

---

Herzog / Feller (Hrsg. / Ed.)

Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart

La justice administrative bernoise, histoire et actualité

---

Ruth Herzog / Reto Feller (Hrsg. / Ed.)

**Bernische  
Verwaltungsgerichtsbarkeit  
in Geschichte und  
Gegenwart**

100 Jahre

Verwaltungsgericht des Kantons Bern

**La justice  
administrative bernoise,  
histoire et actualité**

100 ans

du Tribunal administratif du canton de Berne

Geiger AG Bern · 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

©  
Verlag Geiger AG Bern · 2010  
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-033-02287-4

---

## Inhaltsübersicht / Sommaire

Autorenübersicht / Liste des auteurs .....	IX
Vorwort .....	XIII
Préface .....	XV

<i>Sibylle Hofer</i> Der lange Weg zum bernischen Verwaltungsgericht .....	1
---	---

<i>Benjamin Schindler</i> Das Verwaltungsgericht um 1909 – ein Portrait (Symposiumsbeitrag) .....	35
--	----

<i>Susanne Genner</i> Zuständigkeitsfragen in den Anfängen der bernischen Verwaltungsgerichtsbarkeit .....	47
---	----

<i>Arthur Aeschlimann / Ulrich Zimmerli</i> Das Verwaltungsgericht in den Zeitphasen des VRPG 61 und des VRPG 89 .....	65
---	----

<i>Thomas Gächter</i> Entwicklung und Organisation der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit im Bund und im Kanton Bern .....	89
---	----

<i>Nathalie Mewes-Kunz</i> Das bernische Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten .....	117
---	-----

<i>Thomas Müller-Graf / Andrea Schnyder</i> «Das Verwaltungsgericht hat den Akten entnommen und erkannt». Ein Streiflicht auf 100 Jahre Rechtsprechung (Symposiumsbeitrag) .....	139
---	-----

<i>Ernst Giger</i> Ein Streifzug durch die Rechtsprechung des bernischen Verwaltungsgerichts zum Unternehmenssteuerrecht .....	169
---	-----

<i>Ueli Kieser</i> Der Einfluss der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung im Kanton Bern auf das Bundesgericht .....	205
---	-----

<i>Michel Daum</i> Die bernische Verwaltungsrechtspflege im Jahr 2009 – Ein Rück- und Ausblick .....	229
<i>Bernard Rolli</i> Le Tribunal administratif et la minorité francophone du canton de Berne .....	261
<i>Reto Feller</i> Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber am Berner Verwaltungsgericht .....	281
<i>Stefan Wyler</i> Eine Aussensicht – wie ein Journalist das Berner Verwaltungsgericht erlebt (Symposiumsbeitrag) .....	307
<i>Samuel Lemann</i> Das Verwaltungsgericht aus Anwaltssicht .....	321
<i>Eric Brandt</i> La juridiction administrative dans le canton de Vaud .....	337
<i>Christoph Auer / Ueli Friederich</i> Aufgabe und Rolle der verwaltungsinternen Justiz nach Inkrafttreten der Rechtsweggarantie .....	367
<i>Andreas Lienhard</i> Die bernische Gerichtsbarkeit auf dem Weg zur Selbstverwaltung ....	401
<i>Kurt Nuspliger</i> Gerichtlicher Rechtsschutz und politische Rechte .....	437
<i>Jörg Künzli</i> Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte und ihre Umsetzung im kantonalen Verwaltungsrecht .....	457
<i>Christoph Bürki</i> «... aus prozessökonomischen Gründen ...» – Leerformel oder Leitlinie? .....	485

<i>Regina Kiener</i> Ein Pinselstrich am Richterbild: Richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten im Verwaltungsprozess .....	505
<i>Markus Müller</i> Die innere Unabhängigkeit des Richters. Gedanken zu einem Diamanten .....	527
<i>Pierre Tschannen</i> «Gute Verwaltungsgerichtsbarkeit». Drei Wünsche aus dem Elfenbeinturm .....	545
<i>Hans Peter Walter</i> Selbstbewusste Justiz .....	561
<i>Heinz Däpp</i> Ds Verwautigsgricht (Symposiumsbeitrag) .....	587
Epilog .....	595

ten der Qualität des Rechtsschutzes»<sup>98</sup> als vielmehr darin, dass sie angerufen wird, obschon sie im fraglichen Kontext nichts hergibt.

Das führt zu einer zweiten Bemerkung: So sehr die Prozessökonomie auch einen aner kennenswerten Gedanken verkörpert, so sehr ist bei ihrer Anwendung Vorsicht am Platz und für eine *umsichtige* Handhabung des Prinzips einzutreten.<sup>99</sup> Dieser Appell ist nicht etwa als Kritik am verwaltungsgerichtlichen Umgang mit dem Prinzip zu verstehen. Im Gegenteil darf es gerade als Bemühen um einen sorgfältigen und sachadäquaten Umgang mit dem Argument interpretiert werden, wenn das Verwaltungsgericht sich nicht mit dem schlichten Hinweis auf die Prozessökonomie begnügt, sondern – wie so oft – «mit Rücksicht auf die wohlverstandene Prozessökonomie»<sup>100</sup> handelt.

<sup>98</sup> So aber *Kölz / Häner* (Anm. 31), N. 155; darauf verweisend z.B. *Müller* (Anm. 52), S. 275. – Dass für diese Befürchtung wenig Grund besteht, bestätigt folgendes Beispiel: In seinem Urteil I 193/04 vom 14.7.2006 sah das Verwaltungsgericht von einer Heilung einer im Einspracheverfahren vor der IV-Stelle Bern erfolgten Verletzung des rechtlichen Gehörs ab, hob den Einspracheentscheid auf und wies die Angelegenheit an die IV-Stelle zurücke, damit diese der versicherten Person das rechtliche Gehör gewähre und danach neu entscheide. Das Bundesgericht hiess eine von der IV-Stelle Bern gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde gut, weil es gegen Bundesrecht verstosse, wenn eine Vorinstanz einen festgestellten leichten Verfahrensmangel zu Unrecht als unheilbar erachte (BGE 132 V 387 E. 5.2). Das zeigt, dass das Verwaltungsgericht die Prozessökonomie nicht zu stark betont hat, sondern sich im Gegenteil gerade zu wenig von der Prozessökonomie und den gleichgerichteten Interessen der versicherten Person an einer reformatorischen Entscheidung hat leiten lassen.

<sup>99</sup> Vgl. etwa *Gygi* (Anm. 19), S. 68; *Hoeren* (Anm. 97), S. 160 m.w.H.

<sup>100</sup> VGE 17354 vom 9.7.1987, E. 4; vgl. beispielsweise auch VGE 22516 vom 16.12.2005, E. 1.4.3, 21662 vom 26.11.2004, E. 2.1, wo von «wohlverstandener» Prozessökonomie die Rede ist.

## Ein Pinselstrich am Richterbild: Richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten im Verwaltungsprozess

Regina Kiener

unter Mitarbeit von MLaw Beatrice Durrer und MLaw Stéphanie Fässler

### Inhaltsverzeichnis

1. Ausgangslage	505
2. Verfahrensgarantien als Mindestgarantien	509
2.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren	509
2.2 Rechtliches Gehör	513
2.3 Richterliche Unabhängigkeit?	516
3. Konkretisierung durch das Gesetz	517
4. Grenzen der richterlichen Fürsorge im Prozess	519
5. Befund ...	521
6. ... und mögliche Weiterentwicklung	522
7. Zum Schluss: Richterrolle – Richterbild	525

### 1. Ausgangslage

Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung festgehalten, dass sich aus den verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien für den Richter gewisse Aufklärungs- und Fürsorgepflichten ergeben.<sup>1</sup> So sind die rechtsun- gewohnten, anwaltlich nicht vertretenen Parteien über ihre prozessualen Rechte aufzuklären<sup>2</sup> und eine Partei ist zu informieren, wenn sie sich anschickt,

<sup>1</sup> Die Terminologie des Bundesgerichts ist allerdings wenig einheitlich; verwendet werden unterschiedliche Begriffe, u.a. Aufklärungspflichten (BGer 2C\_388/2008 vom 16.12.2008, E. 4.1), Hinweispflichten (BGE 131 I 350 E. 4.2) bzw. Fürsorgepflichten (BGE 124 I 185 E. 3b; vgl. 131 I 350 E. 4.2).

<sup>2</sup> Gemäss BGer 1P.780/2003 vom 17.3.2004, E. 3.1, ergibt sich aus «dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 EMRK) [...] für den Richter die Pflicht, einen rechtsun- gewohnten, anwaltlich nicht vertretenen Ver-

offensichtliche Verfahrensfehler zu begehen.<sup>3</sup> Entsprechende Pflichten hat das Bundesgericht auch mit Blick auf die kantonale Verwaltungsrechtspflege formuliert. Es beanstandete eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV), weil das Zuger Verwaltungsgericht unterlassen hatte, die betroffene Partei rechtzeitig auf eine ihr drohende *reformatio in peius* aufmerksam zu machen; zudem hätte das Verwaltungsgericht der Partei Gelegenheit zu einer Stellungnahme einräumen und sie auf die Möglichkeit des Beschwerderückzugs hinweisen müssen.<sup>4</sup>

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung allein wäre Grund genug um danach zu fragen, ob den in der *Verwaltungsrechtspflege* tätigen Richterinnen und Richtern *generell* besondere Fürsorgepflichten gegenüber den Parteien zukommen, worauf sich diese abstützen und in welchem Umfang sie bestehen. Kommt dazu, dass sich die Lehre in Bezug auf das öffentliche Prozessrecht mit dieser Frage bislang – von punktuellen Ansätzen und Forderungen abgesehen – nicht beschäftigt hat.<sup>5</sup> Die Frage nach den richterlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflichten rechtfertigt sich umso mehr, als die neue *Schweizerische Zivilprozessordnung*<sup>6</sup> in Art. 56 (Überschrift: «Gerichtliche Fragepflicht») die Pflicht des Richters formuliert, einer Partei bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung zu geben.<sup>7</sup> Im Zusammenhang mit dem Beweisrecht erwähnt

fahrenseteiligten über seine Rechte aufzuklären [...]»; vgl. auch BGer 1P.694/2001 vom 6.3.2002, E. 2.1.

<sup>3</sup> Vgl. BGer 1P.703/2004 vom 7.4.2005, E. 4.4.

<sup>4</sup> BGE 122 V 166 E. 3.

<sup>5</sup> Vgl. zu Art. 22a Abs. 2 VwVG (betr. Ausnahme von der Geltung der Gerichtsferien) *Urs Peter Cavelti*, Art. 22a VwVG N. 13, in: Christoph Auer / Markus Müller / Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich / St. Gallen 2008, der hier gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben eine richterliche Aufklärungspflicht fordert.

<sup>6</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19.12.2008, BBl 2009 21 (Referendumsvorlage), Inkrafttreten am 1.1.2011.

<sup>7</sup> Art. 56 ZPO (entspricht Art. 54 des Entwurfs [E-ZPO]), vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 28.6.2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 S. 7275; der Vorentwurf der Expertenkommission im damaligen Art. 51 ging noch von einem *Fragerecht* des Richters aus («kann [...] durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung geben»). Zur richterlichen Fragepflicht im Zivilprozess: *Walter Fellmann*, Gerichtliche Fragepflicht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann / Stephan Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, S. 69 ff.; *Hans Ulrich Walder-Richli / Béatrice Grob-Andermacher*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. Zürich 2009, § 17 N. 13 ff.

Art. 161 ZPO (Überschrift: «Aufklärung») zudem die Pflicht der Richterin, Parteien und Dritte über Mitwirkungspflichten, Verweigerungsrechte und entsprechende Säumnisfolgen aufzuklären.<sup>8</sup> Ein Blick in die *deutsche Verwaltungsgerichtsordnung*<sup>9</sup> zeigt zudem, dass den Verwaltungsrichterinnen und -richtern die gesetzliche Pflicht obliegt, «[...] darauf hinzuwirken, dass Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden.»<sup>10</sup>

Wer nach entsprechenden Vorschriften in den Erlassen der eidgenössischen Staats- und Verwaltungsrechtspflege sucht, findet keine der ZPO oder der deutschen VwGO entsprechende Regelung. Eine erste, cursorische Durchsicht stiftet eher Verwirrung denn Klärung, finden sich doch in buntem Nebeneinander mehr oder weniger imperativ formulierte Hilfs-, Aufklärungs-, Frage- und Fürsorgepflichten.<sup>11</sup> Nichts anderes ergibt sich für die kantonale Verwaltungsrechtspflege: Gleich wie die meisten anderen kantonalen Verwaltungsrechtspflegeordnungen enthält auch das Berner Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG) keine Bestimmungen, welche Richterpflichten explizit formulieren.<sup>12</sup>

Die Frage nach Begründung, Bestand und Bedeutung richterlicher Aufklärungs- und Fürsorgepflichten lässt sich auf verschiedenen Ebenen abhan-

<sup>8</sup> Art. 161 ZPO (entspricht Art. 158 E-ZPO); vgl. dazu die Botschaft ZPO (Anm. 7), S. 7316.

<sup>9</sup> Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.3.1991, BGBl I 1991, S. 686.

<sup>10</sup> § 86 Abs. 3 VwGO. Zu dieser richterlichen Aufklärungspflicht siehe etwa *Ulf Domgörgen / Armin Wegner*, Das Klageverfahren in I. Instanz, in: Jürgen Brand / Michael Sachs (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 3. Aufl. Heidelberg 2009, N. 198 ff.; *Michael Dawin*, § 86 Abs. 3 N. 130 ff., in: Friedrich Schoch / Eberhard Schmidt-Assmann / Rainer Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 5. Ergänzungslieferung Januar 2000.

<sup>11</sup> Vgl. dazu eingehender unten Ziff. 3. – Ähnlich im Übrigen der Befund bezüglich der kantonalen Zivilprozessordnungen, vgl. *Martin Sarbach*, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 1.

<sup>12</sup> Vgl. immerhin § 22 Abs. 2 Satz 1 KV-AG: «Unbeholfene dürfen in den Verfahren nicht benachteiligt werden» (dazu *Kurt Eichenberger*, Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980, Aarau etc. 1986, § 22 N. 33 ff.). Für die Verwaltungsrechtspflege erfolgt die Konkretisierung im Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 4.12.2007 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG-AG; SAR 271.200): Gemäss § 18 (Titel: «Behördliche Betreuungspflichten») achten die Behörden darauf, dass niemandem wegen Unbeholfenheit Nachteile erwachsen dürfen.

deln. Die Diskussion kann auf der *ideologischen* Ebene geführt werden: Zur Auswahl stehen ein «liberales» Modell mit einem vorwiegend passiven und ein «soziales» Modell mit einem grundsätzlich aktiven Richter. Entsprechende Auseinandersetzungen waren in Deutschland namentlich in den 1970er Jahren aktuell.<sup>13</sup> Heute werden ähnliche Debatten – wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen – in den mittel- und osteuropäischen Reformstaaten geführt.<sup>14</sup> So oder anders sind sie ideologisch geprägt und für die Begründung durchsetzbarer Richterpflichten kaum ergiebig. Die Thematik unter Rückgriff auf das *individuelle Gerechtigkeitsempfinden* der zuständigen Richterinnen und Richter zu lösen, stösst an die Grenzen funktionaler Legitimität: Richterliches Handeln, das allein dem subjektiven Gerechtigkeitsgefühl verpflichtet ist und sich nicht an demokratisch legitimierte Regeln binden lässt, birgt die Gefahr der Beliebigkeit, gar der Willkür; dass als Begründung für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen die «Gerechtigkeit» oder die «richterliche Ethik»<sup>15</sup> angeführt werden, ändert daran nichts. Der Richter ist auch kein Sozialingenieur,<sup>16</sup> der mit seiner Rechtsprechung als ungerecht und unsozial empfundene gesellschaftliche Verhältnisse und die entsprechende Gesetzgebung kompensieren, seine *individuellen Überzeugungen* also auch gegen das Gesetz oder Grundprinzipien der Rechtsordnung durchsetzen dürfte.<sup>17</sup> Wenig Gewinn erzielt schliesslich ein Vorgehen, welches die Frage nach den richterlichen Fürsorge- und Aufklärungspflichten allein anhand der das öffentliche Prozessrecht strukturierenden *Verfahrensmaximen* zu beantworten sucht. Diese stellen funktional bloss Auslegungshilfen dar und sind deshalb ebenfalls nicht geeignet, Grundlage

<sup>13</sup> Vgl. statt vieler *Rudolf Wassermann*, Justiz im sozialen Rechtsstaat, Darmstadt 1974.

<sup>14</sup> *Paul Oberhammer*, Richterbild im Zivilprozess: Zwischenbilanz eines Jahrzehnts der Reformen in Mitteleuropa, Wien 2001.

<sup>15</sup> Zur Richterethik etwa *Stephan Gass*, Richterethik / Richterdeontologie – Überlegungen zu einer Rechtstheorie, in: Präsidium des Deutschen Richterbundes (Hrsg.), Justiz und Recht im Wandel der Zeit. Festgabe 100 Jahre Deutscher Richterbund, Köln / München 2009, S. 125 ff.

<sup>16</sup> Der Begriff des Richters als politikgestaltender Sozialingenieur geht zurück auf den österreichischen Juristen Franz Klein (1854–1926), vgl. *Barbara Dölemeyer*, Vom Staatsdiener zum «Sozialingenieur». Zum Richterbild in der Habsburgermonarchie, in: André Gouron et al. (Hrsg.), Europäische und amerikanische Richterbilder, Frankfurt a.M. 1996, S. 359 ff.

<sup>17</sup> *Hans-Ludwig Schreiber*, Wie unabhängig ist der Richter?, in: Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jeschek zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, S. 757 ff., S. 772 ff.; *Gerd Roellecke*, Politische Anfechtung des Richters, DRiZ 72 (1994) S. 81 ff., S. 84.

konsensfähiger Regelungen zu bilden.<sup>18</sup> Tragfähigere Ergebnisse verspricht ein Vorgehen, das die Frage nach den richterlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflichten anhand der verbindlichen Regeln von Verfassung und Gesetz zu beantworten versucht.

## 2. Verfahrensgarantien als Mindestgarantien

Als Anknüpfungspunkt für verfassungsrechtliche Richterpflichten bieten sich die Verfahrensgrundrechte an, wie sie in Art. 29–32 der Bundesverfassung verankert und mit Art. 5 und 6 EMRK sowie Art. 9 und 14 UNO-Pakt II überdies völkerrechtlich garantiert sind.<sup>19</sup> Sie überdachen als Minimalgarantien die einfachgesetzlichen Verfahrensordnungen und greifen folglich auch dann, wenn das einschlägige Prozessrecht die Frage offenlässt oder enger regelt.<sup>20</sup>

### 2.1 Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren

Besondere Fürsorge- und Aufklärungspflichten sind als Teilgehalt des Fairnessprinzips bislang namentlich für das *Strafverfahren* anerkannt; demnach hat der (Straf-)Richter die Pflicht, die Parteien frühzeitig auf ihr Recht hinzuweisen, jederzeit einen Verteidiger beiziehen zu können,<sup>21</sup> zudem muss das Gericht einen amtlichen Rechtsvertreter ersetzen und hat bei frei gewählter

<sup>18</sup> Vgl. *Christoph Auer*, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, Bern 1997, S. 7 f.; *Alfred Kölz*, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Zürich 1973, S. 3.

<sup>19</sup> Art. 29 BV garantiert jene grundlegenden Verfahrensrechte, die in allen Verfahren Anwendung finden; Art. 30, 31 und 32 BV beschränken ihren Anwendungsbereich auf je spezifische Verfahren (ebenso Art. 5 EMRK und Art. 9 UNO-Pakt II); Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II finden nur in Verfahren über zivilrechtliche Streitigkeiten und bei strafrechtlichen Anklagen Anwendung; vgl. statt vieler *Regina Kiener / Walter Kälin*, Grundrechte, Bern 2007, S. 405 f.; *Gerold Steinmann*, Art. 29 N. 4 f., in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl. Zürich etc. 2008; *Jörg Paul Müller / Markus Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. Bern 2008, S. 818.

<sup>20</sup> *Müller / Schefer* (Anm. 19), S. 819 f.

<sup>21</sup> Das Bundesgericht leitet diesen Anspruch aus Art. 31 und 32 BV ab, vgl. BGE 131 I 350 E. 4.2 sowie Botschaft des Bundesrates vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 S. 186 f.; *Hans Vest*, Art. 32 N. 24 f., in: Ehrenzeller et al. (Anm. 19).

Verteidigung einzuschreiten, wenn die Verteidigung ihre anwaltlichen Berufs- und Standespflichten in schwerwiegender Weise vernachlässigt.<sup>22</sup> Über das Strafverfahren hinaus hat das Bundesgericht das Fairnessprinzip in Richtung eines allgemeinen *prozessualen Vertrauensschutzes* konkretisiert und daraus richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten abgeleitet.<sup>23</sup> Normativ werden diese Pflichten teils auf den Grundsatz von Treu und Glauben,<sup>24</sup> teils auf das Verbot des überspitzten Formalismus gestützt;<sup>25</sup> vereinzelt werden beide Garantien herangezogen.<sup>26</sup> Hinter dieser Praxis steht wegleitend der *Grundsatz*, dass die Rechtsuchenden nicht ohne Not um die materielle Beurteilung ihrer Begehren gebracht werden sollen.<sup>27</sup> So ist der Richter aufgrund seiner Treuepflicht gehalten, die rechtsungewohnten, anwaltlich nicht vertretenen Parteien aufzuklären, wenn diese sich anschicken, einen *Verfahrensfehler* zu begehen, der eine Verschlechterung ihrer Rechtsstellung zur Folge haben kann; Voraussetzung ist, dass der Fehler leicht erkennbar ist und binnen Frist behoben werden kann.<sup>28</sup> Auch auf andere formelle Mängel ist hinzuweisen und zu deren Behebung muss eine kurze Nachfrist angesetzt werden.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> BGE 131 I 350 E. 4.1; 124 I 185 E. 3; 122 V 166 E. 2b; 113 Ia 218 E. 3c; BGer 1B\_67/2009 vom 14.7.2009, E. 2.1; 1B\_253/2007 vom 29.11.2007, E. 3.1; 1P.195/2002 vom 2.9.2002, E. 2.1 (amtlicher Verteidiger, Beschwerde abgelehnt); sowie 1P.421/2001 vom 21.3.2002, E. 2.2; ähnlich der EGMR, vgl. EGMR *Czekalla c. Portugal*, Nr. 38830/97, Rec. 2002-VIII, Ziff. 60; *Goddi c. Italien*, 9.4.1984, Serie A Nr. 76, Ziff. 31.

<sup>23</sup> Zum prozessualen Vertrauensschutz *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 417; vgl. Botschaft BV (Anm. 21), S. 186; *Vest* (Anm. 21), Art. 32 N. 24 f.; *Müller / Schefer* (Anm. 19), S. 823.

<sup>24</sup> BGE 119 Ia 13 E. 5b.

<sup>25</sup> BGE 111 Ia 169 E. 4. Das Verbot des überspitzten Formalismus soll den Einzelnen vor prozessualer Formenstrenge schützen, die exzessiv erscheint und sich nicht sachlich begründen lässt, vgl. BGE 112 Ia 305 E. 2a, weiterführend *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 415; *Müller / Schefer* (Anm. 19), S. 833 f. Auch der EGMR leitet aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ein Verbot des «formalisme excessif» ab, EGMR *Kadlec c. Tschechische Republik*, 25.5.2004, Nr. 49478/99, Ziff. 27.

<sup>26</sup> BGE 125 I 166 E. 3a; 124 II 265 E. 4a.

<sup>27</sup> BGE 128 II 139 E. 2a; 121 I 93 E. 1d; 118 Ia 241 E. 3c; 103 Ia 53 E. 1.

<sup>28</sup> BGE 124 II 265 E. 4a; 120 Ib 183 E. 3c; 120 V 413 E. 5a; 119 Ia 13 E. 5b; BGer 1P.703/2004 vom 7.4.2005 und 4P.188/2005 vom 23.12.2005. Vgl. auch *Jean-François Egli*, La protection de la bonne foi dans la jurisprudence, in: Stefan Bolla / Claude Rouiller / Rocco Bonzanigo (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, Zürich 1992, S. 228 f.

<sup>29</sup> BGE 106 Ia 299 E. 2b (betr. unzulässige Verfahrenssprache).

Die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts ist stark kasuistisch. Als leicht zu behebbende Mängel<sup>30</sup> gelten beispielsweise die fehlende Unterschrift unter einem Rechtsmittel<sup>31</sup>, die falsche Bezeichnung der Rechtschrift<sup>32</sup> oder des angefochtenen Rechtsaktes<sup>33</sup>, die Einreichung einer Rechtschrift in einer nicht zugelassenen Sprache<sup>34</sup> oder das Fehlen von Vollmacht oder Beilagen<sup>35</sup>. Eine Pflicht zur Ansetzung einer Nachfrist besteht auch dann, wenn das Rechtsbegehren oder die Begründung unvollständig sind und ergänzt werden müssen,<sup>36</sup> und ebenso, wenn der Rechtsvertreter die gesetzlich für die Vertretung vorgesehenen beruflichen Qualifikationen nicht erfüllt.<sup>37</sup>

Der bundesgerichtlichen Praxis zufolge verpflichtet der Vertrauensschutz die Justizbehörden auch im Fall einer *reformatio in peius* zu gewissen Hilfestellungen; namentlich müssen sie die Parteien über die Rückzugsmöglichkeit der Beschwerde aufmerksam machen und ihnen damit Gelegenheit geben, den in Aussicht stehenden ungünstigen Entscheid abzuwenden.<sup>38</sup> Berechtigte Vertrauenserwartungen in das Verhalten der Justizbehörden können sich auch aus einer langjährigen und unbestrittenen Rechtspraxis ergeben; bei einer *Praxisänderung* zu einer Verfahrensfrage darf die neue Praxis deshalb nicht ohne vorgängige Ankündigung Anwendung finden.<sup>39</sup> Überdies begründet der Vertrauensschutz eine richterliche Hinweispflicht, wenn das Gericht im Verlauf des Verfahrens seine *Rechtsauffassung* in der Sache explizit und vorbehaltlos geäußert hat und seinen Standpunkt zu ändern gedenkt.<sup>40</sup>

<sup>30</sup> Weitere Hinweise bei *Egli* (Anm. 28), S. 234 f.

<sup>31</sup> BGE 114 Ia 20 E. 2a; 111 Ia 169 E. 4.

<sup>32</sup> BGE 111 Ia 72 E. 3.

<sup>33</sup> BGE 102 Ia 92 E. 2.

<sup>34</sup> BGE 106 Ia 299 E. 2b.

<sup>35</sup> BGE 120 V 413 E. 5c; BGer 1P.11/2002 vom 2.4.2002, E. 3.

<sup>36</sup> Jedenfalls insoweit aus der Beschwerde eines Laien hinreichend klar hervorgeht, dass die Aufhebung oder Änderung eines Entscheids oder einer Verfügung verlangt wird, vgl. etwa BGE 117 Ia 126 E. 5c; BGer 2C\_550/2007 vom 25.2.2008, E. 5.3.

<sup>37</sup> Sofern diese Anforderung für den Beschwerdeführer nicht eindeutig vorhersehbar war, vgl. BGE 125 I 166 E. 3d.

<sup>38</sup> BGE 131 V 414 E. 1; 122 V 166 E. 2a; vgl. auch 129 II 385 E. 4.4.3.

<sup>39</sup> BGE 132 II 153 E. 5.2; 120 Ia 19 E. 2b/cc; 109 II 174; vgl. auch *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 354; *Müller / Schefer* (Anm. 19), S. 676; *Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Zürich 2006, N. 515 ff.

<sup>40</sup> *Erwin Novak*, Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit, Bochum 1991, S. 22 f.



Auch aus dem Grundsatz der *Waffengleichheit*<sup>41</sup> haben Praxis und Lehre Verhaltenspflichten abgeleitet, die sich als richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten charakterisieren lassen. Ausgangspunkt der Überlegungen bildet der Grundsatz, dass die Justizbehörden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur verfahrensrechtlichen Gleichbehandlung von Verfügungsadressaten und Verwaltung verpflichtet sind.<sup>42</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Gericht zur effektiven Sicherung der Chancengleichheit über die formale Gleichbehandlung hinaus mittels Aufklärung und anderen Hilfestellungen der schwächeren Partei auch zu *materieller Chancengleichheit* verhelfen muss.<sup>43</sup> Hier ist indessen Zurückhaltung am Platz und Aktivismus umso entbehrlicher, als das Ziel der materiellen Chancengleichheit im Prozess durch die Verfassung selber ein gutes Stück weit eingelöst wird: Mit dem grundrechtlichen Anspruch auf Beizug eines selbst gewählten Anwalts oder einer Anwältin (Art. 29 Abs. 1 BV)<sup>44</sup> und mit dem Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 29 Abs. 3 BV)<sup>45</sup> hält die Verfassung

<sup>41</sup> Der Grundsatz der Waffengleichheit ist primär menschenrechtlich garantiert, vgl. EGMR *Monnell & Morris c. Vereinigtes Königreich*, 2.3.1987, Serie A Nr. 115, Ziff. 62; *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. Zürich 1999, N. 480 ff.; *Jochen Abr. Frowein / Wolfgang Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3. Aufl. Kehl am Rhein 2009, Art. 6 N. 147 ff. Zur Anerkennung als Teilgehalt von Art. 29 Abs. 1 BV vgl. BGE 126 V 244 E. 4c; zudem *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 417; *Steinmann* (Anm. 19), Art. 29 N. 20; *Helen Keller*, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Zürich / St. Gallen 2007, § 225 N. 12; zur Bedeutung der Waffengleichheit im Zivilprozess *Sarbach* (Anm. 11), S. 85 ff.; betr. Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit in Deutschland siehe *Peter J. Tetinger*, Fairness und Waffengleichheit, München 1984.

<sup>42</sup> EGMR *Bulut c. Österreich*, 22.2.1996, Rec. 1996-II, Ziff. 47; *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. Basel 2008, § 24 N. 61; *David Harris / Michael O'Boyle / Colin Warbrick*, Article 6: The Right of a Fair Trial, in: David Harris / Michael O'Boyle / Colin Warbrick (Hrsg.), Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. Oxford 2009, S. 251 f.; aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa BGE 122 V 157 E. 2b. Vgl. *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 416 f.; *René Wiederkehr*, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006, S. 25 f.

<sup>43</sup> So jedenfalls *Wiederkehr* (Anm. 42), S. 26 f.; *Alfred Kölz / Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl. Zürich 1998, N. 128.

<sup>44</sup> Vgl. zu diesem Anspruch BGE 119 Ia 261; auch *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 467; *Keller* (Anm. 41), § 225 N. 43.

<sup>45</sup> So etwa in BGE 123 I 145 E. 2; vgl. *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 429 ff.; *Steinmann* (Anm. 19), Art. 29 N. 34 ff.; *Müller / Schefer* (Anm. 19), S. 893 ff.; *René Rhinow /*

Optionen offen, die das Machtgefälle zwischen Verwaltung und Privaten relativieren. Vor diesem Hintergrund beschränken sich die verfassungsunmittelbaren Richterpflichten zur Gewährleistung materieller Chancengleichheit darauf, die Parteien auf die Möglichkeit der unentgeltlichen Rechtspflege und den Beizug eines Rechtsbeistands aufmerksam zu machen, beziehungsweise – unter gewissen Voraussetzungen – auf die Pflicht, der hilflosen Partei eine amtliche Verbeiständung zuzuordnen.<sup>46</sup>

## 2.2 Rechtliches Gehör

Vermutungsweise kann auch der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)<sup>47</sup> für die hier diskutierte Fragestellung fruchtbar gemacht werden, zeigen die vom Bundesgericht vorgenommenen Konkretisierungen des Gehörsanspruchs doch auf, dass der Kreis der geschützten Rechte den blossen Anspruch «gehört zu werden» bei weitem überschreitet.<sup>48</sup> Im Kern soll das rechtliche Gehör sicherstellen, dass niemand in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt wird, ohne vorher angehört worden zu sein.<sup>49</sup> Praxis und

*Markus Schefer*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. Basel 2009, N. 3048; *Keller* (Anm. 41), § 225 N. 44 f.; *Elke Marczak*, Das Fairnessgebot im Prozess unter besonderer Berücksichtigung des Strafprozesses, Köln 2000, S. 21.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 128 I 225 E. 2.5 (Strafprozess betr. Urlaubsgewährung im Massnahmenvollzug); 122 I 49 E. 2c/bb (Ausschaffungshaft); 120 Ia 43 E. 2a (Strafprozess). Die Notwendigkeit der Verbeiständung hängt davon ab, ob die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist oder über erheblich mehr Mittel verfügt, so betr. zivilrechtliche Verfahren EGMR in *Steel & Morris c. Vereinigtes Königreich*, Nr. 68416/01, Rec. 2005-II, Ziff. 59 ff. Weiter sind auch das Alter des Gesuchstellers, seine soziale Situation, Sprachkenntnisse, die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung oder seine Rechtskenntnisse zu berücksichtigen, vgl. BGer 1C\_45/2007 vom 30.11.2007, E. 6.2 f. (sozialversicherungsrechtliches Verfahren betr. Opferhilfe) oder 5A\_491/2007 vom 15.11.2007, E. 3.2 ff., und BGE 104 Ia 72 E. 3 (beides zivilrechtliche Verfahren, die von der Offizialmaxime beherrscht werden).

<sup>47</sup> Vgl. zum entsprechenden Anspruch gemäss Art. 26 Abs. 2 KV *Urs Bolz*, Art. 26 N. 5a, in: *Walter Kälin / Urs Bolz* (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995.

<sup>48</sup> Zu den Mitwirkungs-, Informations-, Einsichts- und Äusserungsrechten, die Teilgehalte des rechtlichen Gehörs bilden, vgl. etwa *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 418; *Keller* (Anm. 41), § 225 N. 32 ff.; *Kölz / Häner* (Anm. 43), N. 129; *Müller / Schefer* (Anm. 19), S. 846 und 860 ff.; *René Rhinow / Heinrich Koller / Christina Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N. 287 f.; eingehend *Michele Albertini*, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 70 ff.

<sup>49</sup> BGE 127 V 491 E. 1b; 125 I 209 E. 9b.

Lehre anerkennen, dass sich der Gehörsanspruch effektiv nur verwirklichen lässt, wenn die Parteien mit ihren Anliegen nicht nur formal gehört, sondern ihre Vorbringen auch tatsächlich zur Kenntnis genommen werden.<sup>50</sup> Die von einem Justizverfahren Betroffenen sollen ihre Begehren und Argumente namentlich auch dann ins Verfahren einbringen können, wenn ihre Artikulationsfähigkeit beschränkt ist. Mit Blick auf das Bestehen von richterlichen Hilfs- und Fürsorgepflichten lässt sich der Gehörsanspruch in verschiedene Richtungen hin fruchtbar machen:

Die sachgerechte Ausübung des Äusserungsrechts setzt Kenntnis des Verfahrensgangs voraus; die Betroffenen haben deshalb Anspruch darauf, über alle für den Entscheid relevanten Grundlagen und Vorgänge informiert zu werden. Solche verfassungsrechtlichen *Aufklärungs- bzw. Orientierungspflichten* sind seit langem anerkannt und durch eine kohärente Rechtsprechung gefestigt.<sup>51</sup> Zudem hat das Bundesgericht aus dem Recht auf Akteneinsicht eine Mitteilungspflicht an die Parteien abgeleitet, wenn Akten beigezogen werden, welche die Parteien nicht kennen und auch nicht kennen können.<sup>52</sup> Sinngemäss Gleiches gilt, wenn der Entscheid mit einer Rechtsnorm begründet oder mit rechtlichen Argumenten gestützt werden soll, die den Parteien nicht bekannt sind und mit deren Heranziehung sie nicht rechnen mussten.<sup>53</sup> Eine richterliche Orientierungspflicht über die anzuwendenden Rechtsnormen hat das Bundesgericht schliesslich auch für Entscheide

bejaht, die für die Betroffenen von grosser Tragweite sind, wenn dabei offen und unbestimmt gehaltene Normen angewendet werden oder den rechtsanwendenden Behörden ein besonders grosser Ermessensspielraum zukommt.<sup>54</sup> In allgemeiner Weise ergibt sich aus dem Anspruch auf Urteilsbegründung<sup>55</sup> die richterliche Verpflichtung zur Offenlegung der Entscheidungsgründe.<sup>56</sup>

Auch aus dem rechtlichen Gehör hat das Bundesgericht besondere Richterpflichten in Hinblick auf eine *reformatio in peius* formuliert<sup>57</sup> und dabei besonderes Gewicht auf den Aspekt der Information und Aufklärung der Betroffenen gelegt: Beabsichtigt die Rechtsmittelinstanz eine Änderung der angefochtenen Verfügung zu Ungunsten der beschwerdeführenden Partei, muss sie diese informieren und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen.<sup>58</sup> Punktuell ergeben sich richterliche Hilfs- und Fürsorgepflichten schliesslich auch dann, wenn einer Partei erst so zu einer wirksamen Darlegung ihrer Standpunkte verholfen werden kann.<sup>59</sup> Demnach erwächst der RichterIn die Pflicht, den Parteien *Artikulationshilfe* zu leisten, indem sie auf mangelhafte, unzulässige oder unmögliche Rechtsbegehren aufmerksam macht oder bei unklaren Äusserungen nachfragt.<sup>60</sup>

Auch hier ist indessen *Zurückhaltung* am Platz, denn die Verfassung selber räumt den rechtlich unbeholfenen Verfahrensbeteiligten spezifische Rechte zur Sicherung ihrer Gehörsansprüche ein: so den Anspruch, sich ver-

<sup>50</sup> Müller / Schefer (Anm. 19), S. 847, S. 868 f.; Rhinow / Koller / Kiss (Anm. 48), N. 288; Pascal Mahon, Art. 29 N. 5, in: Jean-François Aubert / Pascal Mahon (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999, Zürich etc. 2003; Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung, ZBl 1998 S. 100.

<sup>51</sup> Kiener / Kälin (Anm. 19), S. 419 f.; Müller / Schefer (Anm. 19), S. 860 ff.; Steinmann (Anm. 19), Art. 29 N. 24; Albertini (Anm. 48), S. 206 ff.; Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechte, Bern 2001, S. 547 ff.; Rhinow / Koller / Kiss (Anm. 48), N. 299; Kölz (Anm. 18), S. 12; Keller (Anm. 41), § 225 N. 24; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 71; Sarbach (Anm. 11), S. 72; Klaus Reinhardt, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Zürich 1968, S. 161 ff.; mit Blick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch Frowein / Peukert (Anm. 41), Art. 6 N. 114.

<sup>52</sup> Vgl. BGE 115 V 302 E. 2e; 114 Ia 97 E. 2c; vgl. EMARK 1994, Nr. 29, E. 5; Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 137 f.; vgl. auch BGE 122 I 109 E. 2b betr. Pflicht zur Übermittlung der Akten an den Rechtsvertreter.

<sup>53</sup> BGE 131 V 9 E. 5.4.1; 129 II 497 E. 2.2; 126 I 19 E. 2d; 122 V 6 E. 1; 116 V 182; 115 Ia 94 E. 1b; BVGE 2007/41 E. 2; vgl. Albertini (Anm. 48), S. 221; Auer (Anm. 18), Fn. 56; Sarbach (Anm. 11), Fn. 342 m.w.H.; Reinhardt (Anm. 51), S. 163 f.

<sup>54</sup> BGE 128 V 272 E. 5b/dd; 127 V 431 E. 2b/bb; Albertini (Anm. 48), S. 221 und S. 297 f.

<sup>55</sup> Vgl. zum Recht auf Entscheidbegründung Art. 26 Abs. 2 KV, für gerichtliche Verfahren zudem Art. 97 Abs. 2 KV (vorbehalten sind gesetzliche Ausnahmen).

<sup>56</sup> Vgl. statt vieler Albertini (Anm. 48), S. 400 ff.

<sup>57</sup> Richterpflichten im Zusammenhang mit der *reformatio in peius* ergeben sich auch aus dem Grundsatz der Verfahrensfairness bzw. dem Vertrauensschutz, vgl. dazu oben Ziff. 2.1.

<sup>58</sup> BGE 129 II 385 E. 4.4.3; 126 I 19 E. 2c/aa; Albertini (Anm. 48), S. 215 f.; Reinhardt (Anm. 51), S. 164. Zudem hat der Richter die Pflicht, die von einer Verschlechterung ihrer Rechtslage betroffene Partei ausdrücklich auf die Möglichkeit des Rückzugs hinzuweisen; diese Pflicht wird jedoch weitestgehend mit dem Grundsatz eines fairen Verfahrens und des Vertrauensschutzes begründet, vgl. oben Ziff. 2.1; BGE 122 V 166 E. 2.

<sup>59</sup> Vgl. BGE 117 Ia 262 E. 4b.

<sup>60</sup> So jedenfalls für den Zivilprozess Max Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl. Bern 1978, S. 79; vgl. Art. 56 ZPO (Anm. 6).

treten zu lassen<sup>61</sup> – darauf sind die Parteien durch den Richter hinzuweisen<sup>62</sup> –, und (jedenfalls in Strafverfahren) das Recht auf Beizug eines Dolmetschers oder einer Dolmetscherin.<sup>63</sup>

### 2.3 Richterliche Unabhängigkeit?

Art. 30 Abs. 1 BV garantiert den Verfahrensbeteiligten die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht.<sup>64</sup> Die Unabhängigkeitsgarantie schliesst den Anspruch der Parteien in sich, den Ausstand einer befangenen Justizperson zu verlangen.<sup>65</sup> Die Geltendmachung dieses Anspruchs wiederum setzt Kenntnis der urteilenden Richterinnen und Richter voraus. Teilgehalt von Art. 30 Abs. 1 BV ist deshalb das Recht auf frühzeitige Kenntnis der personellen Zusammensetzung des urteilenden Gerichts.<sup>66</sup> Allerdings hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang bislang *keine* spezifischen richterlichen Aufklärungspflichten formuliert, sondern lässt die Bekanntgabe «in irgendeiner Form» genügen, unter anderem dann, wenn

<sup>61</sup> Vgl. BGE 132 V 443 E. 3.3; *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 426; *Steinmann* (Anm. 19), Art. 29 N. 31; *Isabelle Häner*, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, S. 246 ff.; *Reinhardt* (Anm. 51), S. 219 f.; *Daniel Kettiger*, Parteien – Rechtsunterworfenen oder Kundinnen und Kunden?, in: Benjamin Schindler / Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich / St. Gallen 2007, S. 265 f.

<sup>62</sup> Vgl. dazu oben Ziff. 2.1.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 121 I 196 E. 5a; *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 428; *Müller / Schefer* (Anm. 19), S. 860 f.; *Gadola* (Anm. 51), S. 66; *Albertini* (Anm. 48), S. 342 f.

<sup>64</sup> Zur Tragweite der Garantie grundlegend BGE 114 Ia 50; aus der Literatur statt vieler *Regina Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 25 ff. Vgl. zur entsprechenden Garantie der Berner Kantonsverfassung (Art. 26 Abs. 1 KV) *Bolz* (Anm. 47), Art. 26 N. 2a.

<sup>65</sup> Statt anderer BGE 128 V 82 E. 3c; vgl. auch *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 445; *Rhinow / Koller / Kiss* (Anm. 48), N. 153, 466 ff.; *Müller / Schefer* (Anm. 19), S. 937 f.; *Regina Kiener*, Garantie des verfassungsmässigen Richters, in: Merten / Papier (Anm. 41), § 227 N. 38; zum Ausstandsbegehren im Verwaltungsverfahren *Benjamin Schindler*, Die Befangeneheit der Verwaltung, Zürich etc. 2002, S. 203.

<sup>66</sup> BGE 117 Ia 322 E. 1c; *Gerold Steinmann*, Art. 30 N. 15 in: Ehrenzeller et al. (Anm. 19); *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 445; *Rhinow / Koller / Kiss* (Anm. 48), N. 152; *Kiener* (Anm. 65), § 227 N. 41; *Kölz / Häner* (Anm. 43), N. 357; *Häfelin / Müller / Uhlmann* (Anm. 39), N. 1669.

sich die Namen der Richterinnen und Richter einer allgemein zugänglichen Publikation entnehmen lassen.<sup>67</sup>

### 3. Konkretisierung durch das Gesetz

Aufklärungs- und Fürsorgepflichten lassen sich auch den Verfahrensgesetzen von Bund und Kantonen entnehmen. In allen einschlägigen Erlassen finden sich Bestimmungen, welche die *Richterinnen und Richter als Normadressaten* ansprechen und ihnen ausdrückliche Handlungsanweisungen auferlegen, welche der Aufklärung und dem Schutz der Parteien dienen.<sup>68</sup> Ein Teil dieser Normen lässt sich als richterliche *Aufklärungspflichten* lesen. So beispielsweise, wenn das Verfahrensgesetz den Richter verpflichtet, bei der Fristansetzung gleichzeitig die Folgen der Versäumnis anzudrohen,<sup>69</sup> oder die Richterin die Parteien über bevorstehende Verfahrensschritte aufzuklären hat,<sup>70</sup> damit diese ihre verfahrensrechtlichen Äusserungs- und Mitwirkungsrechte *effektiv wahrnehmen* können. Wird das Urteil ausnahmsweise ohne Begründung eröffnet, ist der Richter verpflichtet, die Parteien auf die Möglichkeit einer vollständigen Urteilsbegründung aufmerksam zu machen.<sup>71</sup> In gleicher Weise verankern die Verfahrenserlasse auch Handlungs-

<sup>67</sup> BGE 117 Ia 322 E. 1c; Kritik bei *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 445; *Jörg Paul Müller / Markus Schefer*, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1996, ZBJV 133 (1997) S. 702 f.

<sup>68</sup> Daneben kann das Gesetz punktuell auch weitere richterliche *Verhaltenspflichten* formulieren, wie beispielsweise das Verbot des Berichtens gemäss Art. 48 VRPG.

<sup>69</sup> Art. 23 VwVG. Die Lehre anerkennt, dass solche Normen dem Vertrauensschutz dienen, vgl. *Rhinow / Koller / Kiss* (Anm. 48), N. 1168; *Urs Peter Cavelti*, Art. 23 N. 6, in: Auer / Müller / Schindler (Anm. 5). Vgl. die entsprechende Hinweispflicht bei Nachfristansetzung gemäss Art. 33 Abs. 2 VRPG (betr. Rückweisung zur Verbesserung einer ungenügenden Parteieingabe); ebenso Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG.

<sup>70</sup> Betr. Aufklärung bei drohender reformatio in peius vgl. Art. 62 Abs. 3 VwVG sowie Art. 61 Bst. d ATSG und Art. 84 Abs. 3 VRPG (je für den Bereich des Sozialversicherungsrechts). Eine «erweiterte Aufklärungspflicht» betr. Rückzugsmöglichkeit hat das Bundesgericht soweit ersichtlich ausdrücklich erst für den Sozialversicherungsprozess festgestellt (vgl. BGE 122 V 166 E. 2b; seither BGE 131 V 414 E. 1; keine Differenzierung nach Verfahrensart in BVGer A-365/2008 vom 25.11.2008, E. 1.5.1); vgl. auch *Madeleine Camprubi*, Art. 62 N. 12, in: Auer / Müller / Schindler (Anm. 5); *Thomas Häberli*, Art. 62 N. 32, in: Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum VwVG, Zürich etc. 2009.

<sup>71</sup> Art. 84a Abs. 1 und 2 VRPG; die Parteien sind auf die Rechtsfolgen aufmerksam zu machen, vgl. *Ruth Herzog / Michel Daum*, Die Umsetzung der Rechtsweggarantie im

anweisungen, die bestimmte richterliche *Fürsorgepflichten* begründen. So kann die Richterin gehalten sein, nötigenfalls eine Übersetzung anzuordnen, wenn eine Partei keine genügenden Kenntnisse der Verfahrenssprache hat.<sup>72</sup> Die Sicherung der Parteirechte und der Verfahrensfairness kann in gewissen Fällen – namentlich bei fehlender Postulationsfähigkeit<sup>73</sup> oder wenn in schwerwiegender Weise in Rechtspositionen eingegriffen wird<sup>74</sup> – die richterliche Bestellung eines Anwalts oder einer Anwältin erfordern.

Richterliche Hilfs- und Fürsorgepflichten lassen sich auch aus Bestimmungen ableiten, welche die *Parteien als Normadressaten* ansprechen, aber den Richter zumindest mittelbar in die Pflicht nehmen, weil die entsprechenden Parteirechte oder -pflichten ohne vorgängige richterliche Mitteilung nicht oder jedenfalls nicht sachgerecht wahrgenommen werden können. So setzt die Inanspruchnahme des *Rechts der Parteien*, an der Beweiserhebung teilzunehmen,<sup>75</sup> eine instruktionsrichterliche Orientierung über diese Vorgänge voraus,<sup>76</sup> und die Wahrnehmung des Rechts auf Akteneinsicht<sup>77</sup> verlangt eine Information über Bestand und Inhalt der vorhandenen Akten und Beweismittel.<sup>78</sup> Auch gesetzliche *Parteipflichten* können Auslöser für eine richterliche Hilfs- oder Aufklärungspflicht sein. So sind die Parteien zur

bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, BVR 2009 S. 22 (betr. Verzicht auf Urteilsbegründung).

<sup>72</sup> Art. 54 Abs. 4 BGG, Art. 33a VwVG. Die Bedeutung der sprachlichen Verständlichkeit für die Wahrung des Gehörsanspruchs betont *Peter Uebersax*, Art. 54 N. 25, in: Marcel Alexander Niggli / Peter Uebersax / Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008.

<sup>73</sup> Art. 41 BGG betr. Bestellung eines Vertreters bei fehlender Postulationsfähigkeit.

<sup>74</sup> Vgl. auch Art. 65 Abs. 2 VwVG sowie Art. 111 Abs. 2 VRPG. Vgl. dazu *Martin Kayser*, Art. 65 N. 27 ff., in: Auer / Müller / Schindler (Anm. 5); zu Art. 111 Abs. 2 VRPG *Markus Müller*, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2008, S. 259 ff.

<sup>75</sup> Art. 22 VRPG; Art. 56 Abs. 1 BGG; Art. 18 VwVG; vgl. auch Art. 46 BZP (betr. Fragerecht).

<sup>76</sup> Vgl. auch *Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 22 N. 4; *Bernhard Waldmann / Magnus Oeschger*, Art. 18 N. 6 f., in: Waldmann / Weissenberger (Anm. 70); *Bernhard Waldmann / Jürg Bickel*, Art. 29 N. 78, in: Waldmann / Weissenberger (Anm. 70). Vgl. BGE 113 Ia 81 E. 3b (betr. Augenschein).

<sup>77</sup> Art. 23 Abs. 1 VRPG; Art. 26 VwVG; vgl. auch Art. 60 Abs. 1 Satz 4 BZP (betr. Gutachten von Sachverständigen).

<sup>78</sup> Vgl. BGE 128 V 272 E. 5b/bb und 124 II 132 E. 2b (beide zu Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 4 aBV); vgl. auch *Merkli / Aeschlimann / Herzog* (Anm. 76), Art. 23 N. 11; *Bernhard Waldmann / Magnus Oeschger*, Art. 26 N. 70 ff., in: Waldmann / Weissenberger (Anm. 70).

Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes verpflichtet;<sup>79</sup> gleichzeitig muss der Richter die Partei über den Inhalt der Mitwirkungspflichten und insbesondere darüber informieren, welche Beweismittel im Einzelnen beizubringen sind.<sup>80</sup> Haben die Eingaben der Parteien bestimmten formalen Anforderungen zu genügen,<sup>81</sup> erwächst der Richterin die Pflicht, unklare oder unvollständige Beschwerdeschriften zur Verbesserung zurückzuweisen und dazu eine Nachfrist anzusetzen,<sup>82</sup> und sie hat zugleich auf die Rechtsfolge bei Versäumnis aufmerksam zu machen.<sup>83</sup>

Im *Ergebnis* zeigt sich, dass die für öffentlich-rechtliche Prozesse einschlägigen Verfahrenserlasse durchaus richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten statuieren, auch wenn diese Pflichten nicht ausdrücklich als solche ausgewiesen sind. Normtextlich werden die Richterpflichten als direkte Handlungsanweisungen an den Richter formuliert, können sich aber auch indirekt aus der Gewährleistung von gesetzlich vorgesehenen Parteirechten oder zur Information über Parteipflichten ergeben. So oder anders geht es um Situationen, in denen sich gesetzliche Verfahrensregeln, die letztlich der Wahrung von Parteirechten dienen, ohne richterliche Aufklärung oder Hilfestellung nicht verwirklichen lassen. Dabei zeigt sich, dass sich die richterlichen Handlungs- oder Verhaltenspflichten nicht auf die blossen *Information* der Parteien beschränken, sondern auch *konkrete Vorkehren* und *Anordnungen* in sich schliessen können, wie beispielsweise die Beiordnung einer Anwältin oder eines Anwalts von Amtes wegen.

#### 4. Grenzen der richterlichen Fürsorge im Prozess

Verfassung und Gesetz begründen richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten, setzen der richterlichen Hilfetätigkeit jedoch gleichzeitig auch

<sup>79</sup> Art. 20 VRPG; Art. 13 VwVG.

<sup>80</sup> Vgl. BGE 132 II 113 E. 3.2; vgl. auch *Merkli / Aeschlimann / Herzog* (Anm. 76), Art. 20 N. 4 f.; *Patrick L. Krauskopf / Katrin Emmenegger*, Art. 13 N. 47 ff., in: Waldmann / Weissenberger (Anm. 70); *Rhinow / Koller / Kiss* (Anm. 48), N. 768 ff.; *Kölz / Häner* (Anm. 43), N. 274; sowie eingehend *André Moser / Michael Beusch / Lorenz Kneubühler*, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 1.49.

<sup>81</sup> Art. 32 VRPG, Art. 52 Abs. 1 VwVG.

<sup>82</sup> Ausdrücklich: Art. 33 Abs. 1 und 2 VRPG; Art. 52 Abs. 1 VwVG.

<sup>83</sup> Ausdrücklich: Art. 33 Abs. 2 VRPG; Art. 52 Abs. 2 und 3 VwVG (zur Fristansetzung auch Art. 23 VwVG). Vgl. auch *Merkli / Aeschlimann / Herzog* (Anm. 76), Art. 33 N. 1 ff.; *Frank Seethaler / Fabia Bochsler*, Art. 52 N. 84 ff., in: Waldmann / Weissenberger (Anm. 70).

Grenzen.<sup>84</sup> Diese Grenzen liegen dort, wo entsprechende Handlungen des Richters mit entgegenstehenden Interessen – seien es Interessen der Gegenpartei, sei es das öffentliche Interesse am Vertrauen in die Justiz,<sup>85</sup> an einer fairen Rechtspflege überhaupt – kollidieren.

In Verfahren mit mehreren Prozessbeteiligten geraten richterliche Unterstützungspflichten fast zwangsläufig in Konflikt mit dem Anspruch der Parteien auf *Gleichbehandlung*. Würde ein Richter beispielsweise dergestalt in das Verfahren eingreifen, dass er im Mehrparteienverfahren nur eine Partei auf zusätzliche Angriffs- oder Verteidigungsmittel aufmerksam macht, wären zunächst die Grundsätze prozeduraler Rechtsgleichheit verletzt.<sup>86</sup> Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung bedeutet unter anderem auch, dass Richterinnen und Richter ohne Ansehen der Person tätig werden. Gleichzeitig kann richterliche Hilfestellung zu Gunsten einer Partei den Verdacht der Befangenheit wecken und die Garantie der *richterlichen Unabhängigkeit* (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 26 Abs. 1 KV) beeinträchtigen.<sup>87</sup> Zufolge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Anspruch auf einen unparteiischen und unbefangenen Richter verletzt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters oder einer Richterin hervorzurufen;<sup>88</sup> solche Umstände können namentlich auch in einem bestimmten Verhalten des Richters gegenüber einer Partei begründet sein,<sup>89</sup> insbesondere in der *einseitigen Bevorzugung* einer Verfahrenspartei. Ein Verstoss gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit wäre deshalb wohl dann zu bejahen, wenn die Richterin ihre Stellung als unabhängige Dritte aufgeben, sich mit den Anliegen einer Partei

<sup>84</sup> Vgl. Müller / Schefer (Anm. 19), S. 858 ff. zu den Schranken der Ansprüche prozeduraler Kommunikation.

<sup>85</sup> BGE 134 I 238 E. 2.4 und E. 2.6.

<sup>86</sup> Kiener (Anm. 64), S. 108; ähnlich Schindler (Anm. 65), S. 221; BGE 120 V 357 E. 3a; anders Sarbach (Anm. 11), S. 123 f., der diese Problematik als Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit ansieht.

<sup>87</sup> BGer 1P.19/1998 vom 23.2.1998, E. 2, zitiert nach Kiener (Anm. 64), S. 108 Fn. 214.

<sup>88</sup> Grundlegend BGE 114 Ia 50 E. 3b und 3c, seither ständige Praxis; jüngst etwa BGE 134 I 238 E. 2.1. Zu den Umständen, die Befangenheit begründen können, vgl. Kiener (Anm. 64), S. 61 ff.; vgl. zum Anspruch auf den unparteiischen, unbefangenen und unvoreingenommenen Richter auch Müller / Schefer (Anm. 19), S. 936 ff.; Steinmann (Anm. 66), Art. 30 N. 9 ff.

<sup>89</sup> BGE 134 I 238 E. 2.1 (betr. Kontaktaufnahme des Referenten mit dem Rechtsvertreter der Partei und Kundgabe der vorläufigen Einschätzung); 116 Ia 485 E. 3b; BGer 1P.19/1998 vom 23.2.1998, E. 2, zitiert nach Kiener (Anm. 64), S. 108 Fn. 214.

identifizieren und sich im Ergebnis zur Anwältin einer Prozesspartei machen würde. Unterstützende Verfahrenshinweise an eine Partei führen indessen nicht zwangsläufig zu einer materiellen Bevorzugung.<sup>90</sup> Von Beginn weg keine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn der Richter von Gesetzes wegen zur Unterstützung der Parteien verpflichtet oder doch berechtigt ist oder sich eine solche Pflicht direkt aus der Verfassung ergibt: Wer prozessrechtliche Vorschriften regelkonform anwendet, ist deswegen noch nicht befangen.

*Grenzen* sind allfälligen Ansprüchen der *Parteien* auf richterliche Hilfe und Aufklärung auch mit dem *Treueprinzip* gezogen: Mit Artikel 5 Absatz 3 («Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben») verpflichtet die Bundesverfassung auch die an einem Justizverfahren beteiligten Privaten – wer Verfahrensfairness verlangt, muss sich seinerseits fair verhalten. Keinen Schutz verdient deshalb ein Benehmen, das eine prozedurale Hilfsbedürftigkeit gezielt konstruiert, um richterliche Fürsorgeleistungen zu provozieren; so etwa, wenn eine Rechtsschrift bewusst unvollständig gehalten wird, um in den Genuss einer Verbesserungsmöglichkeit zu gelangen.

## 5. Befund ...

Das Verwaltungsprozessrecht ist von verfassungsrechtlichen Leitsätzen geprägt und beeinflusst. Besondere Relevanz kommt dem *Fairnessprinzip* zu, aus dem Verfahrensgrundrechte wie der Anspruch auf rechtliches Gehör, auf richterliche Unabhängigkeit oder auf unentgeltliche Prozessführung im Falle der Bedürftigkeit abgeleitet sind –<sup>91</sup> Ansprüche, die auf der Ebene der Verfahrenserlasse konkretisiert werden. In diese normativen Bezüge sind auch die richterlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflichten gesetzt: Die verfassungsunmittelbar bestehenden Richterpflichten sind gerichtliche Konkretisierungen der spezifischen Verfahrensgrundrechte. Dabei zeigt sich, dass die Aufklärungs- und Fürsorgepflichten vorab dazu dienen, die

<sup>90</sup> Ebenso Regina Ogorek / Dieter Simon, Recht und Rechtsverwirklichung, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Einführung in das Recht, 2. Aufl. Heidelberg 1991, S. 211 ff., S. 223. Für Zurückhaltung in der Annahme von Befangenheit auch Sarbach (Anm. 11), S. 124 ff. Gemäss Art. 11 Ziff. 1 ZPO-BE kann «eine Gerichtsperson abgelehnt werden: [...] wenn sie in der Streitsache Rat erteilt hat».

<sup>91</sup> Vgl. Peter Saladin, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Juristische Fakultät der Universität Basel et al. (Hrsg.), Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff.

effektive Anwendung und verfahrenspraktische Durchsetzung von Verfahrensgrundrechten zu gewährleisten und damit im Ergebnis den Anspruch auf ein faires Verfahren zu sichern.<sup>92</sup> Zum gleichen Ergebnis führt eine Analyse der gesetzlich umschriebenen Aufklärungs- und Fürsorgepflichten. Die Nähe von verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Richterpflichten ist im Übrigen auch durch den Umstand belegt, dass die zunächst im Rahmen der Verfassung konkretisierten Richterpflichten regelmässig in die gesetzlichen Verfahrensordnungen aufgenommen und damit für Gericht und Verfahrensbeteiligte direkt handhabbar gemacht wurden. Dieser Vorgang zeigt sich beispielhaft an der Pflicht zur Übersetzung von Schriftstücken und mündlichen Äusserungen: Die durch das Bundesgericht aus Art. 4 aBV herausgeschälte Richterpflicht<sup>93</sup> hat der Gesetzgeber später als einfachgesetzlichen Auftrag in Art. 54 Abs. 4 BGG aufgenommen.<sup>94</sup>

Die richterlichen Hilfs- und Fürsorgepflichten gründen letztlich im allgemeinen *Fairnessprinzip* (Art. 29 Abs. 1 BV, vgl. Art. 26 KV).<sup>95</sup> Das Gleiche gilt indessen für die Grenzen solcher Richterpflichten. Es ist somit das *Gleichgewicht* zwischen dem Anliegen materieller Gleichstellung der Parteien auf der einen und Unparteilichkeit und Neutralität des Richters auf der anderen Seite zu finden.<sup>96</sup> Im Ergebnis geht es auch hier um die *Herstellung praktischer Konkordanz*.<sup>97</sup> Demnach sind die verschiedenen Fairnessgehalte so zu harmonisieren, dass alle ins Verfahren involvierten Parteien in den Genuss eines in seiner Gesamtheit fairen Verfahrens kommen.<sup>98</sup>

## 6. ... und mögliche Weiterentwicklung

In der bundesgerichtlichen Praxis zur Konkretisierung von richterlichen Hilfs- und Aufklärungspflichten und in den entsprechenden Bestimmungen der Verfahrenserlasse zeigt sich – wenn auch mitunter nur implizit – das

<sup>92</sup> Vgl. weiterführend Ziff. 2; *Kälin / Künzli* (Anm. 19), S. 111.

<sup>93</sup> BGE 118 Ia 462 E. 2.

<sup>94</sup> Vgl. zur Genese auch die Botschaft des Bundesrates vom 28.2.2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4201 S. 4301, sowie *Uebersax* (Anm. 72), Art. 54 N. 41.

<sup>95</sup> Vgl. auch *Thomas Jung*, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, Nürnberg 1990, S. 121 f.

<sup>96</sup> *Marczak* (Anm. 45), S. 22.

<sup>97</sup> Zu diesem Grundsatz *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Heidelberg 1995, N. 72.

<sup>98</sup> Vgl. *Kiener* (Anm. 64), S. 86.

Bemühen um die Verwirklichung der prozeduralen Grundrechte in der Verfahrenspraxis. Die Aufgabe der Grundrechtsverwirklichung ist seit Inkraftsetzung der nachgeführten Bundesverfassung 1999 mit Art. 35 BV allen staatlichen Aufgabenträgern zur Pflicht gemacht: Grundrechte müssen in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen.<sup>99</sup>

Art. 35 BV bildet die Grundlage für eine Weiterentwicklung der hier diskutierten Fragestellung und lässt sich beispielsweise für die richterlichen Hilfs- und Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit der *Rechtsmittelbelehrung* fruchtbar machen. Das Bundesgericht anerkennt zwar, dass eine unrichtige oder unzutreffende Rechtsmittelbelehrung den Parteien nicht zum Nachteil gereichen darf;<sup>100</sup> der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge besteht aber kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf eine Rechtsmittelbelehrung.<sup>101</sup> Mit Blick auf die wirksame Durchsetzung der *Rechtsweggarantie* (Art. 29a BV) scheint die Verankerung einer entsprechenden Richterpflicht und damit die Begründung einer verfassungsunmittelbaren Verpflichtung der Entscheidbehörde zur Rechtsmittelbelehrung aber als sachgerecht – dies umso mehr, als eine solche Pflicht in der verfahrensrechtlichen Wirklichkeit von Bund und Kantonen weithin anerkannt ist.<sup>102</sup>

In besonderer Weise bietet sich der *Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit* (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 26 Abs. 2 KV) für eine weitere Konkretisierung von richterlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflichten an. Verschie-

<sup>99</sup> Weiterführend *Kiener / Kälin* (Anm. 19), S. 37 f.; *Rhinow / Schefer* (Anm. 45), N. 1144 ff.; *Jörg Paul Müller*, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: Merten / Papier (Anm. 41), § 202 N. 40; *Jörg Paul Müller*, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 N. 29 ff.

<sup>100</sup> Vgl. statt vieler BGE 117 Ia 421 E. 2a; aktuell bestätigt in BGer 1B\_10/2009 vom 14.5.2009, E. 2; es handelt sich hier um einen Fall verfahrensrechtlichen *Vertrauensschutzes*, der sich aus dem Fairnessprinzip ableiten lässt, vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.

<sup>101</sup> Vgl. dazu BGE 98 Ib 333 E. 2d, bestätigt in 123 II 231 E. 8a; siehe auch *Albertini* (Anm. 48), S. 437 f.; *Häfelin / Müller / Uhlmann* (Anm. 19), N. 1643.

<sup>102</sup> Vgl. etwa 26 Abs. 2 KV, dazu *Bolz* (Anm. 47), Art. 26 N. 5 f.; Art. 52 Abs. 1 Bst. d VRPG, vgl. *Merkli / Aeschlimann / Herzog* (Anm. 76), Art. 52 N. 16; Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG, siehe *Bernhard Ehrenzeller*, Art. 112 N. 10 f., in: Niggli / Uebersax / Wiprächtiger (Anm. 72); Art. 35 Abs. 1 und 2 VwVG, dazu *Lorenz Kneubühler*, Art. 35 Abs. 2 N. 22 ff., in: Auer / Müller / Schindler (Anm. 5); siehe auch Art. 61 Bst. h ATSG; Art. 81 Abs. 1 Bst. d der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (StPO), BBl 2007 6977 (Referendumsvorlage), Inkrafttreten am 1.1.2011; Art. 238 Bst. f ZPO (Anm. 6).

dene Teilgehalte stehen zur Diskussion: Zunächst könnte das allgemeine Ziel der Verwirklichung von Verfahrensgrundrechten Anlass geben, die Richterpflicht zur *Bekanntgabe der Zusammensetzung des Spruchkörpers* verfassungsrechtlich zu begründen. Dem Bundesgericht genügt die Bekanntgabe «in irgendeiner Form».<sup>103</sup> Indessen kann die richtige Zusammensetzung eines Gerichts und die Unabhängigkeit der am Entscheid mitwirkenden Richterinnen und Richter durch die Betroffenen nur beurteilt werden, wenn ihnen die personelle Zusammensetzung des Spruchkörpers von Beginn des Verfahrens weg bekannt ist. Die Lehre fordert deshalb auch hier eine entsprechende richterliche Aufklärungs- und Orientierungspflicht.<sup>104</sup>

Weiter stellt sich die Frage, ob die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit nicht eine richterliche Aufklärungspflicht bezüglich *möglicher Befangenheitsgründe* verlangt.<sup>105</sup> Die Lehre fordert schon lange, dass die am Verfahren beteiligten Richterinnen und Richter von sich aus alle Umstände offenlegen müssen, die bei den Parteien berechnete Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts nähren oder andere Beeinträchtigungen der Verfahrensfairness darstellen könnten.<sup>106</sup> Auch diese Richterpflicht ist weitgehend im Verfahrensrecht von Bund und Kantonen verankert: Verschiedene Prozessgesetze sehen vor, dass Richterinnen und Richter mögliche Befangenheitsgründe zumindest dem Gerichts- oder Kammervorsitzenden mitteilen<sup>107</sup> oder von sich aus offenlegen müssen<sup>108</sup>. Insgesamt ist auch in diesem Kontext belegt, dass der grundrechtliche Anspruch auf richterliche Unabhängigkeit zu seiner umfassenden Geltung in der Verfahrenspraxis bestimmte – und vergleichsweise einfach zu bewerkstellende – richterliche Aufklärungspflichten in sich trägt.

<sup>103</sup> Vgl. dazu Ziff. 2.3.

<sup>104</sup> Müller / Schefer (Anm. 19), S. 951; Kiener (Anm. 64), S. 353 f. und 375 ff.; Kiener (Anm. 65), § 227 N. 41. Vgl. auch BGer 1P.204/1996 vom 19.4.1996, kommentiert bei Markus Felber, Bundesgerichtsentscheide 1996, Zürich 1997, S. 53 f.

<sup>105</sup> Zu diesem Anliegen schon Kiener (Anm. 64), S. 328 ff., insb. S. 330, ebenso Müller / Schefer (Anm. 19), S. 953 f.; in diese Richtung auch BGE 111 Ia 71 E. 2c (betr. Schiedsgerichtsverfahren); diese Rechtsprechung hat sich aber nicht verstetigt.

<sup>106</sup> Vgl. Kiener (Anm. 65), § 227 N. 39; vgl. auch Kölz / Häner (Anm. 43), N. 255; Rhinow / Koller / Kiss (Anm. 48), N. 175; Schindler (Anm. 65), S. 201 ff.; Müller / Schefer (Anm. 19), S. 953; BGer 6P.93/2002 vom 17.12.2002, E. 1.2.3; 2C\_10/2007 vom 8.10.2007, E. 2.5; BGE 124 II 265 E. 4a; Steinmann (Anm. 66), Art. 30 N. 16.

<sup>107</sup> Z.B. Art. 35 BGG, siehe dazu Isabelle Häner, Art. 35, in: Auer / Müller / Schindler (Anm. 5); Art. 12 ZPO-BE; Art. 32 Abs. 1 StrV-BE; Art. 57 StPO (Anm. 102).

<sup>108</sup> So Art. 48 ZPO (Anm. 6).

## 7. Zum Schluss: Richterrolle – Richterbild

Werden in die Analyse der richterlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflichten auch die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltenden *Prozessmaximen* mit einbezogen, die unter anderem auch die Rollen der Verfahrensbeteiligten definieren,<sup>109</sup> lassen sich gewisse Schlüsse über das im Verwaltungsprozess herrschende Richterbild ziehen.<sup>110</sup> Die im Verwaltungsprozess geltende Untersuchungsmaxime<sup>111</sup> und der in der Rechtsanwendung vorherrschende Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen<sup>112</sup> zeigen gleich wie die aus Verfassung<sup>113</sup> und Gesetz<sup>114</sup> abzuleitenden Aufklärungs- und Fürsorgepflichten ein Richterbild, das den Verwaltungsrichterinnen und -richtern die wesentliche Verantwortung für den korrekten, beförderlichen Ablauf des Verfahrens und für die materielle Richtigkeit des Urteils zuschreibt. Entsprechende Hilfs- und Aufklärungspflichten sind rechtlich eingebunden, zugleich aber funktional begrenzt: Am Schutz der Verfahrensrechte der Betroffenen ausgerichtet, dienen sie letztlich der Sicherstellung eines fairen Verfahrens.<sup>115</sup>

<sup>109</sup> Zu den Verfahrensmaximen allgemein Kölz (Anm. 18), S. 3; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. Bern 1983, S. 201.

<sup>110</sup> Vgl. zu einer ähnlichen Thematik Lutz Diwell, Vom Richter zum fürsorglichen Schlichter?, in: Präsidium des Deutschen Richterbundes (Anm. 15), S. 15 ff.

<sup>111</sup> BGE 105 Ib 117, 116 V 26 E. 3c; Gadola (Anm. 51), S. 81; Gygi (Anm. 109), S. 200. Christoph Auer, Art. 12 N. 6 ff., in: Auer / Müller / Schindler (Anm. 5); Patrick L. Krauskopf / Katrin Emmenegger, Art. 12 N. 15 ff., in: Waldmann / Weissenberger (Anm. 70); Ulrich Meyer, Art. 99 N. 6, in: Niggli / Uebersax / Wiprächtiger (Anm. 72); Kölz / Häner (Anm. 43), N. 674 ff.; Auer (Anm. 18), S. 76 ff.; Michael Pfeifer, Der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime im Verwaltungsverfahren, Basel 1980.

<sup>112</sup> Häfelin / Müller / Uhlmann (Anm. 19), N. 1632; Auer (Anm. 18), Art. 12 N. 12; Rhinow / Koller / Kiss (Anm. 48), N. 915 ff.; Kölz / Häner (Anm. 43), N. 122 ff.

<sup>113</sup> Oben Ziff. 2.

<sup>114</sup> Oben Ziff. 3.

<sup>115</sup> In diese Richtung schon Gygi (Anm. 109), S. 55: «Es ist nicht Sache des Richters, den Parteien Rechtsberatung zu gewähren. Die Richterpflicht erstreckt sich vor allem auf verfahrensdienliche Hinweise und wird daher auch Hinweispflicht genannt.»