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf (S. 25) wird die Erwartung ausgedrückt, dass die Zahl der Beschwerden, bei denen zu prüfen ist, ob sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt, deutlich zunehmen wird. Die Lösung sieht der Entwurf unter anderem in einer raschen Triage. Es kann auf das bereits Gesagte (vgl. vorne, Ziff. 2) verwiesen werden. Die Regelung ist abzulehnen.

#### Zu Art. 112 Abs. 2 E-BGG

Die im Entwurf vorgeschlagene Abschaffung der Möglichkeit für kantonale Vorinstanzen des Bundesgerichts, ihren Entscheid ohne Begründung zu eröffnen, ist zu begrüßen. Im Kanton Obwalden wurde von dieser Möglichkeit noch nie Gebrauch gemacht. Auch im Bereich der

Verwaltungsrechtspflege, wo ein solches Vorgehen heute noch möglich wäre, hat sich nie ein entsprechendes Bedürfnis gezeigt.

#### Zu Art. 135 Abs. 3 E-StPO

Die heute geltende Regelung, wonach gegen den Entscheid der Beschwerdeinstanz oder des Berufungsgerichts eines Kantons über die Entschädigung der amtlichen Verteidigung beim Bundesstrafgericht Beschwerde geführt werden kann, ist systemwidrig. Es handelt sich dabei im gesamten Gebiet des Strafprozessrechts um eine singuläre Bestimmung. In keinem anderen Fall kann der Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts an das Bundesstrafgericht weitergezogen werden. Zu Recht wird im Bericht auch darauf hingewiesen, dass der Rechtsmittelweg nach dem bisherigen Wortlaut des Gesetzes nicht einheitlich ist, wenn sowohl die Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren als auch jene für das zweitinstanzliche Verfahren bestritten werden (vgl. BGE 140 IV 213 E. 1.6). Richtigerweise schlägt der Entwurf deshalb vor, für die Anfechtung von Entschädigungsentscheiden kantonaler Beschwerdeinstanzen und Berufungsgerichte solle inskünftig das BGG gelten.

#### Zu Art. 61 lit. b E-ATSG

Die nach der geltenden Regelung bestehende Rechtsunsicherheit, ob vor dem kantonalen Versicherungsgericht auch die Unangemessenheit einer Verfügung gerügt werden kann, wurde im Kanton Obwalden schon vor der Klarstellung dieser Frage durch das Bundesgericht (BGE 137 V 71 E. 5.2) durch eine Neufassung von Art. 66 lit. c Ziff. 4 GOG beseitigt. Die vorgesehene Nachführung des BGG ist demnach sinnvoll. Allerdings soll sich nach dem Entwurf die Neuregelung nur auf Streitigkeiten über Versicherungsleistungen beziehen, wogegen Streitigkeiten über Versicherungsbeiträge davon ausgeschlossen werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass im Kanton Obwalden gemäss Art. 66 lit. c Ziff. 4 GOG bei allen sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten die Unangemessenheit der Beurteilung gerügt werden kann. Da die Kognition im kantonalen Verfahren somit weiter gezogen wäre als vor Bundesgericht, dürfte sich keine Anpassung des kantonalen Rechts aufdrängen.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen Erläuterungen zu dienen. Ich würde mich freuen, wenn Sie meine Überlegungen in der Vernehmlassung zuhanden des Bundes verwenden könnten. Für allfällige Rückfragen stehe ich jederzeit gerne zur Verfügung. Ich danke Ihnen schon im Voraus bestens für Ihre Bemühungen.

Mit freundlichen Grüssen

Der Gerichtspräsident I:

Dr. Andreas Jenny

Kopie z.K. an:

- a.o. Obergerichtspräsident II
- Kantonsgerichtspräsident I

Telefon +41 (0)52 632 71 11  
Fax +41 (0)52 632 72 00  
staatskanzlei@ktsh.ch

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

per E-Mail an:  
cornelia.perler@bj.admin.ch

Schaffhausen, 16. Februar 2016

## **Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG); Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. November 2015 haben Sie uns den Entwurf in obgenannter Angelegenheit zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir bedanken uns für diese Möglichkeit und nehmen dazu gerne Stellung.

Grundsätzlich begrüssen wir die Bemühungen zur Verbesserung der Verfahrensabläufe vor dem Bundesgericht. Im Einzelnen haben wir allerdings folgende Bemerkungen:

### **1. Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit**

Das EJPD schlägt im Wesentlichen vor, das Institut der subsidiären Verfassungsbeschwerde abzuschaffen und stattdessen in allen Rechtsgebieten die Einheitsbeschwerde zuzulassen, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Das hätte zur Folge, dass in den vielen weniger bedeutsamen Fällen (nicht nur in eigentlichen Bagatellfällen) ein Weiterzug ans Bundesgericht überhaupt nicht mehr möglich wäre (vgl. dazu den Hinweis, dass das Bundesgericht seinen diesbezüglichen Beurteilungsspielraum restriktiv handhabt, Bericht, S. 5) und die entsprechenden letztinstanzlichen kantonalen Entscheide nur noch direkt beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) angefochten werden könnten.

Diese Neuregelung und die damit verbundene faktische Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit (gleichsam die Einführung des bisher verpönten Annahmeverfahrens), nur um das

Bundesgericht zu entlasten, erscheinen als problematisch. Sie würden insbesondere praktisch das ganze Verkehrsstrafrecht betreffen (Ausschlussklausel für Bussen bis Fr. 5'000.–) sowie das ganze Gebiet der vorsorglichen Massnahmen, insbesondere auch den Eheschutz. Damit könnte in diesen Bereichen eine einheitliche Rechtsprechung kaum mehr gewährleistet werden, möchte doch das Bundesgericht zukünftig nur noch einige wenige Fälle von besonderer Bedeutung behandeln. Zudem wäre mit einem starken Anstieg von Beschwerden beim EGMR zu rechnen, was nicht dem Prinzip der Selbstverantwortung der Staaten bzw. der Subsidiarität des EGMR-Rechtsschutzes entspricht und für die kantonalen Obergerichte überdies neue aufwendige Aufgaben mit sich bringen würde (Vernehmlassungen und Auseinandersetzungen mit dem EGMR).

Gemäss Vorlage soll der dritte Satz von Art. 80 Abs. 2 BGG aufgehoben werden, um in Strafsachen "systemwidrige Ausnahmen" vom Grundsatz der "double instance" zu beseitigen. Die Ausnahme von diesem Grundsatz muss aber dort bestehen bleiben, wo die Beschwerdeinstanz oder das Berufungsgericht als erste und einzige kantonale Instanz entscheiden (vgl. unter anderem die Ausstandsentscheide gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. b und c StPO oder die verfahrensleitenden Entscheide der Rechtsmittelbehörden, etwa die obergerichtlichen Begutachtungs- und Entsigelungsentscheide [Art. 186 Abs. 3 und Art. 248 Abs. 3 lit. b StPO] oder die Haftentscheide der Verfahrensleitung des Berufungsgerichts [Art. 232 und Art. 233 StPO]). In diesen Fällen ist die Ausnahme vom Grundsatz der "double instance" nicht systemwidrig, und es kann jedenfalls nicht auf kantonaler Ebene noch ein Rechtsmittelverfahren durchgeführt werden. Das ist in der allfälligen Neufassung des Gesetzes jedenfalls klarzustellen.

Gemäss Vorlage soll sodann Art. 112 Abs. 2 BGG aufgehoben werden. Nach dieser Bestimmung können Entscheide, die an sich der Beschwerde ans Bundesgericht unterliegen, ohne Begründung eröffnet werden, wenn es das kantonale Recht vorsieht. Die Parteien können in diesem Fall innert 30 Tagen eine vollständige Ausfertigung verlangen. Tun sie dies nicht, wird der Entscheid vollstreckbar, ohne dass es noch einer schriftlichen Begründung bedürfte. In diesem Fall entfällt der regelmässig erhebliche Aufwand für die Ausfertigung einer Begründung. Im Bericht wird zutreffend darauf hingewiesen, dass kantonale Regelungen im Sinne von Art. 112 Abs. 2 BGG zurzeit praktisch nur noch für die Verwaltungsrechtspflege möglich sind. Dort sind sie aber jedenfalls im Kanton Schaffhausen – entgegen dem Hinweis im Bericht – keineswegs unüblich. Vielmehr besteht in Art. 47 VRG/SH schon lange eine solche Regelung. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso insoweit in die kantonale Gesetzgebungskompetenz eingegriffen werden sollte. Die Gründe, die beim Erlass von ZPO und StPO sowie in der Stellungnahme des Bundesrats zur Motion Caroni Nr. 13.3684 vom 11. September 2013 ("Kein Begründungszwang vor zweitinstanzlichen Gerichten gegen den Parteiwillen") für die Begründungspflicht der Rechtsmittelinstanzen bzw. gegen deren Aufhebung angeführt wurden, mögen zwar auf den ersten Blick theoretisch einleuchten. Aus praktischer Sicht haben sie jedoch

keineswegs die ihnen zugeschriebene Bedeutung. Insbesondere kann auch die Erleichterung einer allfälligen ohnehin nur sehr selten ausgeübten Behördenbeschwerde des Bundes nicht ernsthaft als entscheidender Grund angeführt werden, um die kantonalen Rechtsmittelinstanzen zu verpflichten, ihre Entscheide auch in den kantonal geregelten Verfahren in jedem Fall schriftlich zu begründen. Die Aufhebung von Art. 112 Abs. 2 BGG hat im Übrigen mit den bei der Evaluation der Bundesrechtspflege festgestellten Problemen und demnach mit dem Ziel der Gesetzesrevision nichts zu tun. Daher besteht insoweit kein Handlungsbedarf und insbesondere auch kein Grund, diesen Punkt in die Vorlage einzubeziehen.

Die Vorlage hat angeblich keine bzw. nur "geringfügige" finanzielle und personelle Auswirkungen auf die Kantone. Das trifft insoweit nicht zu, als nur schon die genannten Punkte zu einer weiteren beachtlichen Mehrbelastung der kantonalen Gerichte führen werden. Die neue Begründungspflicht gemäss ZPO und StPO hat jedoch den kantonalen Rechtsmittelinstanzen einen ganz erheblichen Mehraufwand beschert. Die Einführung einer ressourcenverschlingenden Begründungspflicht auch in allen weiteren Rechtsbereichen wird daher entschieden abgelehnt. Von der Aufhebung von Art. 112 Abs. 2 BGG ist somit abzusehen. Viel eher wäre die Schaffung einer analogen Bestimmung in ZPO und StPO zu fordern – etwa durch Anpassung von Art. 239, Art. 318 Abs. 2 und Art. 327 Abs. 5 ZPO sowie Art. 82 StPO – und so im Zivil- und im Strafverfahren die Begründungspflicht auch der oberen kantonalen Gerichte einzuschränken.

## **2. Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte**

Im Gegensatz zu seinem Evaluationsbericht zur neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, als noch Gesetzesänderungen in Aussicht gestellt wurden, kommt der Bundesrat nun zum Schluss, dass der Rechtsschutz der Stimmberechtigten wie auch der Rechtsweg, der einzuschlagen ist, wenn sich eine Unregelmässigkeit in mehreren Kantonen auswirkt, aufgrund der neueren Bundesgerichtspraxis geklärt seien. Entsprechend sieht der Bundesrat keinen Handlungsbedarf für eine Anpassung der Rechtsschutzbestimmungen im Bereich der politischen Rechte. Wir teilen diese Auffassung nicht.

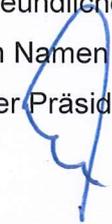
Angesichts der kantonalen Erstbeurteilung von Rechtsmittelverfahren, welche die Kantonskompetenzen überschreiten, wie diejenigen im Jahr 2012 gegen Handlungen des Bundesrates im Zusammenhang mit der Abstimmung über die "Abzocker-Initiative" und mit der Abstimmung über den "Bundesbeschluss über die Familienpolitik", beantragen wir, die Rechtsschutzbestimmungen im Bereich der politischen Rechte ebenfalls in die Revisionsvorlage miteinzubeziehen. Gemäss dem aktuellen klaren Wortlaut von Art. 77 BPR sind alle die Verletzung des Stimmrechts betreffenden Beschwerden bei der Kantonsregierung zu erheben, auch wenn Anträge gestellt oder Sachverhalte beanstandet werden, die über die Zuständigkeit der Kantons-

regierungen hinausgehen. Für diese Fälle sollte ein eidgenössisches Rechtsmittel geschaffen werden. Es könnte die direkte Beschwerde an das Bundesgericht vorgesehen werden. Damit könnten die kantonalen Rechtsmittelverfahren, welche dem Sinne nach in die Zuständigkeit des Bundes fallen, ausgeschlossen werden.

Für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Stellungnahme danken wir Ihnen.



Freundliche Grüsse  
Im Namen des Regierungsrates  
Der Präsident:

  
*Dr. Reto Dubach*

Der Staatsschreiber:

  
*Dr. Stefan Bilger*



6431 Schwyz, Postfach 1260

Bundesamt für Justiz BJ  
Direktionsbereich Öffentliches Recht

Im PDF-Format per E-Mail an: [cornelia.perler@bj.admin.ch](mailto:cornelia.perler@bj.admin.ch)

Schwyz, 2. Februar 2016

### **Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. November 2015 wurden die Kantonsregierungen eingeladen, bis 29. Februar 2016 zu einer Revision des Bundesgerichtsgesetzes und zu weiteren Gesetzesänderungen zur Bundesrechtspflege vernehmlassend Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür und äussern uns zu den Unterlagen aus der Sicht des Kantons Schwyz wie folgt:

Der Regierungsrat stimmt der Stossrichtung der Vorlage zu, den Zugang zum Bundesgericht auf grundlegende Rechtsfragen und auf besonders bedeutsame Fälle zu beschränken. Begrüsst wird insbesondere die Beschränkung des Weiterzuges an das Bundesgericht in den Fällen gemäss den Art. 79 BGG für Strafsachen. Nicht erforderlich ist dagegen die vorgeschlagene Ausweitung des Rechtsschutzes auf kantonaler Ebene. Insbesondere lehnen wir eine Ausdehnung der Beschwerde gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts gemäss Art. 393 Abs. 1 Bst. c E-StPO ab (siehe auch Art. 40 Abs. 1, 59 Abs. 1, 125 Abs. 2, 150 Abs. 2, 186 Abs. 2 und 3, 248 Abs. 3 E-StPO). Die daraus resultierende Mehrbelastung der Beschwerdeinstanz ist selbst für einen kleineren Kanton beträchtlich und ruft für die Kantone unweigerlich nach einer Stellenvermehrung.

Ein besonderes Anliegen bei der Handhabung von Art. 83 Abs. 2 E-BGG wird die Wahrung der Rechtseinheit sein. Namentlich auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen (Art. 83 Abs. 1 Bst. e E-BGG) muss sichergestellt werden, dass der Bund und die Kantone gleichermaßen den staatsvertraglichen Verpflichtungen aus dem revidierten Government Procurement Agreement (GPA) nachkommen. Um dies sicherstellen zu können, ist das Anliegen der Rechtseinheit als Zugangskriterium ausdrücklich in Art. 83 Abs. 2 E-BGG aufzunehmen („Stellt sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, drängt sich eine Befassung zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung in Bund und Kantonen auf oder liegt ...“) [Vgl. auch die Formulierung für die Besetzung des Spruchkörpers beim Bundesverwaltungsgericht in Art. 21 Abs. 2 VGG].

Der Ausnahmeregelung von Art. 83 Abs. 1 Bst. f BGG betreffend Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen, insbesondere Entscheide betreffend die Bestellung von Angeboten des öffentlichen Verkehrs, wird begrüsst. Wünschbar wäre eine Klarstellung hinsichtlich der Frage, ob der Begriff der Konzession umfassend zu verstehen ist und von der Regelung auch Konzessionen aus faktischen Monopolen erfasst werden.

Die neue Regelung für die Beschwerdefrist für Beschwerden in Stimmrechtssachen in Art. 101a E-BGG wird begrüsst. Namentlich bei den Wahlen in die Bundesversammlung findet damit eine Annäherung für Beschwerden bei Wahlen in den Ständerat und in den Nationalrat statt.

Die Aufhebung von Art. 112 Abs. 2 BGG lehnen wir ab. Anzupassen sind die Bestimmungen in der Strafprozessordnung und in der Zivilprozessordnung, die einen Verzicht auf eine Urteilsbegründung bloss vor unteren Instanzen zulassen bzw. in Rechtsmittelverfahren ausschliessen (Art. 82 StPO und Art. 318 Abs. 2 sowie 327 Abs. 5 ZPO). Es soll den Parteien überlassen bleiben, ob sie eine Begründung der Urteile verlangen wollen. Für die Verwaltungsrechtspflege spielt die Verzichtsregelung sodann – wie im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf ebenfalls festgestellt wird (S. 26) – praktisch keine Rolle. Müssen in jedem Fall alle oberinstanzlichen Entscheide begründet werden, so führt dies zu einer erheblichen Mehrbelastung der oberen Gerichte.

Wir ersuchen Sie um Berücksichtigung unserer Stellungnahme und grüssen freundlich.

Im Namen des Regierungsrates:

Andreas Barraud, Landammann



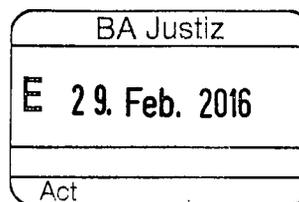
Dr. Mathias E. Brun, Staatsschreiber

Kopie z.K.:

– Schwyzer Mitglieder der Bundesversammlung.

**Regierungsrat**

Rathaus / Barfüssergasse 24  
4509 Solothurn  
www.so.ch



Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

312.15.008

23. Februar 2016

**Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 12. November 2015 in oben genannter Angelegenheit, danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns dazu gerne wie folgt:

A. Grundsätzliches

Mit dem Vorentwurf wird das Ziel verfolgt, im Anschluss an die Evaluation der Totalrevision der Bundesrechtspflege Rechtsschutzlücken zu schliessen sowie die festgestellte „Falschbelastung“ des Bundesgerichts zu korrigieren. Um dies zu erreichen, soll im Bundesgerichtsgesetz der Zugang zum Bundesgericht neu geregelt werden. Namentlich soll die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, welche bisher die Überprüfung kantonaler letztinstanzlicher Entscheide bezüglich der Verletzung verfassungsmässiger Rechte auch dort ermöglichte, wo die Einheitsbeschwerde wegen eines Ausschlussgrundes unzulässig war, abgeschafft werden. Sie soll durch eine Regelung von Gegenausnahmen ersetzt werden, wonach das Bundesgericht auf eine Einheitsbeschwerde beim Vorliegen eines Ausschlussgrundes dann eintreten würde, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.

Ob dem Rechtsuchenden mit der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde und der Einführung der Einheitsbeschwerde bei grundlegenden Rechtsfragen oder besonders bedeutenden Fällen gedient ist, ist äusserst fraglich. Immerhin besteht bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde – vorbehältlich der (streng ausgelegten) gesetzlichen Vorgaben – ein Rechtsanspruch auf Behandlung der Eingabe. Mit der neuen Regelung ist der Beschwerdeführer gänzlich im Ungewissen, ob auf seine Beschwerde überhaupt eingetreten wird oder ob sie dessen – in Dreierbesetzung und auf dem Zirkulationsweg – für unwürdig befunden wird. Daran ändert nichts, dass die Rügegründe erweitert werden. Wir lehnen deshalb die neu vorgesehene Regelung ab und sprechen uns für die Beibehaltung des bisherigen Systems mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde, das sich grundsätzlich bewährt hat, aus. Die Voraussetzungen, unter welchen das Bundesgericht auf eine Beschwerde eintreten muss, müssen sich auch künftig genügend klar aus dem Gesetz selber ergeben. Sie dürfen nicht ins Ermessen des Bundesgerichts gelegt werden.

Im Bereich des Ausländer- und Asylrechts mit derzeit hohen Fallzahlen soll das Bundesgericht von gewissen Fällen – insbesondere von weniger bedeutenden – entlastet werden. Andererseits soll bei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts in eingeschränkter Masse der Rechtsweg ans Bundesgericht geöffnet werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die neu vorgesehenen Regelungen erscheinen aber als viel umständlicher und erschliessen sich dem Rechtsuchenden weniger einfach. Eine besondere Hürde stellen die Fälle von Art. 84 Abs. 2 lit. a E-BGG dar, in denen vorab das Bundesverwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu bejahen hat. Von einer namhaften Verbesserung des Rechtsschutzes kann hier kaum die Rede sein, sondern es dürfte vielmehr darum gehen, dem Bundesgericht als höchstem Gericht neu auch auf dem Gebiet des Ausländer- und Asylrechts zu ermöglichen, Rechtsfortbildung zu betreiben. Im erläuternden Bericht wird erwähnt, es sei kaum mit mehr als 20 solcher „Grundsatzentscheide“ des Bundesverwaltungsgerichts zu rechnen, welche dann ans Bundesgericht weiterziehbar wären (S. 9). Diese Änderungen erscheinen uns nicht geeignet zum Erreichen der mit der Revision angestrebten Ziele. Wir beantragen deshalb, die bestehenden, eindeutigen Regelungen im Bundesgerichtsgesetz zum Ausländer- und Asylrecht beizubehalten.

## B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

### *Art. 79 Abs. 1 lit. a E-BGG*

Die vorgeschlagene Neuregelung würde dazu führen, dass sich das Bundesgericht kaum mehr mit Übertretungsstrafsachen zu befassen hätte, da der weitaus grösste Teil der Bussen in der Praxis unter 5'000 Franken beträgt und das Bundesgericht das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder eines anderweitig besonders bedeutsamen Falles erfahrungsgemäss äusserst restriktiv bejaht (s. Ausführungen im erläuternden Bericht, S. 5). Aus grundsätzlichen rechtsstaatlichen Überlegungen stehen wir einer solch massiven Einschränkung des Beschwerderechts in Strafsachen ablehnend gegenüber.

### *Art. 79 Abs. 1 lit. c E-BGG*

In Ziff. 2.1.2 des erläuternden Berichts wird dargelegt, Entscheide der Beschwerdeinstanzen der Kantone sollten zukünftig nur mit Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht angefochten werden können, wenn sie Zwangsmassnahmen oder Einstellungsverfügungen betreffen. Das Bundesgericht hat im Urteil 6B\_1021/2014 vom 3. September 2015 entschieden, dass als Rechtsmittel gegen nachträgliche Entscheide die Beschwerde ergriffen werden müsse. Darunter fallen auch nachträgliche Anordnungen von Massnahmen, bis hin zur Verwahrung. Sollte die geplante Gesetzesänderung zur Folge haben, dass solche Entscheide nicht mehr mit Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht angefochten werden können, erscheint uns dies als problematisch.

### *Art. 79a E-BGG*

Die hier vorgeschlagene Streitwertgrenze von 30'000 Franken für adhäsionsweise geltend gemachte Zivilansprüche bei der Beschwerde in Strafsachen wird in der Praxis nur selten erreicht und würde u.E. zu vielen Rechtsuchenden den Weg an das Bundesgericht versperren, weshalb wir die Änderung ablehnen.

### *Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 E-BGG*

Dass die Privatklägerschaft, welche nicht gleichzeitig Opfer ist, gegen Prozessurteile und Verfahrenseinstellungen nicht mehr zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt sein soll, beschränkt den Rechtsschutz aus unserer Sicht ebenfalls (wie die Änderungen in Art. 79 Abs. 1 lit. a und 79a E-BGG) zu stark.

*Art. 81 Abs. 4 E-BGG*

Art. 81 Abs. 4 E-BGG bestimmt, die Kantone könnten vorsehen, dass eine mit Aufgaben im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs betraute Behörde zur Beschwerde gegen kantonale Entscheide nach Art. 78 Abs. 2 lit. b BGG berechtigt ist. Wir begrüßen die Schaffung dieser Möglichkeit. Damit kann im Kanton Solothurn eine Lücke geschlossen werden. Bisher war lediglich die Staatsanwaltschaft in diesem Bereich zur Beschwerde ans Bundesgericht legitimiert (Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BGG). Da die Staatsanwaltschaft allerdings im kantonalen Verfahren weder Partei, noch in anderer Weise an diesen Verfahren beteiligt ist, entfällt diese Beschwerdemöglichkeit (vgl. BGer 6B\_664/2013, Urteil vom 16. Dezember 2013).

*Art. 83 Abs. 1 lit. b und lit. c und Art. 83 Abs. 2 E-BGG*

Heute umfasst das Bundesgerichtsgesetz auf dem Gebiet des Ausländerrechts in Art. 83 lit. c BGG einen abschliessenden und unmissverständlichen Ausnahmekatalog jener Entscheide, gegen welche eine Beschwerde an das Bundesgericht nicht zulässig ist. Beschwerden gegen Entscheide auf dem Gebiet des Asyls sind nach Art. 83 lit. d BGG ebenfalls unzulässig, wenn sie vom Bundesverwaltungsgericht getroffen worden sind (ausser sie betreffen Personen, gegen die ein Auslieferungsersuchen des Staates vorliegt, vor welchem sie Schutz suchen) oder wenn sie von einer kantonalen Vorinstanz getroffen worden sind und eine Bewilligung betreffen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt. Dieser Ausnahmekatalog hat sich aus unserer Sicht bewährt.

Uns scheinen zudem die in Art. 83 Abs. 1 lit. b und c und Abs. 2 E-BGG (sowie Art. 84 E-BGG) vorgesehenen Bestimmungen im Vergleich mit den bestehenden Regelungen von der Formulierung her viel umständlicher. Sie erschliessen sich für den Rechtsuchenden weniger klar.

Die Bestimmung von Art. 83 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 E-BGG beschränkt die Beschwerdemöglichkeit auf Niedergelassene oder Personen, deren Aufenthalt seit zehn Jahren bewilligt war. Dem Bericht zum Vernehmlassungsentwurf ist (implizit) zu entnehmen, dass es sich bei „Personen, deren Aufenthalt seit zehn Jahren bewilligt war“, um solche handelt, die sich seit mindestens zehn Jahren rechtmässig in der Schweiz aufhalten. Damit scheint man nicht wörtlich am Zeitpunkt der Bewilligungserteilung anknüpfen zu wollen. Warum der Gesetzestext dennoch an die Bewilligungserteilung anknüpft, ist schwer verständlich. Der enge Begriff „bewilligt“ birgt nämlich Unklarheiten in sich. So ist beispielsweise fraglich, wie es sich verhält, wenn sich eine Person zwar ordnungsgemäss in der Schweiz aufhält, deren Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung jedoch erst mit einiger Verzögerung bewilligt wird. Zu klären bliebe überdies, bei welchen Konstellationen des Aufenthaltes bzw. der Bewilligungsarten der Aufenthalt in der Schweiz als „bewilligt“ gilt (z.B. bei Personen mit einem Ausweis N oder F). Allenfalls würde sich eine Angleichung an das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) anbieten. Dieses knüpft von der Terminologie her an einen ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt an (so in Art. 42 Abs. 3 AuG bzw. Art. 43 Abs. 2 AuG oder auch Art. 63 Abs. 2 AuG).

Mit der Einschränkung der Beschwerdemöglichkeit auf Personen mit einem seit zehn Jahren bewilligten Aufenthalt oder einer Niederlassungsbewilligung wird sich das Bundesgericht zu bisher in der Rechtsprechung zum Migrationsrecht relevanten Themen nicht mehr äussern können, jedenfalls nicht im Rahmen einer Einheitsbeschwerde unter dem Titel von Art. 83 Abs. 1 lit. b E-BGG. So werden wohl die meisten höchstrichterlichen Beurteilungen eines Anspruches nach Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG infolge häuslicher Gewalt oder wegen einer engen Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht zum Kind ausbleiben. Die Folge davon könnte sein, dass kantonale (End-) Entscheide in diesen Bereichen künftig an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) weitergezogen würden. Gerade um zu verhindern, dass gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen in gewissen Bereichen einzig noch die Beschwerde an den EGMR offen stünde, wurde im Rahmen der parlamentarischen Beratungen des Bundesgerichtsgesetzes die subsidiäre Verfassungsbeschwerde aufgenommen. Diese soll im Rahmen der aktuellen Revision des Bundesgerichtsgesetzes abgeschafft werden. Wollte man die erwähnten Fälle künftig unter dem Titel von Art. 83 Abs. 2 E-BGG behandeln, würde dies nicht zu einer Entlastung des Bundesgerichts führen.

Mit der neuen Regelung muss sich das Bundesgericht mit Themen auseinandersetzen, welche es bisher im Rahmen einer Einheitsbeschwerde nicht überprüfen musste, da eine Beschwerde ausgeschlossen war (beispielweise Wegweisungen oder Kantonswechsel). Dass mit der besagten Einschränkung der Beschwerdemöglichkeit mit gleichzeitigem Wegfall des Ausnahmekatalogs, wie er heute in Art. 83 lit. c BGG besteht, die mit der Revision beabsichtigte Entlastung des Bundesgerichts – insbesondere von weniger bedeutenden Fällen – erreicht werden kann, darf vor diesem Hintergrund bezweifelt werden.

Welche Staatsverträge neben dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) unter Art. 83 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 E-BGG fallen, geht aus dem Bericht zum Vernehmlassungsentwurf nicht hervor. Eine Aufzählung der Staatsverträge wäre im Sinne der Nachvollziehbarkeit der Beschwerdemöglichkeit an dieser Stelle zu begrüssen.

Die obgenannte Einschränkung der Beschwerdemöglichkeit in Art. 83 Abs. 1 lit. b E-BGG soll die Mehrbelastung des Bundesgerichts, die aus der „moderaten Öffnung des Rechtsweges an das Bundesgericht“ in Art. 83 Abs. 2 und Art. 84 Abs. 2 E-BGG entsteht, kompensieren. Die Vorlage will in den Bereichen, in denen die ordentliche Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen wäre, den Zugang zum Bundesgericht ausnahmsweise öffnen, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Diese Bestimmung lässt viele Fragen offen und wir bezweifeln, dass sie sich in der Praxis bewähren wird. Die Definition eines besonders bedeutenden Falls im bestehenden Art. 84 Abs. 2 BGG ist dabei nur beschränkt hilfreich. Verwertbare Anhaltspunkte bietet bestenfalls die bisher zu Art. 84 bzw. 84a BGG ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts (z.B. BGE 139 II 340, E. 4). Aber selbst die Berücksichtigung dieser Rechtsprechung vermag nichts an der Tatsache zu ändern, dass die Triage der Fälle, welche einer höchstrichterlichen Beurteilung bedürfen, bei Art. 83 Abs. 2 E-BGG einzig und allein dem Bundesgericht obliegt. Dies ist zum einen im Hinblick auf die Rechtssicherheit insbesondere unter dem Aspekt der Vorhersehbarkeit problematisch. Andererseits sind die Erfolgsaussichten einer Beschwerde durch die Offenheit der Formulierung von Art. 83 Abs. 2 E-BGG selbst für Rechtskundige nicht mehr abschätzbar, was dazu führen kann, dass vorsorglich in jedem Fall eine Beschwerde an das Bundesgericht mit den erweiterten Rügegründen, wonach sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder sich aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt, erhoben wird.

Dem erläuternden Bericht ist überdies zu entnehmen, dass mit der Erweiterung der Rügegründe die Auslegung von Bundesgesetzrecht vom Bundesgericht überall frei und nicht bloss auf Willkür überprüft werden könne und die Rechtssuchenden in den Bereichen des öffentlichen Rechts davon profitierten, dass die Regelung der Beschwerdelegitimation bei der Einheitsbeschwerde etwas grosszügiger als bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde sei (S. 8). Die Erweiterung der Rügegründe hält einem Vergleich mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde, welche mit dieser Revision entfallen soll, aber ohnehin nicht stand. Im erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nur 5 Prozent der Beschwerdeeingänge ausmache, wovon 72 Prozent mit einem Nichteintreten erledigt würden (S. 8). So gesehen erfüllt die subsidiäre Verfassungsbeschwerde doch genau, was der Gesetzgeber bei deren Schaffung beabsichtigt hat, nämlich, dass die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (einschliesslich der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK]) gerügt werden kann und damit die einheitliche Anwendung des Bundesverfassungsrechts durch letzte kantonale Instanzen garantiert wird. Die Einschätzung, wonach die genannten Bestimmungen zu einer Mehrbelastung des Bundesgerichts führen werden, wird unter Berücksichtigung von Art. 109 Abs. 1 E-BGG bekräftigt. Denn danach entscheiden die Abteilungen in Dreierbesetzung über Nichteintreten auf Beschwerden, bei denen sich weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt noch aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.

#### *Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 E-BGG*

Im Hinblick auf die laufende parallele Revision des Beschaffungsrechts bei Bund und Kantonen, bei welcher der (bislang unterschiedlich geregelte) Rechtsschutz in den bisherigen Arbeiten der gemeinsamen Arbeitsgruppe ein wichtiges Thema war, wäre es aus Sicht der Kantone angezeigt und zu begrüssen, wenn das vereinheitlichende Element einer höchstrichterlichen Rechtspre-

chung zum öffentlichen Beschaffungswesen aufrecht erhalten bleiben könnte. Damit soll vermieden werden, dass die parallel harmonisierten Rechtsgrundlagen künftig von den kantonalen Gerichten und dem Bundesverwaltungsgericht eigenständig interpretiert werden und so im ungünstigsten Fall am Schluss 27 unterschiedliche Urteile zur gleichen Streitfrage vorliegen. Aufgrund der neuen Regelung in Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 E-BGG und des Wegfalls der bisherigen kumulativen Voraussetzung der Streitwertgrenze dürfte nicht zu erwarten sein, dass das Bundesgericht sich veranlasst sieht, vermehrt Entscheide im Bereich der öffentlichen Beschaffungen zu treffen, was wir aus den erwähnten Gründen bedauern würden.

#### *Art. 84 E-BGG*

Da die meisten Ausführungen zu Art. 83 Abs. 1 lit. b und lit. c sowie Abs. 2 E-BGG auch auf Art. 84 E-BGG übertragbar sind, soll nur noch kurz auf diesen eingegangen werden: Der in Art. 84 Abs. 1 lit. a E-BGG genannte Ausnahmekatalog entspricht zu einem grossen Teil dem heute geltenden Ausnahmekatalog von Art. 83 lit. c BGG. Die Anerkennung der Staatenlosigkeit und die Ausstellung von Ausweisen und Reisedokumenten werden neu erwähnt; dagegen sind andere, heute im Katalog aufgeführte Entscheide wie die Verlängerung der Grenzgängerbewilligung, Kantonswechsel oder Stellenwechsel von Personen mit Grenzgängerbewilligung weggefallen. Ausserdem gilt der Ausnahmekatalog von Art. 84 Abs. 1 lit. a E-BGG nur für Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts. Wird etwa ein kantonaler Entscheid zur gleichen Thematik (beispielsweise zu einer Wegweisung) an das Bundesgericht weitergezogen, ist eine Beschwerde unter den Bedingungen von Art. 83 Abs. 1 lit. b E-BGG und damit eine Beurteilung durch das Bundesgericht möglich. Dass bei Art. 84 Abs. 2 lit. a E-BGG gemäss dem erläuternden Bericht auf das Kriterium des besonders bedeutenden Falles verzichtet wird, weil wegen der Offenheit dieses Kriteriums das Risiko bestünde, dass das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht den Fall relativ oft nicht gleich einschätzen würden (S. 9), mutet befremdlich an. Einerseits bestätigt diese Aussage, dass die Offenheit des Kriteriums offenbar selbst zwischen zwei Gerichten auf Bundesebene zu unterschiedlichen Einschätzungen führen kann und andererseits birgt ebenso die Beurteilung, ob sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, das Risiko, dass sich die beiden Gerichte nicht einig sind.

#### *Art. 86 Abs. 2 E-BGG*

Mit der Regelung, dass die Kantone als unmittelbare Vorinstanzen stets obere Gerichte einzusetzen haben, können wir uns einverstanden erklären (vorbehältlich der Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter [Art. 86 Abs. 3 BGG] sowie bei Stimmrechtssachen [Art. 88 BGG]). Das im Kanton Solothurn für Steuersachen zuständige Kantonale Steuergericht erfüllt die Anforderungen an ein oberes Gericht.

#### *Art. 93a und 93b E-BGG*

Ausgehend vom – neuen und von uns abgelehnten – Konzept der Einheitsbeschwerde ist es konsequent, die strengen Voraussetzungen auch bei Teil-, Vor- und Zwischenentscheiden zu verlangen. Gleiches gilt hinsichtlich der vorsorglichen Massnahmen. Dabei wäre es hilfreich, solche vorsorglichen Massnahmen – insbesondere die Gewährung der aufschiebenden Wirkung – in einem (nicht abschliessenden) Kurz-Katalog exemplarisch zu nennen.

#### *Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 E-BGG*

Die vorgesehene Anpassung von Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 E-BGG ist zu begrüssen. Die volle Sachverhaltsprüfung des Bundesgerichts bei Geldleistungen der Unfall- und Militärversicherung ist systemwidrig geworden und führt zu Differenzen mit der Invalidenversicherung. Hingegen erscheint die hier neu vorgesehene volle Sachverhaltsprüfung des Bundesgerichts bei Beschwerden in Stimmrechtssachen, die sich nicht gegen einen Gerichtsentscheid richten, als angezeigt.

*Art. 100 Abs. 2 Bst. c und 101a Abs. 1 E-BGG*

Dass neu für alle Entscheide der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 7 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE; SR 211.222.32) die 10-tägige Beschwerdefrist gilt, ist zu begrüßen, da es sich in aller Regel um dringliche Fälle handelt. Aus demselben Grund begrüßen wir die Herabsetzung der Beschwerdefrist bei Beschwerden betreffend kantonale Volkswahlen oder -abstimmungen auf 5 Tage.

*Art. 49 Abs. 2 E-VwVG*

Die Angemessenheitskontrolle im gerichtlichen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist jedenfalls bezogen auf das Sozialversicherungsrecht auf jeden Fall beizubehalten (z.B. die Angemessenheit eines Abzugs vom Tabellenlohn muss einer gerichtlichen Überprüfung weiterhin zugänglich sein). Falls, wie im vorgeschlagenen Art. 49 Abs. 2 E-VwVG vorgesehen, die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich keine Angemessenheitsprüfung mehr umfassen soll, ist die im Entwurf ebenfalls enthaltene Ausnahme für das Sozialversicherungsrecht zu statuieren. In diesem Bereich ist es von zentraler rechtsstaatlicher Bedeutung, dass eine gerichtliche Instanz die Angemessenheit des Verwaltungsentscheids überprüfen kann.

*Art. 31 E-BöB*

Aufgrund der hängigen Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen dürfte sich diese Anpassung erübrigen.

*Ziff. 2.6, S. 14 des erläuternden Berichts, Verzicht auf Änderungen beim Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte*

Eine verbindliche Klärung beim Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte, wenn eidgenössische Angelegenheiten zur Diskussion stehen, wäre wünschenswert, selbst wenn die Rechtsprechung inzwischen Wege aufgezeigt hat. Da sich nun die Gelegenheit einer Regelung bietet, sollte diese ergriffen werden.

Gerne hoffen wir auf eine Berücksichtigung unserer Anliegen im weiteren Gesetzgebungsverfahren.

Mit freundlichen Grüßen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES



Roland Furst  
Landammann



Andreas Eng  
Staatsschreiber

# Regierungsratsbeschluss

vom 23. Februar 2016

Nr. 2016/305

## Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Schreiben an das Bundesamt für Justiz

---

### 1. Erwägungen

Die Staatskanzlei unterbreitet dem Regierungsrat das Schreiben an das Bundesamt für Justiz betreffend Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes zur Beratung und Beschlussfassung.

### 2. Beschluss

Das Schreiben an das Bundesamt für Justiz betreffend Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes wird beschlossen.



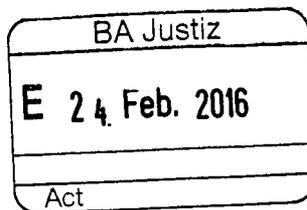
Andreas Eng  
Staatschreiber

### Beilagen

Schreiben an das Bundesamt für Justiz vom 23. Februar 2016

### Verteiler

Staatskanzlei  
Staatskanzlei, Legistik und Justiz (FF) (3)  
Departement des Innern  
Obergericht  
Gerichtskonferenz  
Staatsanwaltschaft  
Jugendanwaltschaft  
Medien



Regierung des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St.Gallen

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement  
Bundeshaus West  
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen  
Regierungsgebäude  
9001 St.Gallen  
T +41 58 229 32 60  
F +41 58 229 38 96

St.Gallen, 23. Februar 2016

### Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG); Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sie haben uns mit Schreiben vom 12. November 2015 die Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes (SR 173.110; abgekürzt BGG) zur Vernehmlassung unterbreitet.

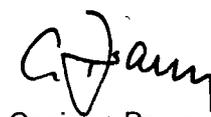
Mit der vorgeschlagenen Revision sind wir grundsätzlich einverstanden.

Unsere Bemerkungen zu einzelnen Punkten wollen Sie bitte dem Anhang entnehmen.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Im Namen der Regierung

  
Benedikt Würth  
Präsident

  
Canisius Braun  
Staatssekretär



**Beilage:**  
Anhang

**Zustellung auch per E-Mail (pdf-Version) an:**  
cornelia.perler@bj.admin.ch



RRB 2016/091 / Anhang  
**Anhang**

## **zur Vernehmlassung der Regierung des Kantons St.Gallen zur Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

---

### **Harmonisierung zwischen dem BGG und der Strafprozessordnung:**

Die in der Strafprozessordnung (SR 312.0; abgekürzt stopp) enthaltenen Ausnahmen vom Grundsatz der "double instance" (z.B. Art. 248 Abs. 3 StPO und Art. 186 StPO) sind nicht nur für das Bundesgericht belastend, sondern auch für die kantonalen Staatsanwaltschaften unbefriedigend. Die Verfahren vor Bundesgericht sind kosten- und zeitintensiver als jene vor kantonalen Gerichten. Die vorgesehenen Änderungen in der StPO (keine Ausnahmen vom Grundsatz der doppelten Instanz) begrüssen wir daher.

### **Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen:**

#### **Art. 78 Abs. 2 Bst. a E-BGG:**

Die Neuformulierung schafft Klarheit.

#### **Art. 79 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 E-BGG:**

Nach Art. 79 Abs. 1 Bst. a E-BGG ist die Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht unzulässig gegen die Verurteilung wegen einer Übertretung, wenn eine Busse von höchstens Fr. 5000.– ausgesprochen wurde und mit der Beschwerde nicht eine höhere Strafe angestrebt wird. Diese Ausnahmebestimmung begrüssen wir, betreffen doch diese Verurteilungen Bagatelldelikte. Vor diesem Hintergrund ist unseres Erachtens fraglich, ob es für die Anwendungsfälle von Art. 79 Abs. 1 Bst. a E-BGG der Gegenausnahme von Art. 79 Abs. 2 E-BGG bedarf.

#### **Art. 79a E-BGG:**

Die in diesem Artikel festgelegte Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– erscheint angemessen. Aus Gründen der Rechtsgleichheit bevorzugen wir von den beiden vorgeschlagenen Artikeln die Variante zu Art. 79a E-BGG.

#### **Art. 84 Abs. 2 Bst. a E-BGG:**

Es erscheint rechtsstaatlich zweifelhaft, wenn ein unteres Gericht selber festlegen kann, ob einer seiner Entscheide weitergezogen werden kann oder nicht. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass im Unterschied zu den Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichtes im Ausländerrecht (Art. 84 Abs. 2 Bst. a E-BGG), wo das Bundesverwaltungsgericht als Voraussetzung für einen Weiterzug an das Bundesgericht im angefochtenen Entscheid selber feststellen muss, dass dieser eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betrifft, ein kantonales Verwaltungsgericht keine solche Feststellung als Eintretensvoraussetzung für das Bundesgericht treffen muss/darf (Art. 83 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 E-BGG).

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches  
Justiz- und Polizeidepartement  
Frau Simonetta Sommaruga  
Bundesrätin  
3003 Bern

Frauenfeld, 16. Februar 2016

## **Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)**

### **Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum Entwurf für eine Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) sowie weiterer Erlasse. Grundsätzlich erachten wir den Vorschlag, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde abzuschaffen und andererseits den Zugang an das Bundesgericht trotz Ausnahmekatalog in Fällen zuzulassen, in denen sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt, als sinnvoll. Allerdings bitten wir Sie, für die weiteren Gesetzgebungsarbeiten die nachfolgenden Bemerkungen zum BGG sowie zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0) zu berücksichtigen.

### **Art. 79 Abs. 1 lit. c BGG**

Nach dieser Bestimmung sollen nur noch Beschwerdeentscheide der obersten kantonalen Instanzen an das Bundesgericht weitergezogen werden können, wenn sie eine Zwangsmassnahme oder eine Einstellungsverfügung betreffen. Es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es liege aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vor. Entscheide der kantonalen Beschwerdeinstanzen, die gewöhnliche Verfahrenshandlungen oder Verfahrensfragen betreffen, sind damit regelmässig endgültig. Wir anerkennen zwar die Zielrichtung der Entlastung des Bundesgerichts durch diese Bestimmung. Auf der anderen Seite haben wir aber erhebliche Bedenken, dass, wenn in weniger bedeutenden Fällen die einzige Beschwerdeinstanz im Kanton endgültig entscheiden kann, dies einer allgemeinen Akzeptanz des Entscheides gerade in komplexen Verfahren nicht unbedingt förderlich ist. Daher lehnen wir diese Regelung ab.

2/5

### **Art. 79a BGG**

Bezüglich der Streitwertgrenze bevorzugen wir die Variante zu Art. 79a des Entwurfs. Diese Variante liegt näher bei der Regelung gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

### **Art. 83 Abs. 1 lit. a und b BGG**

Dem Bericht des Bundesamts für Justiz vom 4. November 2014 zum Vernehmlassungsentwurf kann entnommen werden, dass u.a. mit den Bestimmungen von Art. 83 Abs. 1 lit. a und b BGG eine Entlastung des Bundesgerichts von weniger bedeutenden Fällen erreicht werden soll. Angesichts dessen, dass eine Beschwerde bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder wenn aus anderen Gründen ein bedeutender Fall vorliegt, trotzdem zulässig ist, ist fraglich, ob im Ergebnis wirklich eine Entlastung stattfindet, ist doch bei jeder Beschwerde zu prüfen, ob diese Umstände vorliegen oder nicht.

Der Ausnahmekatalog von Art. 83 Abs. 1 lit. b BGG geht zudem recht weit. Es stellt sich die Frage, ob einer schweizweit einheitlichen Rechtsprechung auf diesen Gebieten nicht der Vorzug vor einer Entlastung des Bundesgerichts zu geben ist. Wegen der Notwendigkeit der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs wird auch jeder Rechtssuchende, der an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gelangen möchte, das Bundesgericht mittels Beschwerde anzurufen haben, wodurch sich keine Entlastung des Bundesgerichts ergeben wird.

### **Art. 83 Abs. 1 lit. e BGG**

Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 2 BGG sieht vor, dass auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen einzig noch Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung vom Bundesgericht beurteilt werden sollen. Die bisherige kumulative Voraussetzung der Streitwertgrenze fällt vollumfänglich weg. Damit werden Beschwerden, die das öffentliche Beschaffungsrecht betreffen, ausschliesslich im Falle von Rechtsfragen mit einem erheblichen rechtlichen Interesse beurteilt. Der Umstand, dass eine aufgeworfene Rechtsfrage vom Bundesgericht noch nie entschieden wurde, dürfte hingegen gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch künftig nicht genügen, um eine höchstrichterliche Klärung verlangen zu können.

Das Thema des Rechtsschutzes stellte Bund und Kantone bei der parallelen Revision des Beschaffungsrechts vor grosse Herausforderungen, insbesondere da hier bis anhin bedeutende Unterschiede bestanden. Aufgrund der Bemühungen beider Seiten konnten aber auch in diesem Bereich weitestgehend gemeinsame Lösungen gefunden werden.

3/5

Obwohl nun der Bund und die Kantone in Zukunft voraussichtlich über nahezu identische Rechtsgrundlagen und über analoge Rechtsschutzbestimmungen für die Anfechtung von Vergabeentscheiden verfügen werden, wird aufgrund der neuen Ausnahmeregelung von Art. 83 Abs. 1 lit. e BGG nicht zu erwarten sein, dass das Bundesgericht sich dadurch veranlasst sieht, vermehrt Entscheide im Bereich der öffentlichen Beschaffungen zu treffen. Aus unserer Sicht wäre es jedoch angezeigt und zu begrüßen, dass das bisherige höchstrichterliche vereinheitlichende Element der schweizerischen Rechtsprechung zum öffentlichen Beschaffungswesen aufrecht erhalten bleibt. Damit soll vermieden werden, dass die parallel harmonisierten Rechtsgrundlagen künftig von den kantonalen Gerichten und dem Bundesverwaltungsgericht eigenständig interpretiert werden und so im ungünstigsten Fall am Schluss 27 unterschiedliche Urteile zur gleichen Streitfrage vorliegen.

#### **Art. 83 Abs. 1 lit. f BGG**

Bei den in den Erläuterungen erwähnten Konzessionen bleibt unklar, wie der Begriff der Konzession definiert wird. Beispielsweise kann daraus nicht abgeleitet werden, ob auch faktische Monopole generell unter die Ausnahmeregelung fallen. Die Palette der Beispiele vergleichbarer Konzessionserteilungen, aber auch von öffentlich ausgeschriebenen Leistungsaufträgen, müsste daher aus Sicht der Kantone breiter abgestützt werden.

#### **Art. 83 Abs. 1 lit. h BGG**

Diese Bestimmung nimmt Entscheide auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zwar grundsätzlich von der Beschwerdemöglichkeit in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aus, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es liege aus anderen Gründen ein bedeutender Fall vor. Mit der Regelung von Abs. 3 zu Art. 83 BGG, die im Wesentlichen derjenigen des alten Art. 84 BGG entspricht, bleibt indessen alles so, wie es bis anhin war.

#### **Art. 86 Abs. 2 BGG**

Eine Notwendigkeit für diese Änderung ist nicht ersichtlich. Den Rekurskommissionen im Kanton Thurgau kommt richterliche Unabhängigkeit zu. Es ist nicht einzusehen, weshalb sie dort nicht mehr unabhängige Vorinstanzen des Bundesgerichts sein können, wo sie es bisher waren (z.B. die Steuerrekurskommission im Steuerbezugs- und -erlassverfahren).

#### **Art. 100 Abs. 2 BGG**

Aus unserer Sicht ist es dringend angezeigt, dass auch gegen Entscheide im Sinne von Art. 92 BGG (Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und den Ausstand) nur eine zehntägige Beschwerdefrist offen stünde, um übermässige Verzögerungen zu vermeiden.

4/5

rungen in hängigen Verfahren zu vermeiden. Aus diesem Grunde beantragen wir zusätzlich eine entsprechende Anpassung.

#### **Art. 101a BGG**

Art. 100 Abs. 1 des geltenden BGG hält fest, dass Beschwerden gegen einen Entscheid innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung beim Bundesgericht einzureichen sind. Gemäss Entwurf soll diese Frist für Beschwerden in Stimmrechtssachen auf fünf Tage verkürzt werden, was zweckmässig ist. Im neuen Art. 101a BGG wird zusätzlich vorgesehen, dass Beschwerden fünf Tage nach Eröffnung des Entscheids oder nach der Entdeckung der Unregelmässigkeit beim Bundesgericht eingereicht werden können. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist allerdings auch für die Geltendmachung einer angeblichen Unregelmässigkeit die späteste Beschwerdemöglichkeit zu definieren, nämlich auf jeden Fall zehn Tage nach der Veröffentlichung der Ergebnisse der Abstimmungen und Wahlen. Wir schlagen daher folgende Ergänzung von Abs. 1 dieser Bestimmung vor:

„<sup>1</sup> Beschwerden, die Volkswahlen oder -abstimmungen betreffen, sind innert fünf Tagen nach der Eröffnung des Entscheids bzw. nach der Entdeckung der Unregelmässigkeit, spätestens zehn Tage nach der Veröffentlichung der Ergebnisse einer Wahl oder Abstimmung einzureichen.“

#### **Art. 40 Abs. 1 StPO**

Der Entscheid der Oberstaatsanwaltschaft, der Generalstaatsanwaltschaft oder der Beschwerdeinstanz soll neu nicht mehr endgültig sein. Warum dies auch bei solchen regelmässig amtsinternen Streitigkeiten so sein soll, ist für uns nicht erklärbar. Es kann sich bei diesen Gerichtsstandskonflikten nämlich nur um solche zwischen den einzelnen Abteilungen der Staatsanwaltschaft handeln. Zumindest diese Konflikte betreffen indessen lediglich die interne Organisation der Staatsanwaltschaften, die durch sie selbst festzusetzen und zu handhaben sind. Deshalb kann es nicht angehen, dass der betreffende Entscheid der obersten Führung der Staatsanwaltschaft an eine kantonale Beschwerdeinstanz und sogar noch an das Bundesgericht weiterziehbar sein soll.

#### **Art. 410 Abs. 5 StPO**

Weil wir die vorgeschlagene Variante von Art. 79a BGG bevorzugen, sprechen wir uns auch hier für die Variante aus.

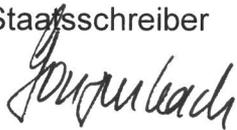
5/5

Mit freundlichen Grüßen

Der Präsident des Regierungsrates



Der Staatsschreiber





## Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

### **Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG); Vernehmlassung**

Sehr geehrter Herr Direktor  
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 12. November 2015 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die Kantonsregierungen im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens eingeladen, zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) Stellung zu nehmen. Wir äussern uns dazu wie folgt.

Als oberste rechtsprechende Behörde des Bunds soll sich das Bundesgericht zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können. Seine Aufgaben kann das Bundesgericht jedoch nur wirksam und zufriedenstellend wahrnehmen, wenn dieses von weniger bedeutenden Fällen, namentlich von Bagatellfällen oder Fällen, in denen erfahrungsgemäss meistens bloss (unzulässige) Sachverhaltsrügen vorgebracht werden, entlastet wird. Wir begrüssen deshalb das Vorhaben des Bundesrats, die heutige Fehlbelastung des Bundesgerichts zu beheben.

Wir erachten es sachlich als vertretbar, dass namentlich im Strafrecht bei Bussen von weniger als 5'000 Franken für Übertretungen nicht mehr beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden kann. Auch begrüssen wir die Überarbeitung des Ausnahmekatalogs betreffend Zu-

gang zum Bundesgericht. Die Gegen Ausnahme (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder aus anderen Gründen besonders bedeutender Fall) übernimmt künftig die Funktion der heutigen subsidiären Verfassungsbeschwerde. Die Auslegung von Bundesgesetzesrecht kann künftig überall frei und nicht bloss auf Willkür hin überprüft werden. Dies bringt den Bürgerinnen und Bürgern ein Mehr an Rechtsschutz.

Wir unterstützen die vorgesehene neue Regelung, wonach Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur zulässig sind, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Vorsorgliche Massnahmen haben vorläufigen Charakter und sind regelmässig von zeitlich begrenzter Wirkung. Das Bundesgericht soll sich nicht mehrere Male mit der gleichen Frage im gleichen Verfahren befassen müssen.

Das Schliessen von Rechtslücken im Strafrechtsbereich erscheint als sachgerecht. Die sich daraus ergebende Mehrbelastung der kantonalen Gerichte, insbesondere durch die Ausdehnung des Grundsatzes der doppelten Instanz, wird als vertretbar angesehen.

Hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Ausstandsentscheiden wird angeregt, dass hier im Sinne einer Ausnahme weiterhin direkt beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden kann. Mit Blick auf die Rechtssicherheit und die spezifischen Umstände des Ausstandsverfahrens wird es als angezeigt erachtet, an der bisherigen Regelung im Sinne einer Ausnahme festzuhalten.

Sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren, wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie mit vorzüglicher Hochachtung.

Altdorf, 19. Februar 2016



Im Namen des Regierungsrats

Frau Landammann

Der Kanzleidirektor

Dr. Heidi Z'graggen

Roman Balli

Regierungsrat, Postfach 156, 6301 Zug

**A-Post**

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Zug, 23. Februar 2016 hs

**Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)  
Vernehmlassung des Kantons Zug**

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Auftrag des Bundesrates haben Sie die Kantonsregierungen mit Schreiben 12. November 2015 eingeladen, zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes bis 29. Februar 2016 eine Vernehmlassung einzureichen. Gestützt auf ein internes Mitberichtsverfahren nehmen wir diese Gelegenheit gerne innert Frist wahr.

Nach Prüfung der Revisionsvorlage können wir Ihnen mitteilen, dass wir mit den vorgeschlagenen Änderungen des Bundesgerichtsgesetzes grösstenteils einverstanden sind. Wir begrüssen insbesondere die Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Durch die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde wird es fortan mit der Einheitsbeschwerde nur noch ein Rechtsmittel an das Bundesgericht geben. Wir sind überzeugt, dass diese Vereinfachung des Rechtsmittelweges sowohl im Interesse der Rechtssuchenden als auch der Behörden ist. Nicht einverstanden sind wir hingegen mit den neu vorgesehenen Ausnahmekatalogen von Art. 83 und 84 E-BGG, soweit das Ausländer- und Asylrecht betroffen ist. Hierzu stellen wir die folgenden Änderungsanträge:

**Anträge:**

1. Die Bestimmung von Art. 83 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 E-BGG ist auf Personen zu beschränken, die zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids seit mindestens zehn Jahren über eine Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) verfügen oder denen bereits eine Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) erteilt worden ist.
2. Die Regelung von Art. 84 Abs. 2 Bst. a E-BGG ist auch auf das Gebiet des Asyls gemäss Art. 84 Abs. 1 Bst. b E-BGG anzuwenden.

**Begründung:**

1. Wir sind mit der Revisionsvorlage insoweit einverstanden, dass Entscheide auf dem Gebiet des Ausländerrechts, die nicht unter Art. 84 Abs. 1 Bst. a E-BGG fallen, nicht beim Bundesgericht angefochten werden können, es sei denn sie betreffen eine Person, deren Aufenthalt in der Schweiz zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids seit mindestens zehn Jahren bewilligt war oder der bereits eine Niederlassungsbewilligung erteilt worden ist. Unklar ist nach dem Wortlaut dieser Bestimmung allerdings, ob lediglich Personen, die seit mindestens 10 Jahren über eine Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) verfügen, erfasst werden oder ob auch andere Personen mit mindestens zehnjährigem bewilligtem Aufenthalt in der Schweiz gemeint sind, namentlich vorläufig Aufgenommene (Ausweis F). Eine Antwort auf diese Frage lässt sich auch dem Bericht zum Vernehmlassungsentwurf nicht entnehmen. Unseres Erachtens muss der Anwendungsbereich von Art. 83 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 E-BGG auf Personen mit Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) beschränkt sein, da andernfalls die Gebiete des Ausländer- und Asylrechts vermischt werden. Wir beantragen daher eine entsprechende Einschränkung bzw. Präzisierung von Art. 83 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 E-BGG.

2. Art. 84 Abs. 2 Bst. a E-BGG sieht vor, dass die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf den in Art. 84 Abs. 1 Bst. a E-BGG genannten Gebieten des Ausländerrechts ausnahmsweise zulässig ist, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und das Bundesverwaltungsgericht dies im angefochtenen Entscheid festgestellt hat. Wir begrüßen diese Regelung, sind aber der Meinung, dass sie nicht auf das Ausländerrecht beschränkt werden, sondern auch auf das Asylrecht gemäss Art. 84 Abs. 1 Bst. b E-BGG Anwendung finden sollte. Den Asylentscheiden des Bundesverwaltungsgerichts kommt allgemein eine sehr grosse Tragweite zu und diese haben einen erheblichen Einfluss auf die Arbeit der kantonalen Migrationsämter. Gewisse Leitentscheide des Bundesverwaltungsgerichts hatten in der Vergangenheit zudem erhebliche Auswirkungen auf die schweizerische Asylpolitik, beispielsweise die Rechtsprechung zur Wehrdienstverweigerung eritreischer Staatsangehöriger als Asylgrund. Entscheide solcher Tragweite sollten nicht in der abschliessenden Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts liegen, sondern vom Bundesgericht als höchster rechtsprechender Instanz entschieden werden. Dies kann mit der Ausweitung der Bestimmung von Art. 84 Abs. 2 Bst. a E-BGG auf das Gebiet des Asylrechts erreicht werden. Eine massiv höhere Belastung des Bundesgerichts oder eine Verzögerung der Asylverfahren ist nicht zu befürchten, da es sich um jährlich einige wenige Entscheide von grundsätzlicher Bedeutung handeln würde. Wir nehmen Kenntnis davon, dass der Bundesrat unseren Änderungsantrag auf S. 10 des Berichts zum Vernehmlassungsentwurf im Wesentlichen unterstützt. Wir können uns indes nicht seiner Meinung anschliessen, dass diese Änderung erst nach dem Volksentscheid zum Referendum über die Neustrukturierung des Asylbereichs in einer getrennten Vorlage an die Hand zu nehmen und umzusetzen ist. Vielmehr kann dies ohne Probleme bereits in der vorliegenden Revisionsvorlage geschehen. Andernfalls können viele Jahre vergehen, bis die Umsetzung erfolgt ist und es besteht keine Gewähr, dass dieses Vorhaben überhaupt weiterverfolgt wird.

Seite 3/3

Für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und unserer Anträge danken wir Ihnen.

Zug, 23. Februar 2016

Freundliche Grüsse  
Regierungsrat des Kantons Zug



Heinz Tännler  
Landammann



Tobias Moser  
Landschreiber

Kopie an:

- Eidgenössische Parlamentarier des Kantons Zug
- Verwaltungsgericht
- Obergericht
- Sicherheitsdirektion
- Amt für Migration
- [cornelia.perler@bj.admin.ch](mailto:cornelia.perler@bj.admin.ch) (Dokument im PDF-Format)



Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement  
Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Öffentliches Recht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

10. Februar 2016 (RRB Nr. 104/2016)

**Änderung des Bundesgerichtsgesetzes  
(Vernehmlassung)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 12. November 2015 haben Sie uns den Vorentwurf zu einer Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

**A. Allgemeine Bemerkungen**

Die vorgeschlagenen Änderungen betreffen in erster Linie die Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Das Bundesgericht soll von unbedeutenderen Fällen entlastet und bestehende Rechtsschutzlücken sollen behoben werden. Der Vernehmlassungsentwurf sieht zu diesem Zweck unter anderem die Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde, die Erhöhung der Streitwertgrenzen sowie die Anpassung des Ausnahmekatalogs bei der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor. Wir können die mit der Revision verfolgten Ziele zwar nachvollziehen, erachten aber den Bedarf für eine derart umfassende Revision des noch keine zehn Jahre in Kraft stehenden Bundesgerichtsgesetzes nicht als gegeben. Für den Fall, dass die Revision trotzdem erfolgt, nehmen wir nachfolgend zum Vorentwurf Stellung.

**B. Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde**

Der geplanten Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde stehen wir kritisch gegenüber. Dieses Rechtsmittel hat sich grundsätzlich bewährt und trägt gemäss den Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf auch nicht zur Überlastung des Bundesgerichts bei. Gemäss dem Bericht handelte es sich im Jahr 2013 von 7919 Eingängen nur bei 394 um subsidiäre Verfassungsbeschwerden (rund 5%), wobei das Bundesgericht in 72% der Fälle nicht auf die Beschwerde eintrat. Folglich hatte das Bundesgericht 2013 nur 110 subsidiäre Verfassungsbeschwerden materiell zu behandeln.

Als Ersatz für den Wegfall der subsidiären Verfassungsbeschwerde soll die Zulässigkeit der ordentlichen Beschwerde erweitert werden: Der Zugang zum Bundesgericht soll für alle grundlegenden Rechtsfragen oder für sonst besonders bedeutende Fälle offenstehen. Diese erweiterten Beschwerdegründe sind als Gegenausnahmen zu den Ausnahmen von der Zulässigkeit der Einheitsbeschwerde vorgesehen. Dies könnte zur Folge haben, dass in der Praxis vor Bundesgericht in erster Linie über das Bestehen einer Gegenausnahme diskutiert wird, was wiederum zu einem Mehraufwand bei den im Verfahren beteiligten Parteien und auch beim Bundesgericht führen würde. Als besonders fragwürdig erachten wir die unbestimmten Begriffe «*Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung*» und «*aus anderen Gründen besonders bedeutender Fall*». Das Bundesgericht soll hier gemäss dem Bericht zum Vernehmlassungsentwurf über einen weiten Beurteilungsspielraum verfügen. Für die beschwerdeführende Partei wird daher in der Praxis wohl selten im Voraus abschätzbar sein, ob sich das Bundesgericht materiell mit dem Fall beschäftigen wird oder nicht. Im direkten Vergleich mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde werden die Beschwerdegründe zwar erweitert, die vorgesehene Regelung führt aber insofern zu einer Einschränkung des Rechtsschutzes, als die Beurteilung, *welche* Fälle die neuen Kriterien erfüllen, dem Bundesgericht überlassen wird. Tatsächlich entscheidet das Bundesgericht damit bei solchen Beschwerden selbst darüber, ob es sich mit dem Fall beschäftigt oder nicht, und dies aufgrund von Kriterien, die erst durch die Rechtsprechung gefestigt werden müssten.

Heute besteht ein Anspruch darauf, dass sich das Bundesgericht mit einer formell ausreichend begründeten subsidiären Verfassungsbeschwerde materiell auseinandersetzt. Nach der vorgesehenen Revision muss sich das Bundesgericht aber nicht auf Beschwerden einlassen, die weder Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen noch aus anderen Gründen einen bedeutenden Fall darstellen, auch wenn die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt wird. Die Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde führt damit nicht zu mehr, sondern zu weniger Rechtssicherheit und schmälert den Rechtsschutz.

**Antrag:** Auf die Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde ist zu verzichten. Sie soll weiterhin als Auffangbestimmung den Rechtsschutz verfassungsmässiger Rechte garantieren. Wird an der Erweiterung der Zulässigkeit der ordentlichen Beschwerden festgehalten, sind die Zulassungskriterien zu konkretisieren.

### **C. Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte**

Gemäss Art. 189 Abs. 1 Bst. f BV beurteilt das Bundesgericht Streitigkeiten wegen Verletzung von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte. Dennoch gibt es auf Bundesebene keine Möglichkeit, in Stimmrechtssachen gegen Handlungen des Bundesrates (Beispiel: Abstimmungserläuterungen) oder der Bundesversammlung im Vorfeld von Wahlen oder Abstimmungen vorzugehen. Der Bericht des Bundesrates über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013 (BBI2013 9077, 9107 f.) erkannte deshalb Handlungsbedarf beim Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte. Er schlug vor, gegen Akte des Bundesrates und der Bundesversammlung in Stimmrechtssachen die direkte Beschwerde an das Bundesgericht vorzusehen.

Die Revisionsvorlage verzichtet auf die Verbesserung des Rechtsschutzes in diesem Bereich mit der Begründung, dass die neuere Bundesgerichtspraxis sowohl den Rechtsschutz der Stimmberechtigten als auch den Rechtsweg ausreichend geklärt habe. Die zitierten Entscheide brachten zwar eine gewisse Klärung, nämlich dass die Erläuterungen des Bundesrates nicht direkt anfechtbar sind, dass sie aber als Teil der Informationslage im Vorfeld einer Volksabstimmung in allgemeiner Weise zum Gegenstand eines Verfahrens gemacht

werden können (BGE 138 I 61, 87 E. 7.4). Dennoch ist die Rechtslage weiterhin unklar. Es ist fraglich, ob sich eine *kantonale* Instanz zu den Auswirkungen (in der ganzen Schweiz) der Erläuterungen des Bundesrates auf eine Abstimmung soll äussern dürfen. Es besteht unseres Erachtens nach wie vor Handlungsbedarf, und wir regen an, die im Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013 vorgeschlagenen Verbesserungen umzusetzen.

#### **D. Grundsatz des zweistufigen Instanzenzugs («double instance»)**

Gemäss Vorlage soll es keine Ausnahme mehr vom Grundsatz des zweistufigen Instanzenzugs geben. Die Beschwerde ans Bundesgericht ist damit nur gegen Rechtsmittelentscheide oberer kantonalen Gerichte zulässig. Ausnahmen gibt es heute namentlich im Bereich des Strafprozessrechts (z. B. bei Gerichtsstands- und Ausstandsentscheiden) und im Bereich der Verrechnungssteuer. Bei der vorgesehenen Neuregelung gilt es zu bedenken, dass der Gesetzgeber bei der Einführung der Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 in den betroffenen Bereichen bewusst einen kurzen Instanzenzug vorgesehen hat, wie z. B. bei den Entsiegelungsentscheiden oder bei den Entscheidungen der Zwangsmassnahmengerichte. Das Zwischenschalten einer zusätzlichen kantonalen Instanz würde zu einer entsprechenden Verlängerung dieser Verfahren führen und im Falle eines Gerichtsstandskonflikts das Verfahren sogar bereits zu Beginn des eigentlichen Strafverfahrens verzögern. Wir lehnen daher eine weitere kantonale Instanz ab.

#### **E. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen**

##### **Änderungen des Bundesgerichtsgesetzes**

##### **Art. 79 Abs. 1 Bst. a E-BGG (Streitwertgrenze bei Bussen)**

Die Beschwerde in Strafsachen soll unzulässig sein gegen Verurteilungen wegen einer Übertretung, wenn eine Busse von höchstens Fr. 5000 ausgesprochen wurde und mit der Beschwerde nicht eine höhere Strafe angestrebt wird. Wir können diese Einschränkung des Beschwerderechts nachvollziehen, da das Bundesgericht dadurch von gewissen Bagatellfällen entlastet wird. Wir möchten aber darauf hinweisen, dass die vorgeschlagene Regelung im Jugendstrafrecht zu einer stossenden Ungleichbehandlung führen wird, da der Bussenhöchstbetrag bei Jugendlichen Fr. 2000 beträgt. Verurteilungen von Jugendlichen zu einer Busse wegen einer Übertretung könnten somit nicht mit Beschwerde ans Bundesgericht angefochten werden. Bei Verurteilungen von Jugendlichen mit einer *leichteren* Strafe wie dem Verweis oder der persönlichen Leistung wäre ein Weiterzug ans Bundesgericht jedoch möglich.

##### **Art. 79 Abs. 1 Bst. c E-BGG (Ausnahme Beschwerde gegen kantonale Entscheide)**

Die Bestimmung beschränkt das Beschwerderecht grundsätzlich auf Entscheide der Beschwerdeinstanz (im Kanton Zürich die III. Strafkammer des Obergerichts), die Zwangsmassnahmen oder Einstellungen betreffen. Damit sollen die wichtigsten gerichtlichen Entscheide während des Vorverfahrens zwar weiterhin der bundesgerichtlichen Justizkontrolle zugänglich sein. Alle übrigen Entscheide könnten aber grundsätzlich nicht vom Bundesgericht überprüft werden, auch wenn sie willkürlich sein sollten. Dies würde auch Entscheide betreffen, die für die Staatsanwaltschaft einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge haben könnten, wie etwa Entscheide der Beschwerdeinstanz, welche die Entsiegelung untersagen, Entscheide, durch die angeblich offensichtlich unverwertbare Einvernahmeprotokolle aus den Akten entfernt werden, oder Entscheide, bei denen die Teilnahme an

Einvernahmen von Mitbeschuldigten trotz Kollusionsgefahr gewährt wird. Derartige Entscheide führen unter Umständen infolge der (mittelbar) verursachten Beweislosigkeit zu Einstellungen oder Freisprüchen, ohne dass anlässlich des Hauptverfahrens die betreffenden Fragen vor dem Sachgericht, Obergericht und Bundesgericht noch einmal aufgeworfen werden könnten. Wir lehnen die vorgeschlagene Regelung ab, da sie den Zugang ans Bundesgericht auch für die Staatsanwaltschaft als Partei im Beschwerdeverfahren erheblich einschränkt.

**Antrag:** Art. 79 Abs. 1 Bst. c E-BGG ist wegzulassen.

#### **Art. 81 Abs. 4 E-BGG (Behördenbeschwerde)**

Nach heutiger Rechtslage endet ein Rechtsmittelverfahren gegen einen Vollzugsentscheid zwangsläufig, wenn das kantonale Verwaltungsgericht eine entsprechende Beschwerde gutheisst. Die obsiegende Beschwerdeführerin oder der obsiegende Beschwerdeführer wird den Entscheid selbstredend nicht weiterziehen, während den unterliegenden Vollzugsbehörden die notwendige Rechtsmittellegitimation fehlt. Wir begrüssen daher die vorgesehene Ermächtigung der Kantone, eine mit Aufgaben im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs betraute Behörde zur Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 Abs. 2 Bst. b BGG zu berechtigen.

#### **Art. 83 Abs. 1 E-BGG (Ausnahmekatalog)**

Wir regen an, den Ausnahmekatalog in Art. 83 Abs. 1 BGG grundlegend zu überarbeiten und zu straffen. Insbesondere auf den Ausschluss der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auf dem Gebiet der Krankenversicherung (Bst. r) wäre zu verzichten. Bei Verfahren in diesem Bereich geht es einerseits um sehr hohe Beträge, andererseits betreffen sie häufig einen Grossteil der Bevölkerung. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet als erstinstanzliches Gericht und meist sogar als erste Rechtsmittelinstanz. Vorinstanz ist in der Regel der Regierungsrat des betreffenden Kantons. Sowohl prozessual als auch materiell stellen sich regelmässig Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Es ist sachlich nicht gerechtfertigt, in diesem wichtigen Sachbereich die Beschwerde an das Bundesgericht nicht zuzulassen.

**Antrag:** Straffung des Ausnahmekatalogs in Art. 83 Abs. 1 E-BGG, insbesondere Weglassen von Bst. r.

#### **Art. 84 Abs. 2 Bst. a E-BGG (Ausländer- und Asylrechtsentscheide)**

Gewisse Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts im Ausländer- und Asylrecht sollen mit Beschwerde ans Bundesgericht anfechtbar sein, wenn sich eine Rechtsfrage von besonderer Bedeutung stellt und dies das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid festgehalten hat. Den Entscheid, ob ein Rechtsmittel zulässig ist oder nicht, dem erkennenden Gericht selbst zu überlassen, wäre in der schweizerischen Rechtslandschaft ein Novum und erscheint nicht als sachgerecht. Die Parteien müssten bereits in ihren Eingaben an das Bundesverwaltungsgericht begründen, weshalb das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde an das Bundesgericht zulassen soll. Zu diesem Zeitpunkt steht aber noch nicht fest, wer im Verfahren obsiegen wird. Es ist den Parteien folglich noch gar nicht bekannt, ob eine entsprechende Begründung für sie überhaupt notwendig ist. Für den Fall des Unterliegens wären sie aber dennoch gezwungen, diesen Aufwand zu betreiben, auch wenn er sich im Fall des Obsiegens als überflüssig herausstellen sollte. Letztlich müssten sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht gesondert beurteilen, ob es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, und nur wenn dies beide Instanzen bejahen, würde das Bundesgericht die Beschwerde materiell behandeln.

Es ist ausserdem unklar, wie vorgegangen werden kann gegen einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, wonach es sich *nicht* um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt.

**Antrag:** Auf die Voraussetzung, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid festhalten soll, dass es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, ist zu verzichten.

#### **Art. 93b und 98 E-BGG (vorsorgliche Massnahmen)**

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind zeitlich dringend und ergehen in der Regel aufgrund einer summarischen Prüfung. Es ist nicht sinnvoll, als Voraussetzung für ein Rechtsmittel gegen vorsorgliche Massnahmen zu verlangen, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die bisherige Voraussetzung, die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, ist klar und führt zu einer sinnvollen Beschränkung der Anfechtbarkeit von vorsorglichen Massnahmen.

**Antrag:** Auf eine Änderung bei der Anfechtung von vorsorglichen Massnahmen ist zu verzichten.

#### **Änderung der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0)**

##### **Art. 135 Abs. 3 E-StPO (Entschädigungsentscheide)**

Wir begrüssen die Aufhebung des Rechtsmittelwegs der Beschwerde ans Bundesstrafgericht für Entschädigungsentscheide betreffend amtliche Verteidigungen, die durch das Obergericht gefällt werden. Der heutige zweiteilige Rechtsweg, der bei Entschädigungen im Vorverfahren und erstinstanzlichen Hauptverfahren beim Bundesgericht und bei obergerichtlichen Entscheiden beim Bundesstrafgericht endet, führt zu materiell unterschiedlichen Präjudizien. Mit der Neufassung wird dieser Missstand behoben.

#### **Änderung des Verrechnungssteuergesetzes (VStG, SR 642.21)**

##### **Art. 56 E-VStG**

Nach der heutigen Fassung von Art. 56 VStG können Entscheide der kantonalen Rekurskommission durch Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, ohne dass zuerst das kantonale Verwaltungsgericht angerufen werden müsste. Dies widerspricht dem Grundsatz von Art. 86 Abs. 2 E-BGG, wonach nur obere kantonale Gerichte als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts entscheiden können. Da es offenbar der Regelungsabsicht des Bundes entspricht, auch im Bereich der Verrechnungssteuer einen zweistufigen innerkantonalen Instanzenzug vorzusehen, sollte dies auch im Verrechnungssteuergesetz noch klargestellt werden, beispielsweise mit einer zusätzlichen Bestimmung in Anlehnung an Art. 145 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11).

#### **Änderung des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32)**

##### **Art. 32 und Art. 33 Bst. a und b E-VGG**

Gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung kann im geltenden Recht nur in Ausnahmefällen Beschwerde ans Bundesgericht erhoben werden. Wir begrüssen daher, dass in gewissem Umfang ein Rechtsmittel gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung geschaffen werden soll. Für einen noch besseren Rechtsschutz regen wir an, den Ausnahmekatalog in Art. 32 VGG entweder ganz abzuschaffen oder noch weiter zu straffen.

**Antrag:** Abschaffung oder zumindest Straffung des Ausnahmekatalogs in Art. 32 VGG.

## **Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021)**

### **Art. 49 Abs. 2 E-VwVG**

Dem Bundesverwaltungsgericht steht heute grundsätzlich eine volle Ermessenskontrolle zu. Die Rüge der Angemessenheit wird jedoch in verschiedenen Spezialgesetzen ausgeschlossen. Der Vernehmlassungsentwurf sieht nun vor, die Beschränkung auf die Rechts- und Sachverhaltskontrolle zur Regel zu machen, wobei die Angemessenheitsprüfung für bestimmte Bereiche weiterhin gesetzlich vorgesehen werden kann.

Im erläuternden Bericht wird diesbezüglich ausgeführt, dass es für beide Varianten berechnete Argumente gebe, die sich etwa die Waage halten. Sowohl das hauptsächlich betroffene Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht hätten sich aber gegen eine grundsätzliche Änderung der Bestimmungen über die Kognition ausgesprochen. Vor diesem Hintergrund ist der vorgeschlagene Systemwechsel nicht nachvollziehbar und auch sachlich rechtfertigt sich die Änderung nicht. Eine wirksame Angemessenheitskontrolle muss sichergestellt werden, um zu verhindern, dass eine Verwaltungseinheit des Bundes ohne jede weitere Kontrollmöglichkeit einen Ermessensbereich in abschliessender Kompetenz ausschöpft. Der im Bericht geltend gemachten fehlenden Sachnähe des Bundesverwaltungsgerichts könnte allenfalls durch die Wiedereinführung des verwaltungsinternen Rechtsschutzes auf Bundesebene begegnet werden.

**Antrag:** Auf die Änderung von Art. 49 VwVG ist zu verzichten.

### **F. Finanzielle Auswirkungen**

Der erläuternde Bericht äussert sich nicht zu den finanziellen Auswirkungen auf die Kantone. Die Streichung der Ausnahmen vom Grundsatz des zweistufigen Instanzenzugs führt im Kanton Zürich dazu, dass bei Rechtsmittelverfahren in gewissen Bereichen des Strafprozessrechts und der Verrechnungssteuer zusätzlich ein oberes Gericht als Vorinstanz des Bundesgerichts eingesetzt werden muss, was bei den betroffenen oberen Gerichten zu entsprechendem Mehraufwand führen wird.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin,  
die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

Der Staatsschreiber:



Repubblica e Cantone  
Ticino

## Il Consiglio di Stato

Ufficio federale di giustizia  
Ambito direzionale Diritto pubblico  
Bundesrain 20  
3003 Berna

### Procedura di consultazione concernente la revisione della legge federale sul Tribunale federale (LTF)

Gentili Signore,  
Egregi signori,

abbiamo ricevuto la missiva del 12 novembre 2015 in merito alla summenzionata procedura di consultazione e, ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro parere, formuliamo le osservazioni seguenti.

Il Consiglio di Stato ha esaminato con attenzione l'avamprogetto nonché il relativo rapporto esplicativo e, nel complesso, condivide le proposte presentate. Il nuovo testo di legge permette di completare la riforma della giustizia federale che ha preso avvio nel 2007 ed ha avuto importanti ripercussioni sull'organizzazione, sulle competenze e sull'attività delle autorità giudiziarie anche del Cantone Ticino. Anche a mente dello scrivente Governo ticinese è in primo luogo opportuno sgravare l'Alta Corte dalla trattazione dei casi di scarsa importanza oltre che opportuno migliorare la tutela giurisdizionale permettendo di adire il Tribunale federale per tutte le questioni giuridiche d'importanza fondamentale o nei casi particolarmente importanti. D'altro canto il Consiglio di Stato auspica che le nuove disposizioni federali si inseriscano in modo armonioso nella riorganizzazione del settore della giustizia che il Governo ticinese ha avviato negli scorsi anni: un riassetto strategico che mira a dotare il Canton Ticino di un apparato giudiziario moderno, efficace ed efficiente. Di conseguenza le modifiche proposte dal Dipartimento federale di giustizia e polizia meritano approvazione, con le seguenti precisazioni riguardo ad alcuni articoli dell'avamprogetto.

1. Art. 42 cpv. 2 secondo periodo LTF

Fulcro della revisione è la possibilità di adire il Tribunale federale su questioni giuridiche d'importanza fondamentale o nei casi particolarmente importanti, in tutti quelle materie dove attualmente invece non è possibile ricorrere all'Alta Corte (per esempio in materia di assistenza internazionale amministrativa, di asilo o in materia di assistenza internazionale in materia fiscale, o ancora nel diritto civile e penale). Condividiamo il principio, ma auspichiamo che la nozione di "*questione di importanza fondamentale*" continui ad essere interpretata in modo restrittivo come il Tribunale federale ha dimostrato di fare fino ad oggi. In caso contrario, si rischierebbe di svuotare di significato la norma. Riveste dunque un ruolo

determinante individuare quali questioni di diritto devono essere giudicate per la prima volta e quali devono essere riesaminate in considerazione delle forti critiche dottrinali. La giurisprudenza dei tribunali cantonali ne trarrà sicuramente giovamento per le questioni giuridiche che divergono da un Cantone all'altro.

Il rapporto sulla modifica della legge federale sul Tribunale federale rimane inoltre piuttosto sul vago in merito alla nozione di *“un caso particolarmente importante per altri motivi”*. Il Consiglio di Stato su questo punto auspica una maggior chiarezza su questo concetto che – per stessa ammissione del Dipartimento (cfr. pag. 6/33) – sarà meno invocato rispetto alla *“questione di importanza fondamentale”*.

2. Art. 46 cpv. 2 lett. c LTF

Condividiamo il principio secondo cui i procedimenti concernenti le misure di protezione e le decisioni di ricorso secondo la legge federale del 21 dicembre 2007 sul rapimento internazionale dei minori e sulle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti non vengano sospesi dalle ferie giudiziarie. Infatti, tale ambito, particolarmente sensibile in quanto concerne l'interesse e il bene superiore di un minore, richiede una particolare tutela e celerità. Alla luce dell'attualità in questa difficile tematica che varca le frontiere svizzere, la disponibilità e la rapidità della giustizia elvetica è fondamentale per garantire la protezione dei minori a livello internazionale.

3. Artt. 83 e 84 LTF

Lo scrivente Consiglio non può condividere la proposta di estendere le possibilità di adire il Tribunale federale in materia di stranieri affinché il Tribunale federale contribuisca anche in questo campo all'unità e all'evoluzione del diritto. Benché il nuovo onere per l'Alta Corte sia limitato, non superando le 20 decisioni all'anno secondo le previsioni, si rimarca che questa nuova facoltà di impugnare le decisioni del Tribunale amministrativo federale costituirà per la maggioranza dei casi un tentativo certo di prolungare il soggiorno in Svizzera tramite la presentazione di rimedi giuridici con scarsa possibilità di successo, con i conseguenti importanti oneri finanziari a carico dei Cantoni.

4. Art. 86 cpv. 2 LTF

Corollario della possibilità di adire il Tribunale federale su questioni giuridiche d'importanza fondamentale o nei casi particolarmente importanti è quello di sgravare l'Alta Corte dei casi di importanza minore, ritenuto che i nuovi oneri introdotti dalla revisione aumenteranno, per forza di cose, il numero delle nuove cause inoltrate al Tribunale federale. L'esame dell'ammissibilità del ricorso in due fasi, come previsto dalla nuova legge, rispecchia quindi in modo efficace la volontà di sgravare l'onere del Tribunale federale nonché l'obiettivo della modifica di legge prospettata. In questo contesto, la preoccupazione del Governo ticinese è tuttavia che non vi sia un riversamento di oneri sulla giustizia dei singoli Cantoni. Infatti, già in passato a seguito dell'intervento del legislatore federale o di sentenze emesse dal Tribunale federale, il nostro Cantone ha dovuto giocoforza adeguare la propria organizzazione giudiziaria con un conseguente aumento di oneri, costi e competenze. Come indicato in ingresso, nel Canton Ticino è attualmente in atto un progetto di riforma che si ispira all'organizzazione giudiziaria federale e che si prefigge di individuare un'organizzazione più efficiente ed efficace della giustizia nel suo complesso, mediante un ripensamento delle strutture e delle competenze, nonché la razionalizzazione delle risorse destinate alle autorità giudiziarie. Auspichiamo dunque che la nuova legge federale, sgravando ulteriormente i giudici di Mon Repos (in particolare nel diritto penale e pubblico), non porti un sovraccarico della giustizia ticinese.

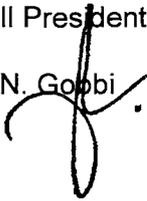
In conclusione il Consiglio di Stato del Canton Ticino auspica che la revisione della legge federale sul Tribunale federale possa essere approvata, tenendo in considerazione le osservazioni di cui sopra.

Vogliate gradire l'espressione della nostra massima stima.

**PER IL CONSIGLIO DI STATO**

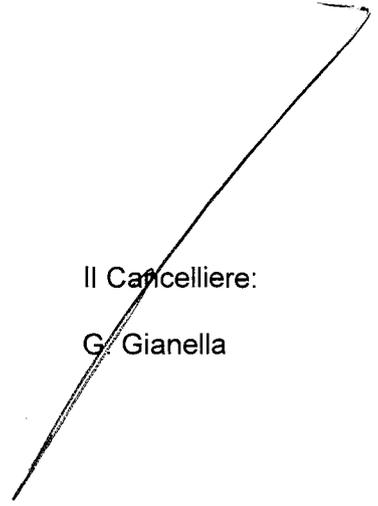
Il Presidente:

N. Gobbi



Il Cancelliere:

G. Gianella



Copia p.c. a:

- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni ([di-sg@ti.ch](mailto:di-sg@ti.ch));
- Divisione della giustizia ([di-dg@ti.ch](mailto:di-dg@ti.ch));
- Deputazione ticinese alle camere federali ([joerg.debernardi@ti.ch](mailto:joerg.debernardi@ti.ch); [nicolo.parente@ti.ch](mailto:nicolo.parente@ti.ch); [renata.gottardi@ti.ch](mailto:renata.gottardi@ti.ch); [sara.guerra@ti.ch](mailto:sara.guerra@ti.ch));
- Pubblicazione in Internet.



CHA - SACE  
Case postale 3964  
1211 Genève 3

BA Justiz
E 25. Feb. 2016
Act

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction de Droit public  
Bundesrain 20  
3003 Berne

N° du courrier : 720-2016

Genève, le 24 février 2016

**Concerne : Projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral**

Madame, Monsieur,

La Chancellerie d'Etat nous prie de vous transmettre, sous ce pli, une copie du courrier adressé ce jour à Madame Simonetta Sommaruga, conseillère fédérale, relatif à l'objet mentionné sous rubrique.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de notre considération distinguée.

Service administratif  
du Conseil d'Etat

Annexe mentionnée



Genève, le 24 février 2016

## Le Conseil d'Etat

720-2016

**COPIE**

Département fédéral de justice et police  
Madame la Conseillère fédérale  
Simonetta Sommaruga  
Palais fédéral Ouest  
3003 Berne

**Concerne : consultation concernant le projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral**

Madame la Conseillère fédérale,

Après avoir examiné le projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral mis en consultation, le Conseil d'Etat se déclare favorable dans l'ensemble aux simplifications proposées et à l'idée sous-jacente d'alléger la charge du Tribunal fédéral pour augmenter son efficacité. Il est d'autre part sensible à la nécessité de garantir aux justiciables des voies de droit effectives ainsi qu'une application uniforme du droit fédéral et des principes généraux gouvernant l'ordre juridique helvétique. Il tient à développer quelques points appelant selon lui des adaptations ou de nouvelles réflexions.

L'article 46 alinéa 2 P-LTF prévoit une formulation quelque peu modifiée et agrémentée d'une exception complémentaire à la suspension des délais. Le Conseil d'Etat suggère de profiter de cette modification pour intégrer une création prétorienne. En effet, parmi les procédures auxquelles les fêtes ne s'appliquent pas, le Tribunal fédéral a ajouté les recours en matière de détention (cf. notamment ATF 133 I 260). Si l'article 46 alinéa 2 P-LTF ne le mentionnait pas, il subsisterait une situation ambiguë, qui s'accentuerait d'ailleurs en ce sens qu'on pourrait être tenté d'y voir un silence qualifié.

Les nouvelles exceptions prévues à l'article 79 P-LTF pour les recours en matière pénale sont destinées à désengorger le Tribunal fédéral, en lui évitant d'avoir à se pencher sur des cas considérés *a priori* comme étant de peu d'importance. Dans cette optique, les amendes prononcées pour des contraventions apparaissent tomber dans une telle catégorie (art. 79 al. 1 let. a P-LTF). Cela étant, le Conseil d'Etat estime que cette exception peut présenter le risque d'empêcher une application uniforme du droit fédéral, fût-ce uniquement pour des contraventions, en particulier en relation avec celles qui sont prévues par des lois fédérales spéciales (p.ex. loi sur la circulation routière, loi sur la concurrence déloyale, loi sur les bourses). Il convient de décharger le Tribunal fédéral des cas réellement bagatelles, comme par exemple un recours déposé pour une amende de CHF 100.-, tout en laissant la voie ouverte pour des affaires impliquant des amendes plus lourdes, qui répriment *de facto* des cas plus graves. De cette manière, le rôle du Tribunal fédéral consistant à créer un socle jurisprudentiel – qui s'appliquera aussi aux cas moins graves – demeure préservé. La barrière ne devrait pas être placée au-delà de CHF 1'000.-.

La proposition de prévoir l'irrecevabilité du recours au Tribunal fédéral contre les décisions des autorités cantonales de recours rendues en application de l'article 20 du code de procédure pénale (CPP) se justifie (art. 79 al. 1 let. c P-LTF). Il est judicieux d'admettre tout de même le recours lorsqu'il s'agit de mesures de contrainte, qui portent par définition atteinte à des droits fondamentaux. Cela étant, les mesures de contrainte sont potentiellement nombreuses dans le cours d'une procédure pénale. Pour diminuer le risque de manœuvres dilatoires et de recours qui surchargent le Tribunal fédéral, une autre option consisterait à limiter cette exception aux décisions portant sur la mesure de contrainte la plus incisive, la détention. Pour le surplus, il est judicieux également de laisser subsister, comme le propose le projet, la voie du recours en présence d'une ordonnance de classement puisque celle-ci peut avoir des effets similaires à un acquittement. Enfin, sous réserve des remarques qui suivent, il est louable que le recours puisse être ouvert malgré tout si la contestation soulève une question juridique de principe ou porte sur un cas particulièrement important (art. 79 al. 2 P-LTF).

S'agissant de l'ouverture d'une voie de recours extraordinaire, lorsque la contestation soulève une question juridique de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important (art. 73, 74 al. 2 let. a, 79 al. 2, 79a al. 2, 83 al. 2, 85 al. 2, 93a, 93b P-LTF), elle a pour but de compenser la disparition du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss. LTF), ce qui est censé rendre plus simple l'usage des voies de recours. Le Conseil d'Etat considère qu'il est important que la restriction des voies de recours ne conduise pas à un effet collatéral de développement d'interprétations cantonales disparates du droit fédéral. Il est au demeurant légitime de se demander si l'effet escompté de décharge se produira. En effet, même si la voie de l'article 79 alinéa 2 P-LTF est extraordinaire, elle n'aura vraisemblablement pas pour autant l'effet de dissuader les plaideurs de l'utiliser. Le Tribunal fédéral ne doit pas interpréter trop restrictivement les notions de "*question juridique de principe*" et de "*cas particulièrement important*" telles qu'elles figurent dans les différents articles du projet. Il nous paraît pouvoir être déduit du rapport explicatif que ces deux notions devraient être interprétées plus largement que la violation des droits constitutionnels (cf. pp. 8 et 22 du rapport). S'il est prévu que la violation des droits fondamentaux fait partie de ces notions, il serait judicieux de le préciser expressément. Si en revanche tel n'est pas le cas, il apparaît inconcevable qu'une violation d'un droit fondamental, qui sous-tend l'ordre juridique suisse, ne puisse pas être sanctionnée par le Tribunal fédéral. Cela militerait dès lors également pour que ce motif figure *expressis verbis* dans les dispositions concernées.

L'article 79a P-LTF envisage de limiter les recours en matière pénale s'agissant de prétentions civiles, en appliquant le principe de la valeur litigieuse. Une telle limitation peut se justifier, par analogie avec la règle qui prévaut de manière générale pour une action civile indépendante. Toutefois, une valeur litigieuse de CHF 30'000.- risque d'avoir pour conséquence de fermer la voie du recours à de nombreuses victimes, les dommages et intérêts n'atteignant souvent pas ce montant. La limite ne devrait vraisemblablement pas se situer au-delà de CHF 10'000.-. Pour le surplus, la seconde variante de l'article est préférable puisqu'elle impose clairement son application également aux indemnités qui pourraient être demandées par le prévenu.

L'article 81 LTF est modifié de telle sorte que la qualité pour recourir d'un plaignant qui n'a pas la qualité de victime est admise plus restrictivement (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 P-LTF). Cette modification doit permettre de soulager le Tribunal fédéral, au motif que les nombreux recours affichent en pratique un faible taux de succès (rapport, pp. 6 et 7). Nous émettons quelques réserves quant au fait qu'il puisse s'agir là d'un motif suffisant pour se séparer d'une voie de recours. Cela ne va pas empêcher les plaideurs d'invoquer des constructions juridiques alambiquées pour tenter de faire admettre un recours, même si les chances sont faibles, voire très faibles. Quoi qu'il en soit, conformément aux explications données à l'appui du projet, le plaignant qui n'a pas la qualité formelle de victime, soit par exemple le lésé d'une infraction contre le patrimoine, ne pourra pas faire examiner sa cause par le Tribunal

fédéral en cas de classement de la procédure (cf. rapport pp. 7 et 17). La voie civile indépendante lui restera certes accessible, mais elle peut devenir illusoire en fonction de ce qu'aura retenu l'autorité pénale comme motif de classement. C'est le lieu de rappeler que le CPP a précisément étendu la qualité pour recourir aux parties plaignantes, même non victimes (rapport p. 7 ; cf. aussi art. 382 CPP). Le principe est précisément d'éviter au maximum que le lésé, qu'il ait la qualité de victime ou non, ne doive engager une procédure civile indépendante devant une autre autorité. Cette modification paraît ainsi peu souhaitable.

L'article 81 alinéa 4 P-LTF doit permettre aux cantons de conférer à une autorité, qui a attributions en matière d'exécution des peines et mesures, la qualité pour recourir en matière pénale contre des décisions sur l'exécution des peines et des mesures. Cette proposition reprend un des postulats d'une motion parlementaire fédérale (13.4296). Sur le principe, cette faculté présente un intérêt dans la mesure où elle permettrait au législateur cantonal d'ouvrir la qualité pour recourir à l'autorité d'exécution, qui peut avoir des motifs d'attaquer certaines décisions dans des cas pour lesquels le Ministère public déciderait de renoncer à recourir. Le revers de la médaille pourrait se manifester au travers d'interventions dans la procédure plus ou moins importantes d'un canton à l'autre, créant des inégalités. En outre, il s'agirait de prévoir une coordination entre la qualité pour recourir de l'accusateur public (art. 81 al. 1 ch. 3 LTF) et celle de l'autorité désignée sur la base de l'article 81 alinéa 4 P-LTF.

Le canton de Genève regrette les restrictions apportées aux voies de recours en matière de droit des étrangers (art. 83 P-LTF), qui pourraient avoir pour conséquence, dans ces domaines, des pratiques disparates des cantons, alors qu'il s'agit de l'application du droit fédéral. Néanmoins, l'assouplissement prévu d'autre part à l'article 84 P-LTF doit être salué puisqu'il permet de garantir une interprétation uniforme du droit fédéral. Il apparaît cependant discutable que la recevabilité des recours contre les décisions du Tribunal administratif fédéral soit subordonnée à la constatation par celui-ci qu'il existe une question juridique de principe (art. 84 al. 2 let. a P-LTF). Cela implique que l'autorité de première instance analyse à la place du Tribunal fédéral l'existence d'une des conditions de recevabilité du recours. En outre, l'article 84 alinéa 2 lettre a P-LTF ne mentionne que les "*questions juridiques de principe*", sans faire mention des "*cas particulièrement importants*", qui figurent dans les autres dispositions, sans que le rapport explicatif du projet n'indique pour quelle raison.

Le Conseil d'Etat est favorable à la réduction du délai de recours de 30 jours à 5 jours pour les élections et votations cantonales (art. 101a P-LTF). Il est nécessaire d'assurer un traitement rapide de telles procédures. Les décisions prises par le corps électoral ont vocation à déployer leurs effets dans les meilleurs délais, qu'il s'agisse d'une élection ou d'une votation sur une initiative ou un référendum.

Notre Conseil prend également note de la volonté du Conseil fédéral de renoncer à une modification de la protection juridictionnelle dans le domaine des droits politiques en matière fédérale (rapport, p. 14). Cela étant, il se demande si la solution actuelle prévalant pour les cas dépassant un seul canton, qui consiste en une décision préalable d'irrecevabilité du gouvernement cantonal avant le recours au Tribunal fédéral, représente vraiment une solution satisfaisante. Pour avoir dû traiter ce genre de cas durant ces 3 dernières années, notre Conseil estime au contraire que cette question devra, si ce n'est dans le cadre du présent projet de révision, faire l'objet d'une nouvelle analyse à moyen terme.

Les articles 40, 59, 125, 150, 186, 248 et 440 CPP prévoient des décisions pour lesquelles l'autorité compétente statue définitivement, avec pour conséquence qu'il n'y a pas de recours ou d'appel fondé sur le CPP. En revanche, la saisine du Tribunal fédéral reste possible. L'avant-projet a pris le parti de supprimer ces exceptions. Le but est d'éviter que le Tribunal fédéral n'ait à se prononcer directement sur ces décisions. Le Conseil d'Etat partage le souci d'assurer l'efficacité du Tribunal fédéral. Cela étant, cette modification va générer par voie

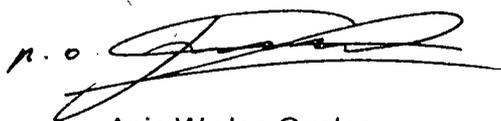
de conséquence une charge plus importante au niveau cantonal, puisque l'autorité de recours pourra être saisie, ceci sans garantir que les litiges ne seront pas ensuite soumis à l'échelon fédéral.

Le Conseil d'Etat salue l'abrogation de la voie de recours pour le moins atypique au Tribunal pénal fédéral contre des décisions des autorités cantonales supérieures en matière d'indemnisation de défenseur d'office, conformément à l'article 135 alinéa 3 lettre b CPP. Cette disposition confère à l'autorité judiciaire fédérale de première instance, une position supérieure à celle des autorités cantonales judiciaires suprêmes, ce qui ne se justifie pas. En suivant le même raisonnement, le canton de Genève suggère à la Confédération de mener une réflexion sur l'opportunité de conserver la compétence du Tribunal pénal fédéral de se prononcer en cas de récusation de l'entier de la juridiction d'appel cantonale (art. 59 al. 1 let. d CPP). Si la juridiction d'appel se prononce lorsque la récusation de l'autorité de recours est demandée (art. 59 al. 1 let. c CPP), il serait concevable de prévoir que l'autorité de recours se prononce sur la récusation de la juridiction d'appel. La position artificiellement supérieure de l'autorité fédérale de première instance serait ainsi évacuée.

En vous remerciant d'avoir consulté la République et canton de Genève, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

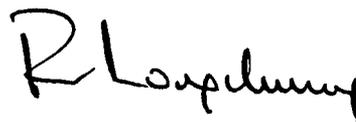
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



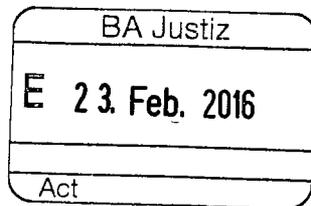
François Longchamp

Copie à : Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit public  
Bundesrain 20  
3003 Berne



## LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET  
CANTON DE NEUCHÂTEL



Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit public  
Bundesrain 20  
3003 Berne

### Consultation – révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)

Madame, Monsieur,

C'est avec grand intérêt que nous avons pris connaissance du rapport explicatif concernant la modification de la loi sur le Tribunal fédéral.

Cette modification constitue une adaptation de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale entrée en vigueur en 2007. À la suite d'une évaluation sur l'efficacité de la réforme, qui visait le triple objectif de décharger le Tribunal fédéral, d'améliorer la protection des justiciables et de simplifier de manière générale la procédure, il est apparu que deux problèmes subsistaient encore, à savoir la saisine parfois inadéquate de notre haute Cour ainsi que certaines lacunes en matière de protection juridictionnelle.

Nous renonçons ici à commenter article par article les modifications proposées, qui sont claires et convaincantes et auxquelles nous nous rallions sans réserve.

Après avoir consulté les autorités judiciaires neuchâteloises, nous vous communiquons ci-après quelques observations.

Le projet concerne essentiellement l'accès au Tribunal fédéral et, en particulier, la modification de la liste d'exceptions qui restreignait les possibilités de recours. Sur ce point, nous saluons l'introduction d'un recours au Tribunal fédéral pour les cas "particulièrement importants", le projet prévoyant en contrepartie un allègement des tâches du Tribunal fédéral dans certains domaines du droit pénal et du droit public avec l'exclusion des cas de moindre importance. Ces nouveautés amélioreront sans aucun doute la protection juridictionnelle dont les juges fédéraux sont les garants, ceux-ci pouvant désormais intervenir dans les cas où l'uniformisation du droit l'exige quand bien même le litige ne justifierait pas à lui seul la mise en œuvre de l'appareil judiciaire fédéral. D'autre part, l'efficacité du Tribunal fédéral sera accrue par une limitation du droit de recours en matière pénale et en droit public notamment.

La possibilité, accordée par les modifications mises en consultation, de saisir désormais de manière plus ciblée le Tribunal fédéral en matière d'étrangers et d'asile, est une nouveauté qui paraît judicieuse, dans des domaines sensibles et qui justifient une réglementation particulière.

Il apparaît également que la disparition, avec les nouvelles dispositions, du recours constitutionnel subsidiaire, qui était sous-utilisé depuis son introduction, au profit d'un recours unifié est tout à fait adéquate et tend incontestablement vers une protection juridictionnelle simplifiée.

De manière générale, nous ne pouvons qu'approuver les modifications proposées qui s'inscrivent dans le but de mieux contrôler l'accès à la juridiction suprême, à une époque où l'on assiste à une recrudescence de procédures judiciaires ainsi qu'à une sollicitation accrue, et parfois à mauvais escient, de nos tribunaux dans les différents domaines de la vie sociale et économique.

En conclusion, les modifications proposées à la loi sur le Tribunal fédéral telles qu'exposées dans le rapport explicatif, nous paraissent constituer des mesures adéquates pour améliorer le fonctionnement de notre système juridictionnel fédéral et en limiter l'intervention lorsque celle-ci ne paraît pas nécessaire.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 17 février 2016

Au nom du Conseil d'État :

*La présidente,*  
M. MAIRE-HEFTI

*La chancelière,*  
S. DESPLAND



*M. Maire-Hefti*      *S. Despland*

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

*par lettre et courrier électronique*

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit public  
Bundesrain 20  
3003 Berne

Hôtel du Gouvernement  
2, rue de l'Hôpital  
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11  
f +41 32 420 72 01  
chancellerie@jura.ch

Delémont, le 9 février 2016

**Révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)  
Procédure de consultation**

Madame, Monsieur,

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura vous transmet sa réponse à la consultation citée en marge.

De manière générale, le canton du Jura se rallie à la teneur du projet.

En particulier, il est judicieux de compléter la liste d'exceptions concernant l'accès au Tribunal fédéral en faveur des recours qui soulèvent une question juridique de principe ou qui portent, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important.

S'agissant de l'article 79a du projet, nous préférons la proposition principale, qui renvoie à l'article 74 LTF. Sa formulation est plus simple. En outre, elle permet d'éviter la création d'un nouveau motif de révision à l'article 410 CPP.

Pour le surplus, le projet de modification de la loi n'appelle pas d'autres remarques de notre part.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA  
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

  
Charles Vuillard  
Président



  
Jean-Christophe Kübler  
Chancelier d'État