

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Offizielles Organ der schweizerischen
Staatschreiber-Konferenz, der Bausekretären-
Konferenz, des schweizerischen Städteverbandes,
des Verbandes der Gemeindepräsidenten des
Kantons Zürichs, des Verbandes bündnerischer
Gemeindepräsidenten und Verwaltungsbeamter,
der schweizerischen Verwaltungskurse an der
Universität St. Gallen und der Schweizerischen
Gesellschaft für Agrarrecht

107. Jahrgang (2006)

Redaktion:

Prof. Dr. iur. Alexander Ruch,
Ordinarius für Rechtswissenschaft
an der Eidg. Technischen
Hochschule Zürich, Basel

PD Dr. iur. August Mächler,
Vorsteher Rechts- und Beschwerde-
dienst Justizdepartement Kanton
Schwyz, Pfäffikon

Dr. iur. Arthur Aeschlimann,
Bundesrichter Lausanne, Bern

Dr. iur. Andreas Keiser,
Verwaltungsrichter Zürich,
Winterthur

Prof. Dr. iur. Arnold Marti,
Obergerichtsvizepräsident,
Titularprofessor der Universität
Zürich, Schaffhausen

Schulthess §

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Sachregister zum 107. Jahrgang (2006)

Bearbeitet von lic. iur. Marlies Niggli

Inhaltsübersicht

- I. Abhandlungen
- II. Systematisches Register
- III. Alphabetisches Register

Seite

- III
- III
- XI

I. Abhandlungen

- Zum Wesensgehalt der Unabhängigkeit oberster Finanzaufsichtsorgane.* Von Dr. iur. Paul Brügger, Rechtsanwalt, Niederteufen. 1 ff.
- Finanzautonomie im neuen Finanzausgleich.* Von cand. iur. Annja Mannhart und cand. iur. Dominic Staible, Zürich. 21 ff.
- Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts.* Von Prof. Dr. Heinrich Koller, Direktor Bundesamt für Justiz, Bern. 57 ff.
- Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung.* Von Dr. iur. Esther Tophinke, Wissenschaftliche Mitarbeiterin des Bundesamtes für Justiz, Bern. 88 ff.
- Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechtspflege auf die Kantone.* Von Dr. iur. Christoph Auer, LL.M., Leiter Sektion Straf- und Verwaltungsrechtspflege im Bundesamt für Justiz, Bern. 121 ff.
- Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung.* Von Prof. Dr. iur. Regina Kiener und Fürsprecher Mathias Kuhn, Bern. 141 ff.
- Demonstrationsbewilligung und Mediation?* Von Dr. iur. Viviane Sobotich, Mediatorin (FHA), Zürich. 173 ff.
- Rechtsstaatliche Probleme der amtlichen Vermessung.* Von Dr. iur. Patrick Sutter, Schwyz. 229 ff.
- Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit.* Von Dr. iur. et lic. phil. Verena Schwander, Bern. 285 ff.
- Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung.* Von Prof. Dr. iur. Bernhard Waldmann, Freiburg i. Ue. 341 ff.
- Die Einheit der Materie bei kantonalen Gesetzesvorlagen.* Von Dr. iur. Patricia Egli, Rechtsanwältin, St. Gallen. 397 ff.
- Der Rechnungshof – ein neues staatsrechtliches Institut. Bemerkungen aus Anlass der Schaffung einer Cour des comptes im Kanton Genf.* Von Prof. Dr. Yvo Hangartner, Gossau SG. 453 ff.
- Art. 137 BV, die politische Gleichheit und das Parteienregister.* Von Dr. iur. Patricia M. Schiess Rütimann, Rechtsanwältin, Zürich. 505 ff.
- Aufenthalt durch Krankheit.* Von Dr. iur. Fulvio Häfeli, Basel. 561 ff.
- Klinische Versuche mit Arzneimitteln: Begriffe und Abgrenzungen.* Von Prof. Dr. iur. Alexander Ruch, Basel/Zürich. 617 ff.

II. Systematisches Register

A. Staatsrecht

1. Verfassung:

Finanzautonomie im neuen Finanzausgleich 21 ff. – Vorgaben der Justizreform für die neue Bundesrechtspflege 64 ff. – Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit 285 ff. – Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung 341 ff. – Der Rechnungshof – ein neues staatsrechtliches Institut. Bemerkungen aus Anlass der Schaffung einer Cour des comptes im Kanton Genf 453 ff. – Art. 137 BV, die politische Gleichheit und das Parteienregister 505 ff.

2. Gesetzgebung:

Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und das vereinheitlichte Prozessrecht 57 ff. – Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung 88 ff. – Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechtspflege auf die Kantone 121 ff. – Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine vorläufige Würdigung 141 ff.

dass die beiden neuen gesamtschweizerischen Prozessordnungen – diese sehen das Prinzip des doppelten Instanzenzugs und den umfassenden Zugang zu einem oberen Gericht ihrerseits verbindlich vor – noch vor ihrem Ablauf verabschiedet werden. Bleibt zu hoffen, dass sich die Anstrengungen, welche der Bund und die Kantone zur Umsetzung der Justizreform unternahmen mussten und müssen, lohnen und die gesteckten Ziele – Entlastung des Bundesgerichts und Verbesserung des Rechtsschutzes – auch tatsächlich erreicht werden.

V. Nachtrag

Kurz vor Erscheinen dieses Beitrags hat der Bundesrat am 1. März 2006 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Bereinigung und Aktualisierung der Totalrevision der Bundesrechtspflege verabschiedet³⁷. Darin beantragt er dem Parlament unter anderem eine Änderung der Regelung des BGG betreffend die Anpassungsfristen für die Kantone (Art. 130 BGG). Die neue Vorschrift klärt das unter Ziffer III/2 erörterte Verhältnis zwischen den Übergangsfristen des BGG und der Rechtsweggarantie im Sinne der hier vertretenen Auffassung: Durch einen ausdrücklichen Hinweis auf Art. 29a BV wird klargestellt, dass die Übergangsfristen auch für den Erlass der kantonalen Bestimmungen gelten, die zur Umsetzung der Rechtsweggarantie erforderlich sind. Ausserdem stimmt der neue Art. 130 BGG die Anpassungsfristen in der Zivil- und Strafrechtspflege besser auf das Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung und der schweizerischen Strafprozessordnung ab.

Schliesslich hat der Bundesrat – ebenfalls am 1. März 2006 – entschieden, dass das BGG und das VGG am 1. Januar 2007 in Kraft treten. Damit bestehen für die Kantone auch in dieser Frage klare Verhältnisse.

³⁷ Die Botschaft wird im März 2006 im Bundesblatt publiziert; die genaue Fundstelle stand im Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrags noch nicht fest.

Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung

Von Prof. Dr. iur. *Regina Kiener* und Fürsprecher *Mathias Kuhn*, Bern¹

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	141
1. Anspruch an die Revision	142
2. ... und Gang des Gesetzgebungsverfahrens	143
II. Eckpunkte der neuen Ordnung und ihre Eignung zur Verwirklichung der Reformziele	145
1. Behördenorganisation: Schaffung neuer richterlicher Vorinstanzen	145
2. Rechtsmittelordnung	145
a. Zum Beispiel: Zugangsbeschränkungen	146
b. Folgen für den Rechtsschutz	148
c. Heilmittel: Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	148
d. Nebenwirkung: Neue Abgrenzungsprobleme	149
e. Ein erstes Fazit	150
3. Beschwerderecht	151
a. Beschwerde in Zivilsachen	151
b. Beschwerde in Strafsachen	151
c. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	152
d. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde	154
e. Ein zweites Fazit	154
4. Beschwerdegründe und Kognition	155
a. Beschränkung auf Rechtsfragen – mit Ausnahmen	155
b. Mehrbelastung im Bereich der bisherigen staatsrechtlichen Beschwerde	156
c. Ein drittes Fazit	157
III. Nicht eingelöste Reformziele	157
1. Weiter bestehende Defizite beim Rechtsschutz	157
2. Keine konsequente Entlastung des Bundesgerichts	158
3. Keine einheitliche Verfahrensordnung	158
IV. Schluss	159

I. Einleitung

Würdigung setzt eine *Referenzgrösse* voraus: Würdigung mit Blick auf was? Bezugsgrösse für die nachfolgenden Ausführungen sind die *Ziele*, die der *Bundesrat* seinerzeit zur Rechtfertigung der umfassenden und tiefgreifenden Reform der Bundesrechtspflege definiert hat. Dieses Unternehmen ist alles andere als einfach. Zu würdigen ist nichts weniger als ein Erlass, der noch nicht in Kraft

¹ Überarbeitete Fassung eines von der Erstautorin am 4. November 2005 auf Einladung des Zentrums für Rechtssetzungslehre Zürich gehaltenen Vortrags.

getreten ist, zu dem folglich keine Praxis besteht, kaum Literatur zu finden ist² und dessen innere Mechanik bislang wohl nur wenigen geläufig ist. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass hier nur eine erste, notgedrungen vorläufige und auf die soeben erwähnte Referenzgrösse beschränkte Würdigung vorgenommen werden kann.

1. Anspruch an die Revision ...

Im Juni 1993 setzte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine Expertenkommission zur Vorbereitung einer *Totalrevision* des Bundesgesetzes über die Bundesrechtspflege ein³. Parallel zu den Arbeiten der Expertenkommission entstanden – teilweise unter Beizug der gleichen Experten – die Vorschläge zur Justizreform im Verfassungsentwurf 1996⁴. Auslösendes Moment für die Totalrevision waren die immer deutlicher zu Tage tretenden *Schwachstellen* der bisherigen Ordnung der Bundesrechtspflege. Als Mängel identifiziert wurden insbesondere die Überlastung des Bundesgerichts, das komplizierte Rechtsmittelsystem, die überholten Rechtspflegekompetenzen von Bundesrat und Bundesversammlung und schliesslich die Lücken bei der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen⁵. Die mit den Revisionen auf Gesetzes- und Verfassungsebene angestrebten Ziele waren hoch gesteckt:

Auf der *organisatorisch-institutionellen Ebene* wurde – zur Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit – die wirksame und nachhaltige *Entlastung* des Bundesgerichts angestrebt. Diese Zielsetzung erschien deshalb als dringlich, weil dem Bundesgericht als oberstem Gericht des Bundes spezifische Aufgaben zukommen, die sich den anderen Gerichten des Bundes und der Kantone so nicht stellen. Die Entlastungsmassnahmen sollten gewährleisten, dass das Bundesgericht weiterhin für eine einheitliche Rechtsanwendung des eidgenössischen und des internationalen Rechts, für die Rechtsfortbildung und für die Garantie der verfassungsmässigen Individualrechte sorgen kann⁶.

² Vgl. immerhin Bernard Corboz, *La réforme de l'organisation judiciaire fédérale*, in: Les nouveaux fors fédéraux et les nouvelles organisations judiciaires, Lausanne 2001, S. 163 ff.; Mathias Kuhn, *Die Einheitsbeschwerde – mehr Rechtsschutz oder Entlastung des Bundesgerichts?*, in: Benjamin Schindler/Regula Schläuri (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, Zürich 2001, S. 69; Niccolò Raselli, *Hat die Staatsrechtliche Beschwerde ausgedient?*, AJP 1/2002, S. 3 ff.; Karl Spühler/Peter Reetz, *Das neue Bundesgerichtsgesetz aus Sicht des Anwalts*, Anwaltsrevue 5/2001, S. 5 ff.; Alain Wurzbarger, *La loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005*, SJZ 101 (2005) Nr. 21, S. 489 ff.; Philipp Ziegler, *Von der Rechtsmittelvielfalt zur Einheitsbeschwerde*, Basel 2003.

³ Zum Ganzen *Bundesamt für Justiz* (Hrsg.), *Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege*, Schlussbericht an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1997, S. 6 ff.

⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., S. 494 ff.

⁵ Vgl. Schlussbericht Expertenkommission (Anm. 3), S. 7 ff.

⁶ Vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, S. 4202 ff. und 4214.

Auf der *prozeduralen Ebene* sollte die rasche und wirksame Gewährleistung von gerichtlichem Rechtsschutz sichergestellt werden. Dies erforderte in erster Priorität eine Vereinfachung der Verfahren und Rechtswege. Zudem sollten die Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates und der Bundesversammlung abgeschafft und schliesslich gewisse Lücken im Rechtsschutz geschlossen werden.

2. ... und Gang des Gesetzgebungsverfahrens

Nachhaltige *Entlastung* des Bundesgerichts auf der einen Seite, einfache, rasche und wirksame Gewährleistung von gerichtlichem *Rechtsschutz* auf der anderen: Dass sich hier Zielkonflikte eröffnen, liegt auf der Hand. Ist eine wirksame Entlastung des Bundesgerichts möglich, ohne zugleich den individuellen Rechtsschutz zu schmälern? Oder umgekehrt: Können die allseits verorteten Rechtsschutzdefizite tatsächlich behoben werden, ohne dass es zugleich zu einer Mehrbelastung des Bundesgerichts kommt?

Die Expertenkommission suchte den Ausgleich dieser gegenläufigen Interessen im *Kompromiss*: Mit Blick auf den *Rechtsschutz* sollten bloss die dringlichsten Lücken geschlossen und das Verfahren vereinfacht werden. Vorgeschlagen wurde die Einführung von Einheitsrechtsmitteln und – als grundlegendste Neuerung – der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit: Neu hätten auch Bundesgesetze zumindest vorfrageweise und jedenfalls durch das Bundesgericht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden können⁷. Mit Blick auf dessen *Entlastung* sollte das Bundesgericht nur noch für jene Streitigkeiten zuständig sein, die aufgrund ihrer Bedeutung auch nach einem höchstrichterlichen Urteil verlangen. Entsprechend wurde ein Vorprüfungsverfahren⁸ und im Bereich der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten ein vergleichsweise weiter Ausnahmekatalog vorgeschlagen⁹.

Das in der Vorlage der Expertenkommission gefundene – und zugegeben fragile – Gleichgewicht zwischen Ausbau des Individualrechtsschutzes und Entlastung des Bundesgerichts wurde allerdings schon bald durch die Realitäten des parlamentarischen Prozesses gestört. In den Beratungen zur Reform der *Justizverfassung* wurde die *vorfrageweise Normenkontrolle* von Bundesgesetzen zwar spät – von der Einigungskonferenz im Differenzbereinigungsverfahren – dafür aber definitiv gestrichen¹⁰. Damit aber fehlte die verfassungsmässige Grundlage für

⁷ Vgl. Schlussbericht Expertenkommission (Anm. 3), S. 31 ff. (Art. 89 E-BGG). Dieser Vorschlag einer ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit wurde vom Bundesrat in die Verfassungsbotschaft zur Justizreform aufgenommen, vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung (Anm. 4), S. 500 ff.

⁸ Vgl. Schlussbericht Expertenkommission (Anm. 3), S. 25 ff. (Art. 94 ff. E-BGG).

⁹ Vgl. Schlussbericht Expertenkommission (Anm. 3), S. 29 ff. (Art. 77 E-BGG).

¹⁰ Vgl. Amtl. Bull. NR 1999, S. 2130; Amtl. Bull. SR 1999, S. 979 f.

die Einführung einer ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit. Gleichzeitig wurde in den Räten die von der Expertenkommission offen formulierte *Zugangsregelung* eingeengt: Hatte die Kommission die Frage weitgehend in die Kompetenz des Gesetzgebers gelegt und damit eine restriktive Zugangsregelung ermöglicht¹¹, enthält die aus den parlamentarischen Beratungen hervorgegangene Neuformulierung von Art. 191 Abs. 1 BV (Justizreform) nun eine *Garantie des Zugangs* zum Bundesgericht.

Für die *Revision der Bundesrechtspflege* auf *Gesetzesstufe* blieben diese Modifikationen der Verfassungsgrundlage nicht ohne Folgen: Es fehlten nun wesentliche Pfeiler, auf denen der Entwurf zum Bundesgerichtsgesetz baute und die mithalten, die unterschiedlichen, an die Revision herangetragenen Interessen im Gleichgewicht zu halten. Man hätte nun erwartet, dass die Änderungen in der Verfassungsgrundlage berücksichtigt und der Expertenentwurf zum Bundesgerichtsgesetz den neuen verfassungsrechtlichen Gegebenheiten entsprechend überarbeitet worden wäre. Dem war aber nicht so:

Der Bundesrat hielt in seiner Vorlage zur Totalrevision der Bundesrechtspflege im Wesentlichen am Konzept der Expertenkommission fest, obwohl dieses durch die Modifikationen der Verfassungsgrundlage seine Ausgewogenheit verloren hatte. Die wichtigste Neuerung zur Verbesserung des Rechtsschutzes – die Einführung der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen – scheiterte an der fehlenden Verfassungsgrundlage und konnte nicht mehr realisiert werden. Der damit einhergehende Abstrich auf der Seite Rechtsschutz wurde indessen nicht kompensiert, um das Reformziel «Entlastung des Bundesgerichts» nicht zu gefährden. Vielmehr blieb die vergleichsweise restriktive Zugangsregelung des Expertenentwurfs mit Ausnahmekatalog und Streitwertgrenzen bestehen. Weggefallen ist einzig das Vorprüfungsverfahren¹².

Im Ergebnis begründete der Bundesratsentwurf zum Bundesgerichtsgesetz neue Rechtsschutzdefizite, die prompt und zu Recht Kritik provozierten und den Ruf nach Nachbesserungen laut werden liessen¹³. Punktuelle Änderungen von Verfahrensgesetzen sind indessen problematisch, weil ein Verfahrensgesetz ein Rechtspflegesystem abbildet und deshalb einen hohen Grad an innerer Konsistenz und Interdependenz der einzelnen Bestimmungen aufweist. Punktuelle Nachbesserungen im Bereich des Rechtsschutzes lassen sich deshalb nur schwer in ein Gesamtsystem integrieren, besteht doch die Gefahr, dass damit andere Gesetzeszwecke – wie vorliegend die Entlastung des Bundesgerichts oder die Vereinfachung des Rechtsschutzes – beeinträchtigt werden.

Und das bringt uns zum Thema: Wirksame und nachhaltige *Entlastung* des Bundesgerichts auf der einen Seite, einfache, rasche und wirksame Gewährleistung von gerichtlichem *Rechtsschutz* auf der anderen: Was ist heute – zwölf Jahre

¹¹ Art. 178a E-Justizreform, BBl 1997 I 640 ff., S. 642.

¹² Art. 94 ff. E-BGG.

¹³ Vgl. etwa NZZ vom 2. April 2002 (Inlandausgabe), S. 11.

nach Einsetzung der Expertenkommission und vier Jahre nach Veröffentlichung der bundesrätlichen Botschaft zur Reform der Bundesrechtspflege – von den ursprünglichen Zielen übrig geblieben? Ist es dem Gesetzgeber gelungen, sie in ein Gleichgewicht zu bringen? Wird das Bundesgericht tatsächlich entlastet, ohne dass zugleich der individuelle Rechtsschutz aufs Spiel gesetzt wird?

II. Eckpunkte der neuen Ordnung und ihre Eignung zur Verwirklichung der Reformziele

Die Revisionsvorlage insgesamt auf ihre – mutmassliche – Entlastungswirkung beziehungsweise auf ihre – mutmasslichen – Folgen für den individuellen Rechtsschutz zu untersuchen, ist an dieser Stelle nicht möglich. Nachfolgend werden deshalb bloss einige ausgewählte Neuerungen dargelegt und auf ihr Reformpotenzial hin untersucht, nämlich: Die Behördenorganisation, die Rechtsmittelordnung, das Beschwerderecht sowie die Beschwerdegründe.

1. Behördenorganisation: Schaffung neuer richterlicher Vorinstanzen

Eine wesentliche Entlastung des Bundesgerichts verspricht sich der Gesetzgeber durch den Ausbau der richterlichen Vorinstanzen. Dies geschieht zum einen durch die neu geschaffenen erstinstanzlichen Bundesgerichte, d.h. das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht. Zum anderen werden die Kantone verpflichtet, als letzte kantonale Vorinstanzen des Bundesgerichts richterliche Behörden einzusetzen¹⁴. Davon, so die Erwartung, gehe eine *Filterwirkung* aus, welche die Zahl der Beschwerden an das Bundesgericht wesentlich zu reduzieren vermöge¹⁵. Diese Erwartung beruht indessen nicht auf objektiven Fakten, sondern eher auf Hoffnungen. Sie sind letztlich so irrational wie die Überzeugung zahlreicher Beschwerdeführer, einzig vor Bundesgericht eine adäquate Beurteilung ihrer Angelegenheit zu finden. Ob sich also die Parteien durch das Urteil eines kantonalen Höchstgerichts bzw. eines erstinstanzlichen Bundesgerichts tatsächlich befrieden lassen, wird sich erst noch zeigen müssen.

2. Rechtsmittelordnung

Ein wichtiges Reformziel war die Vereinfachung des Rechtsmittelsystems¹⁶, eine zentrale Neuerung die Einführung der drei Einheitsbeschwerden in Zivilsachen,

¹⁴ Art. 75 Abs. 2, Art. 80 Abs. 2 und Art. 86 Abs. 2 BGG.

¹⁵ Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4224 f.

¹⁶ Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4214 ff.

in Strafsachen und in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten¹⁷. Im Bereich der Staats- und Verwaltungsrechtspflege hat dies zur Folge, dass die bisherige Verwaltungsgerichtsbeschwerde und die staatsrechtliche Beschwerde in einem einzigen Rechtsmittel vereinigt werden. Weil künftig alle Rügegründe mit dem gleichen Rechtsmittel vorgebracht werden können, findet auch im Zivil- und im Strafverfahren keine Trennung der Rechtsmittelwege mehr statt. Einfache Rechtsverletzungen auf der einen und Verfassungsverletzungen auf der anderen Seite müssen also nicht mehr getrennt (mit Berufung bzw. strafrechtlicher Nichtigkeitsbeschwerde einerseits und mit staatsrechtlicher Beschwerde andererseits) geltend gemacht werden¹⁸.

Mit Einführung der Einheitsbeschwerden ist eine doppelte Erwartung verbunden: Zum einen soll das Bundesgericht von aufwendigen Abgrenzungsfragen entlastet werden, welche nicht der materiellen Streitentscheidung dienen. Zum anderen soll auch der individuelle Rechtsschutz verbessert werden, schliesst ein Einheitsrechtsmittel die falsche Rechtsmittelwahl doch weitgehend aus. Die Einheitsbeschwerden haben durchaus das Potenzial, diese Anliegen zu verwirklichen. Mit Blick auf die Würdigung der Reformziele – Entlastung des Bundesgerichts, Verbesserung des Rechtsschutzes – zeigt die konkrete Ausgestaltung dieser neuen Rechtsmittel aber, dass hier neue Zielkonflikte begründet werden¹⁹.

a. Zum Beispiel: Zugangsbeschränkungen

Alle Einheitsbeschwerden führen an das Bundesgericht. Im System der Einheitsbeschwerden ist eine wirksame Entlastung des Bundesgerichts folglich nur mittels Zugangsschranken möglich: Was von der beschwerdeführenden Partei nicht gerügt werden kann, muss vom Gericht auch nicht überprüft werden. Zwar garantiert Art. 191 BV (Justizreform) den Zugang zum Bundesgericht²⁰. Ausnahmen sind indessen schon auf Verfassungsstufe vorgesehen: Erstens die Einführung von *Streitwertgrenzen* – dies allerdings nur, wenn es nicht um Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung geht. Und, als zweite Zugangsschranke, der *Ausschluss bestimmter Sachgebiete* von der Zuständigkeit des Bundesgerichts. Was bewirken diese Massnahmen in Bezug auf die Entlastung des Bundesgerichts, und welches sind die Folgen für den Rechtsschutz?

¹⁷ Vgl. Art. 72 ff. BGG betr. Zivilsachen, Art. 78 ff. BGG betr. Strafsachen, Art. 82 ff. BGG betr. öffentlich-rechtliche Angelegenheiten.

¹⁸ Art. 43 OG betr. Berufung, Art. 268 und 289 Abs. 1 BStP betr. Nichtigkeitsbeschwerde, Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG betr. Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger; zur Abgrenzung statt anderer Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 218 ff.

¹⁹ Vgl. dazu Kuhn (Anm. 2), S. 76 ff.

²⁰ Vor diesem Hintergrund ist die Einführung eines allgemeinen Vorprüfungsverfahrens, das die Annahme einer Streitigkeit generell in das Ermessen des Gerichts stellen würde, verfassungsrechtlich untersagt, Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4232 f.

Streitwertgrenzen waren bislang einzig im Verfahren der zivilrechtlichen Berufung bekannt; dabei liegt die Berufungsgrenze bei Fr. 8000²¹. Auch das Bundesgerichtsgesetz sieht Streitwertgrenzen vor. In mietrechtlichen, arbeitsrechtlichen und dienstrechtlichen Angelegenheiten liegt die Grenze bei Fr. 15 000²². In allen anderen zivilrechtlichen Streitigkeiten sowie in Staatshaftungsfällen beträgt die Streitwertgrenze Fr. 30 000²³. Die Streitwertgrenzen des Bundesgerichtsgesetzes gelten indessen nicht absolut: Im Anschluss an Art. 191 Abs. 2 BV (Justizreform) sieht auch das Bundesgerichtsgesetz eine Ausnahme von der Streitwertgrenze vor, sobald eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu beurteilen ist²⁴. Die *Entlastungswirkung* der Streitwertgrenzen lässt sich heute nicht abschätzen. Sie dürfte sich aber in Grenzen halten: Die Streitwertgrenzen sind so tief angesetzt, dass die meisten vermögensrechtlichen Streitigkeiten ohnehin einen höheren Betrag erreichen werden. Zudem wirkt die Zugangsbeschränkung nicht absolut, sondern kommt nur dann zur Anwendung, wenn keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Wird das Vorliegen einer solchen qualifizierten Rechtsfrage vom Bundesgericht bejaht, ist die Streitigkeit materiell aber auch dann zu beurteilen, wenn es nur um einen geringfügigen Betrag geht²⁵. Der Zugang zum Bundesgericht steht bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung folglich auch dort offen, wo der Weg ans Höchstgericht heute wegen eines zu tiefen Streitwerts ausgeschlossen ist. Das Bundesgericht wird wohl während längerer Zeit mit der aufwändigen Klärung der Frage befasst sein, in welchen Fällen denn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt – ist doch davon auszugehen, dass jeder Rechtsuchende bei Nichterreichen der Streitwertgrenze zur Sicherheit das Vorliegen einer Streitfrage von grundsätzlicher Bedeutung geltend machen wird.

Die zweite Entlastungsmassnahme im Rahmen der Rechtsmittelordnung liegt im *Ausschluss bestimmter Sachgebiete* von der Zuständigkeit des Bundesgerichts. Namentlich im Bereich der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde ein stattlicher Ausnahmekatalog formuliert²⁶. Diese Massnahme ist nicht neu, sieht doch auch das OG in Art. 99 ff. einen umfangreichen Ausnahmekatalog für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor. Mit Blick auf die angestrebte *Entlastung* des Bundesgerichts erweist sich der Ausschluss bestimmter Sachgebiete offensichtlich als effizientes Instrument. Wie aber wirken sich Streitwertgrenzen und Ausnahmekatalog auf das zweite Reformziel, die Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes aus?

²¹ Art. 46 OG.

²² Art. 74 Abs. Bst. a BGG, Art. 85 Abs. 1 Bst. b BGG.

²³ Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG, Art. 85 Abs. 1 Bst. a BGG.

²⁴ Art. 74 Abs. 2 und 85 Abs. 2 BGG.

²⁵ Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4229 und 4310.

²⁶ Art. 83 BGG.

b. Folgen für den Rechtsschutz

Je effektiver Entlastungsmassnahmen wirken, desto schwerer wiegen in der Regel auch die damit einhergehenden Rechtsschutzdefizite. Rechtsschutz muss zwar nicht zwingend durch das Bundesgericht gewährleistet werden. Im reinen System der Einheitsbeschwerde mit Zugangsbeschränkungen erscheint die fehlende Zuständigkeit des Bundesgerichts aber besonders störend. Zu verorten sind im Wesentlichen zwei *Rechtsschutzdefizite*:

Das erste Rechtsschutzdefizit liegt in der fehlenden durchgängigen Rügemöglichkeit bei Verfassungsverletzungen. Wird die Streitwertgrenze nicht erreicht und liegt nicht gleichzeitig eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, können im reinen System der Einheitsbeschwerde auch massivste Verfassungsverletzungen (zum Beispiel ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot) nicht vor Bundesgericht gerügt werden – es sei denn (wir wissen es noch nicht), das Bundesgericht würde jede Verfassungsrüge als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung anerkennen und damit auch dann auf Einheitsbeschwerden eintreten, wenn die Streitwertgrenze nicht erreicht ist. Gleiches gilt, wenn eine bestimmte Materie von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen ist: Geht die Verfassungsverletzung von einer kantonalen Vorinstanz aus, ist im System der Einheitsbeschwerden überhaupt kein gerichtlicher Rechtsschutz im Bund zu finden, denn auch die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist ausgeschlossen, da dieses einzig Verfügungen von *Bundesbehörden*, nicht aber von kantonalen Instanzen überprüfen soll²⁷.

Das *zweite Rechtsschutzdefizit* liegt darin, dass im reinen System der Einheitsbeschwerde mit Ausnahmekatalog die einheitliche Anwendung des Bundesrechts nicht sichergestellt ist²⁸. Soweit die Kantone im Bereich des Ausnahmekatalogs *Bundesrecht* anwenden, ist – spezialgesetzliche Regelung vorbehalten²⁹ – kein Rechtsmittel im Bund gegeben, der Rechtsweg endet bei der letzten kantonalen Instanz. Dann aber ist nicht sichergestellt, dass das Bundesrecht im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft einheitlich angewendet wird.

c. Heilmittel: Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Auf diese Rechtsschutzdefizite wurde zwar früh hingewiesen³⁰, sie wurden von den Akteuren des Gesetzgebungsverfahrens aber erst spät zur Kenntnis genom-

²⁷ Ausnahmen sind nach Massgabe spezialgesetzlicher Regelung möglich, vgl. Art. 33 Bst. i und Art. 34 VGG.

²⁸ Zu diesem Anliegen aus der Optik der Bundesaufsicht *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, S. 355 Rz. 20, aus der Optik des Verfahrensrechts etwa *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. Bern 1983, S. 164.

²⁹ Eine solche Ausnahme findet sich z.B. in Art. 167 Abs. 2 des Landwirtschaftsgesetzes (SR 910.1).

³⁰ Vgl. etwa NZZ vom 2. April 2002 (Inlandausgabe), S. 11.

men. Erst als das Bundesgerichtsgesetz im Zweitrat debattiert wurde, stellte der Vorsteher des EJPD eine «Arbeitsgruppe Bundesgericht» zusammen; sie präsentierte alsbald eine Novelle zum BGG, welche die drei ordentlichen Einheitsbeschwerden mit einer *subsidiären Verfassungsbeschwerde* ergänzt³¹. Dieses – nun in Art. 113 ff. BGG geregelte – Rechtsmittel steht nur offen, wenn keine der Einheitsbeschwerden ergriffen werden kann. Als Anfechtungsobjekt kommen einzig Entscheide kantonalen Instanzen in Frage; für die Anfechtung von Hoheitsakten der Bundesbehörden steht die Verfassungsbeschwerde nicht zur Verfügung. Fragt man nach den *Wirkungen* dieses neuen Rechtsmittels im Hinblick auf die einstmals formulierten Reformziele, fällt die Bilanz zwiespältig aus.

Mit Blick auf den *Rechtsschutz* werden die Rechtsschutzdefizite der Zugangsbeschränkungen jedenfalls bezüglich Verfassungsrügen weitgehend kompensiert: Zumindest gegen *kantonale Verfügungen* ist die Verfassungsbeschwerde gegeben, unbesehen der Wichtigkeit oder Rechtsschutzwürdigkeit einer Streitsache. Die höchstrichterliche Verfassungsrechtspflege gegenüber kantonalen Entscheiden ist auch dann gewährleistet, wenn allfällige Streitwertgrenzen nicht erreicht werden oder ein bestimmter Sachbereich von der Einheitsbeschwerde ausgeschlossen ist. Der höchstgerichtliche Rechtsschutz bleibt indessen insoweit unvollständig, als die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Entscheide der erstinstanzlichen Bundesgerichte nicht erhoben werden kann.

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde nicht eingelöst wird die Forderung nach einer *einheitlichen Anwendung des einfachen Bundesrechts*. Das Rechtsmittel steht – gleich wie heute die staatsrechtliche Beschwerde – einzig für die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte offen³². Wenden die Kantone Bundesrecht an und ist die Einheitsbeschwerde aufgrund von Zugangsbeschränkungen ausgeschlossen, kann das Bundesgericht zwar prüfen, ob der kantonale Entscheid verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführer verletzt, nicht jedoch seine Übereinstimmung mit dem einfachen Bundesrecht kontrollieren.

Die angestrebte *Entlastung des Bundesgerichts* wird mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde offensichtlich nicht erreicht. Das Bundesgericht wird effektiv nur dort entlastet, wo es um die Anfechtung von Hoheitsakten von Bundesbehörden geht, denn nur in diesen Fällen vermag der Ausnahmekatalog des Bundesgerichtsgesetzes absolute Sperrwirkung zu entfalten. Gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen steht in jedem Fall die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht offen³³.

d. Nebenwirkung: Neue Abgrenzungsprobleme

Das System Einheitsbeschwerde mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde ist im Grundsatz kohärent: Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde kommt in diesem

³¹ Vgl. Bericht zu den Normvorschlägen der Arbeitsgruppe Bundesgericht vom 16. März 2004.

³² Art. 116 BGG.

³³ Art. 113 ff. BGG.

binären System nur dann zum Zug, wenn keine Einheitsbeschwerde gegeben ist – sei es, weil die Sachmaterie im Ausnahmekatalog aufgeführt ist, sei es, weil unterhalb einer Streitwertgrenze keine Streitsache von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Auf den zweiten Blick ergeben sich aus diesem System aber neue Abgrenzungsprobleme.

Besondere Schwierigkeiten eröffnen sich mit Blick auf die Frage, wann denn (unterhalb der Streitwertgrenzen) eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* vorliegt³⁴. Je nach Auslegung und Handhabung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs wird die Einheitsbeschwerde oder aber die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben sein. Insbesondere mit Blick auf die unterschiedlichen Legitimationsvoraussetzungen und Beschwerdegründe ist das Problem nicht bloss akademischer Natur³⁵. Ist die Einheitsbeschwerde nicht offensichtlich gegeben (oder aber ausgeschlossen), werden deshalb vorsichtshalber beide Rechtsmittel ergriffen werden müssen, obwohl das Bundesgericht im Ergebnis nur auf eine der beiden Beschwerden eintreten wird. Diese Problematik scheint dem Gesetzgeber bewusst gewesen zu sein, sieht Art. 119 BGG doch vor, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde und die ordentliche Beschwerde in der gleichen Rechtschrift einzureichen sind und das Bundesgericht beide Beschwerden im gleichen Verfahren behandelt.

e. Ein erstes Fazit

Ob die neue Rechtsmittelordnung des Bundesgerichtsgesetzes die ursprünglichen Reformziele tatsächlich zu verwirklichen vermag, ist zweifelhaft: Die *Entlastungswirkung* der Zugangsbeschränkungen wird durch die nachträgliche Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde umgehend kompensiert. Auch mit Blick auf den *Individualrechtsschutz* vermag das neue Rechtsmittelsystem nicht vollständig zu überzeugen. Zum einen werden mit der nachträglichen Schaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde nicht alle durch die Zugangsbeschränkungen entstandenen Rechtsschutzdefizite behoben. Zum anderen wird die mit Einführung der Einheitsbeschwerden erreichte *Vereinfachung* des Rechtsmittelsystems durch Ausnahmen und Gegenausnahmen, durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (wie insbesondere «Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung») und nicht zuletzt durch die Einführung eines neuen Rechtsmittels wieder aufgehoben.

³⁴ Vgl. zu dieser Frage Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4309 f.

³⁵ Vgl. die unterschiedlichen Bestimmungen zum Beschwerderecht in Art. 89 BGG (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) und Art. 115 BGG (Verfassungsbeschwerde) sowie zu den Beschwerdegründen in Art. 95 ff. (Einheitsbeschwerden) und Art. 116 BGG (Verfassungsbeschwerde).

3. Beschwerderecht

In der heutigen Ordnung der Bundesrechtspflege ist die Legitimation zur Erhebung der verschiedenen Rechtsmittel von grossen Unterschieden geprägt³⁶. Im Rahmen der Neugestaltung des Rechtsmittelsystems stellte sich folglich die Frage, welchen Regeln die Beschwerdeberechtigung folgen soll. Auch hier geraten die Forderungen nach besserem Rechtsschutz und nach Entlastung des Bundesgerichts in einen Zielkonflikt: Je weiter die Legitimation, desto besser der individuelle Rechtsschutz, desto geringer aber die Entlastungswirkung beim Bundesgericht.

a. Beschwerde in Zivilsachen

In den Bestimmungen zu den zur Zeit noch geltenden zivilrechtlichen Rechtsmitteln (Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde) finden sich keine Normen zum Beschwerderecht³⁷. Allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen zufolge ist die Beschwerdelegitimation jedenfalls der Hauptparteien keine Sachurteilsvoraussetzung, sondern Gegenstand des materiellen Urteils; aktivlegitimiert ist der Träger des eingeklagten Anspruchs – deshalb kann er das ihm zustehende Recht im Prozess auch geltend machen³⁸. Weil gemäss Art. 72 Abs. 2 Bst. b BGG neu auch gewisse öffentlich-rechtliche Angelegenheiten mit der Beschwerde in Zivilsachen vorgebracht werden können, musste die Legitimation im Bundesgerichtsgesetz entsprechend geregelt werden. Art. 76 Abs. 1 BGG verlangt, dass der Beschwerdeführer neben einer formellen Beschwerde ein *rechtlich geschütztes Interesse* an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides nachweist. Diese Regelung führt zumindest für jene öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zu einer Verschärfung der Legitimationserfordernisse, die neu als Zivilsachen gelten, bis anhin aber im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entschieden wurden; dabei hatte der Nachweis eines bloss schutzwürdigen Interesses für die Legitimation genügt³⁹.

b. Beschwerde in Strafsachen

Im Bereich der Beschwerde in Strafsachen ist vor allem die Erweiterung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft bzw. der Bundesanwaltschaft bemerkenswert⁴⁰. Die Vereinheitlichung der verschiedenen Rechtsmittel zur Einheits-

³⁶ Vgl. nur im Bereich des öffentlichen Verfahrensrechts Art. 88 OG (staatsrechtliche Beschwerde) und Art. 103 OG (Verwaltungsgerichtsbeschwerde).

³⁷ Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4312.

³⁸ Vgl. statt vieler *Oscar Vogel/Karl Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. Bern 2006, S. 206 Rz. 89 ff.

³⁹ Vgl. Art. 103 Bst. a OG.

⁴⁰ Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und Abs. 2 BGG.

beschwerde bewirkt, dass die Anklagebehörden neben einer Verletzung des materiellen Strafrechts neu mit *sämtlichen Rügen* – also auch mit jener der Verfassungsverletzung – zur Beschwerde zugelassen sind. Wer bislang in einer Strafsache eine Verfassungsprüfung erheben wollte, konnte dies einzig im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde tun; dieses Rechtsmittel stand indessen allein «Privaten» offen⁴¹. Wie weit die Erweiterung des Beschwerderechts reicht, ist vor derhand unklar: Die Expertenkommission geht davon aus, dass die Anklagebehörden *alle* verfassungsmässigen Rechte werden rügen können⁴². Demgegenüber scheint der Bundesrat – ohne dies weiter zu begründen – bloss die Rüge der willkürlichen Anwendung des kantonalen Prozessrechts zulassen zu wollen⁴³.

Die Erweiterung der Rügemöglichkeiten wird aller Voraussicht nach eine Mehrbelastung des Bundesgerichts zur Folge haben. Ihr Ausmass hängt davon ab, wie die Anklagebehörden die neuen Rechte ausüben werden, und nach welcher Richtung das Bundesgericht die Legitimationsnorm konkretisieren wird. Aus einer grundrechtlichen Optik ist jedenfalls nicht unproblematisch, wenn staatlichen Behörden (die selber *nicht* Träger der von ihnen angerufenen Grundrechte sind) das Recht zuerkannt wird, Grundrechte auch gegen die Grundrechtsträger durchzusetzen, indem sie beispielsweise geltend machen, die Vorinstanz habe die Tragweite der Unschuldsvermutung zu Gunsten des Angeklagten verkannt⁴⁴. Eine Stärkung des individuellen Rechtsschutzes ist mit der Erweiterung der Legitimation auf die Strafverfolgungsbehörden jedenfalls nicht zwangsläufig verbunden.

c. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Besonders komplex war die Aufgabe des Gesetzgebers bei der Regelung des Beschwerderechts im Bereich der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten⁴⁵. Haben die Rechtsuchenden – wie heute bei der staatsrechtlichen Beschwerde – ein *rechtlich geschütztes* Interesse nachzuweisen, oder soll – wie heute bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde – ein *schutzwürdiges* Interesse genügen⁴⁶? Der Gesetzgeber entschied sich im Wesentlichen für die Regelung der bisherigen Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Zu Recht, hätte doch der Nachweis eines rechtlich geschützten Interesses eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung des Individualbeschwerderechts bewirkt.

⁴¹ Art. 84 Bst. a i.V.m. Art. 88 OG.

⁴² Schlussbericht Expertenkommission (Anm. 3), S. 76.

⁴³ Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4318.

⁴⁴ Vgl. auch *Kuhn* (Anm. 2), S. 79 f.

⁴⁵ Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4328 ff.

⁴⁶ Art. 88 OG betr. staatsrechtliche Beschwerde, Art. 103 OG betr. Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Dieser Entscheid führt nun insbesondere dort zu wichtigen *Neuerungen*, wo bislang einzig die staatsrechtliche Beschwerde mit ihren restriktiven Legitimationsanforderungen offen stand. Mussten Rechtsuchende bei der staatsrechtlichen Beschwerde bisher belegen, dass sie in *rechtlich* geschützten Interessen betroffen sind, wird im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten künftig der Nachweis eines *schutzwürdigen* Interesses an der Aufhebung des angefochtenen Hoheitsaktes genügen. Dies hat Konsequenzen: Im Bereich der Einheitsbeschwerde gegen kantonale Hoheitsakte wird das Bundesgericht nicht an seiner restriktiven Eintretenspraxis zur *Willkürprüfung* und zur *Rüge der ungleichen Rechtsanwendung* festhalten können. Die beschwerdeführende Partei kann mithin nicht mehr nur die willkürliche oder rechtsungleiche Anwendung einer Norm rügen, die ihr spezifisch Rechte einräumt oder zumindest dem Schutz ihrer privaten Interessen dient⁴⁷. Vielmehr wird auch bei Willkürprüfungen und bei Gleichheitsrügen die Geltendmachung eines schutzwürdigen Interesses genügen⁴⁸. Dieser Ausbau des Individualrechtsschutzes hat allerdings eine *gewisse Mehrbelastung* des Bundesgerichts zur Folge, wird es doch künftig auf Beschwerden eintreten müssen, die unter der geltenden Ordnung am Vorliegen eines rechtlich geschützten Interesses gescheitert sind.

Damit sind die Neuerungen im Bereich Legitimation jedoch noch nicht erschöpft. Die staatsrechtliche Beschwerde ist am Individualrechtsschutz ausgerichtet; eine *Behördenbeschwerde* gibt es bei diesem Rechtsmittel nicht. Weil nun die Legitimation zur Einheitsbeschwerde den Regeln der bisherigen Verwaltungsgerichtsbeschwerde folgt und das Gesetz damit auch eine differenzierte Regelung der Behördenbeschwerde kennt, sind Behörden neu auch in Bereichen zur Beschwerdeführung legitimiert, die ihnen bislang verwehrt waren. Besonders deutlich zeigt sich dies, wenn es um die Anfechtung von *kantonalen Erlassen* geht; hier wird die Behördenbeschwerde künftig unter der Voraussetzung möglich sein, dass die angefochtene Norm geeignet ist, die Bundesgesetzgebung im Aufgabenbereich der beschwerdeführenden Behörde zu verletzen⁴⁹.

Im Übrigen hat der Gesetzgeber die Legitimationsregelung des OG nicht integral übernommen: Während heute legitimiert ist, wer durch den angefochtenen Hoheitsakt «berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse» an seiner Aufhebung oder Änderung hat⁵⁰, wird für die Legitimation zur öffentlich-rechtlichen Einheitsbeschwerde neu ein «*besonderes*» Berührtsein gefordert. Bundesrat und Expertenkommission brachten diese Änderung ein, weil das Bundesgericht das Beschwerderecht Dritter in der Vergangenheit oft zu grosszügig interpretiert habe⁵¹. Im heutigen Zeitpunkt ist nicht abzusehen, ob sich diese Verschärfung des

⁴⁷ Statt vieler BGE 126 I 81 E. 4 ff. S. 87 ff.

⁴⁸ Vgl. *Kuhn* (Anm. 2), S. 82.

⁴⁹ Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG.

⁵⁰ Art. 103 Bst. a OG.

⁵¹ Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4329.

Beschwerderechts auf die Eintretenspraxis des Bundesgerichts auswirken wird, verlangt dieses doch schon bisher, dass der Beschwerdeführer «stärker als jedermann betroffen» ist und in einer «besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht».⁵² Immerhin bietet die verschärfte Neuformulierung dem Bundesgericht ein Mittel, um die im Lauf der Jahre generell ausgeweitete Beschwerdeberechtigung wiederum einzuengen. So oder anders wird die Verfestigung der Legitimationspraxis das Bundesgericht wohl während einiger Zeit beschäftigen.

d. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Anders präsentiert sich die Situation dort, wo die Rechtsuchenden aufgrund einer Zugangsbeschränkung auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde verwiesen werden. Gemäss Art. 115 Bst. b BGG ist zur Beschwerde berechtigt, wer ein *rechtlich geschütztes* Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Diese Regelung entspricht formal dem heutigen Art. 88 OG.

Die Tragweite der Legitimationsbestimmung zur subsidiären Verfassungsbeschwerde bleibt vorderhand ungeklärt. Insbesondere lässt sich nicht abschätzen, ob das Bundesgericht die im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde gebildete und zunehmend umstrittene Praxis zur Willkürüge und zur Gleichheitsrüge beibehalten wird⁵³. Die Materialien zu dieser Frage sind wenig ergiebig, beschränken sie sich doch auf den Bericht der Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz vom 16. März 2004. Diesem ist nur so viel zu entnehmen, dass für die Legitimation «die gleichen Voraussetzungen gelten wie bisher bei der staatsrechtlichen Beschwerde (Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses)».⁵⁴

Mit Blick auf die Reformziele wird die Beantwortung der Frage entweder ein Mehr an Rechtsschutz bewirken (falls das Bundesgericht seine Praxis aufgibt) oder aber zu einer Entlastung des Bundesgerichts führen (falls das Bundesgericht an seiner Praxis festhält). So oder anders wird die sorgfältige Klärung dieser Frage dem Bundesgericht vorerst zusätzlichen Aufwand bringen.

e. Ein zweites Fazit

Mit Blick auf die Regelung der Beschwerderechte erweist sich die Würdigung des BGG als besonders schwierig, hängt die Ausgestaltung des Rechtsschutzes doch wesentlich von der künftigen Praxis des Bundesgerichts ab. Legt das Bundesgericht die Legitimationsbestimmungen der Einheitsbeschwerde restriktiv aus oder führt es seine bisherige enge Legitimationspraxis zur staatsrechtlichen Beschwerde auch im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde weiter,

⁵² Vgl. zu dieser Legitimationspraxis z.B. BGE 131 II 587 E. 2.1 S. 589 (mit weiteren Hinweisen).

⁵³ Vgl. etwa BGE 126 I 81 ff. und die Hinweise auf die Kritik bei Regina Kiener, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, ZBJV 138 (2002), S. 699 ff.

⁵⁴ Bericht zu den Normvorschlägen (Anm. 31), S. 2.

wird es zu einer Verengung des Rechtsschutzes kommen. Ob damit spiegelbildlich eine Entlastung des Bundesgerichts einhergehen würde, bleibt offen. Denn erfahrungsgemäss führt eine restriktive Eintretenspraxis oft genug nur dahin, den Streit auf die Ebene der Prozessvoraussetzungen zu verlagern, nicht aber dazu, die streitwilligen Parteien tatsächlich vom Gang ans Höchstgericht abzuhalten⁵⁵.

4. Beschwerdegründe und Kognition

Änderungen bringt das Bundesgerichtsgesetz auch im Bereich der Beschwerdegründe bzw. der Kognition.

a. Beschränkung auf Rechtsfragen – mit Ausnahmen

Bei den Einheitsbeschwerden wird die Zuständigkeit des Bundesgerichts auf die Prüfung von *Rechtsfragen* beschränkt⁵⁶: Im Regelfall wird eine *richterliche Vorinstanz* eine vollständige Rechts- und Sachverhaltsprüfung vorgenommen haben; hat das Bundesverwaltungsgericht als Vorinstanz entschieden, war zusätzlich eine Angemessenheitskontrolle möglich⁵⁷.

Eine – wenn auch nicht einschneidende – Neuerung gibt es bei der Rüge der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen *Sachverhalts*. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts nur unter der Voraussetzung gerügt werden, dass sie *offensichtlich* unrichtig ist oder auf einer *Rechtsverletzung* beruht. Diese Restriktion greift im Gegensatz zur geltenden Regelung⁵⁸ auch dann, wenn ausnahmsweise *keine richterliche Vorinstanz* entschieden hat, wie dies bei Entscheiden mit vorwiegend politischem Charakter sowie in Stimmrechtssachen der Fall sein kann⁵⁹. Gleich wie bisher bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht kann im Bereich gewisser sozialversicherungsrechtlicher Streitigkeiten (insbesondere der Invalidenversicherung) *jede unrichtige oder unvollständige Feststellung* des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt bzw. überprüft werden.

Die erweiterte Kognition in sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten ist politisch motiviert; aus der Optik des Verfahrensrechts stellt sie eine systemwidrige Belastung des Bundesgerichts dar. Hier ist das letzte Wort indessen noch nicht gesprochen: In der Herbstsession 2005 hat der Nationalrat im Rahmen einer Teilrevision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung beschlossen, die Kognition des Bundesgerichts auch im Bereich der Invalidenversicherung auf

⁵⁵ Vgl. dazu auch Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4328 f.

⁵⁶ Art. 96 BGG; dazu Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4225 f.

⁵⁷ Vgl. Art. 37 VGG i.V. m. Art. 49 VwVG.

⁵⁸ Vgl. Art. 105 Abs. 2 OG.

⁵⁹ Art. 86 Abs. 3 und Art. 88 Abs. 1 Bst. a BGG.

Rechtsfragen zu beschränken⁶⁰. Es dürfte eine Frage der Zeit sein, bis Art. 97 Abs. 2 BGG ganz gestrichen wird und Sachverhaltsfragen auch bei der Militär- und Unfallversicherung nur noch dann gerügt werden können, wenn die Feststellung des Sachverhalts offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht.

Eine echte Neuerung besteht schliesslich bezüglich der Rüge der *Unangemessenheit* der angefochtenen Verfügung. Sie kann in keinem Fall mehr erhoben werden, auch nicht in sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten⁶¹.

b. Mehrbelastung im Bereich der bisherigen staatsrechtlichen Beschwerde

In gewissen Bereichen wird die Einführung der Einheitsbeschwerde und die damit verbundene Vereinheitlichung der Rügegründe eine gewisse Mehrbelastung des Bundesgerichts zur Folge haben. Steht die staatsrechtliche Beschwerde einzig zur Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Individualrechte offen⁶², können mit den Einheitsbeschwerden neu sämtliche in Art. 95 ff. BGG genannten Rügegründe vorgebracht werden, insbesondere die Verletzung von Bundesrecht⁶³.

Es ist fraglich, ob die Tragweite dieser Neuregelung dem Bundesrat und dem Parlament bewusst war. «Bundesrecht» im Sinn von Art. 95 Bst. a BGG umfasst sämtliche justiziablen Normen des Bundesrechts. Wie der Bundesrat in der Botschaft zum neuen Bundesgerichtsgesetz zutreffend feststellt, spielt künftig auch die traditionelle Einteilung in verfassungsmässige Rechte und andere Verfassungsbestimmungen keine Rolle mehr⁶⁴. Dies hat zur Folge, dass die Verletzung von Bundesverfassungsrecht nicht nur bei Grundrechten und verfassungsmässigen Rechten, sondern generell bei *allen justiziablen Verfassungsbestimmungen* gerügt werden kann. Zum Kreis dieser Rechte gehört damit folgerichtig auch der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* (Art. 5 Abs. 2 BV). Diese Bestimmung – deren Justiziabilität wohl kaum in Frage steht, konnte die Verletzung des Grundsatzes doch seit jeher im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege geltend gemacht werden⁶⁵ – wird auch in den Verfahren der Einheitsbeschwerden *selbständig*, und nicht nur im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung von Freiheitsrechten ange-

⁶⁰ Amtl. Bull. N vom 4. Oktober 2005.

⁶¹ Vgl. bisher Art. 104 Bst. c OG, Art. 132 Bst. a OG.

⁶² Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG.

⁶³ Art. 85 Bst. a BGG.

⁶⁴ Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4335. Zur Abgrenzung von verfassungsmässigen Rechten und nicht selbständig durchsetzbaren Verfassungsprinzipien bei der staatsrechtlichen Beschwerde *Walter Kälin*, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. Bern 1994, S. 68 ff.

⁶⁵ So ausdrücklich BGE 122 II 433 E. 2a S. 435. Aus der Lehre *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, S. 149 Rz. 20; *Gygi* (Anm. 28), S. 289; *René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel etc. 1996, S. 199 Rz. 1040.

rufen werden können⁶⁶. Weil kantonale Erlasse neu im Verfahren der Einheitsbeschwerde überprüft werden, steht die Rüge fehlender Verhältnismässigkeit auch im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle offen. Wie stark das Bundesgericht durch diese Ausdehnung der Beschwerdegründe belastet wird, lässt sich nicht prognostizieren. Fest steht jedoch, dass die Neuerung den Rechtsschutz ausbaut und die einheitliche Anwendung des justiziablen Verfassungsrechts sichert.

c. Ein drittes Fazit

Im Bereich der Rügegründe ist die Balance zwischen Entlastung des Bundesgerichts und Rechtsschutz weitgehend gelungen. Die Kognitionsregeln des BGG sind geeignet, das Bundesgericht nachhaltig zu entlasten, ohne zugleich Rechtsschutzdefizite zu bewirken. Dass dies so ist, liegt im Wesentlichen daran, dass gemäss Art. 29a BV der gerichtliche Rechtsschutz nicht zwingend auf Stufe Bundesgericht eingelöst werden muss, sondern auch durch die erstinstanzlichen Bundesgerichte und die kantonalen Höchstgerichte erfüllt werden kann⁶⁷. Das Bundesgericht darf deshalb mit geeigneten Kognitionsbeschränkungen entlastet werden, ohne dass dadurch der Rechtsschutz beeinträchtigt wird.

III. Nicht eingelöste Reformziele

Die Ausführungen beschränkten sich auf die Würdigung des Bundesgerichtsgesetzes, wie es am 1. Januar 2007 in Kraft treten wird. Man kann nun auch danach fragen, welche Reformziele durch das Gesetz nicht eingelöst werden.

1. Weiter bestehende Defizite beim Rechtsschutz

Offensichtlichstes Rechtsschutzdefizit bleibt das Fehlen der vorfrageweisen *Normenkontrolle* gegenüber Bundesgesetzen. Dieser Umstand liegt in der fehlenden Verfassungsgrundlage begründet und ist nicht dem Gesetzgeber des BGG anzulasten⁶⁸.

⁶⁶ Vgl. zu der bisherigen Praxis im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde etwa BGE 131 I 91 E. 3.3 S. 99 (mit weiteren Hinweisen).

⁶⁷ Weiterführend *Pascal Mahon*, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 1 ff. zu Art. 29a BV; *René Rhinow*, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, Rz. 2594 ff.; *Andreas Kley*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 1 ff. zu Art. 29a BV.

⁶⁸ Die jüngste parlamentarische Initiative, mit der die Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen verlangt wird, wurde am 7. Oktober 2005 eingereicht; vgl. *Parlamentarische Initiative Studer Heiner*, vom 7. Oktober 2005.

2. Keine konsequente Entlastung des Bundesgerichts

Zentrales Ziel der Revision Bundesrechtspflege war die Entlastung des Bundesgerichts⁶⁹. Eine konsequente Umsetzung dieses Anliegens würde bedeuten, dass das Bundesgericht als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes nur für jene Entscheide eingesetzt ist, die tatsächlich auch der höchstrichterlichen Legitimation bedürfen. Vor dem Hintergrund der Bundesverfassung, die in Art. 191 Abs. 1 BV (Justizreform) den Zugang zum Bundesgericht ausdrücklich gewährleistet, ist eine wirksame Entlastung des Bundesgerichts indessen schwierig. Der Zugang muss jedoch nicht absolut gewährleistet werden, lässt die Verfassung mit den Streitwertgrenzen und dem Ausschluss bestimmter Sachgebiete doch gewisse Ausnahmen zu⁷⁰. Der Gesetzgeber hat hier den Spielraum für Entlastungsmassnahmen allerdings nicht ausgeschöpft. Dies lässt sich in erster Linie damit erklären, dass andernfalls der Rechtsmittelweg für zahlreiche Rechtsbereiche bei der letzten kantonalen Instanz geendet hätte, was wiederum das Anliegen der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts gefährden würde.

Abhilfe könnte die Einführung erstinstanzlicher Bundesgerichte namentlich für Zivil- und Strafsachen mit jeweils umfassender Zuständigkeit schaffen. Die verfassungsmässige Grundlage wäre mit Art. 191a BV (Justizreform) jedenfalls gegeben⁷¹. Die Einrichtung eines Bundeszivilgerichts und eines Bundesstrafgerichts mit je umfassender Zuständigkeit würde strengere Zugangsbeschränkungen zum Höchstgericht ermöglichen und gleichzeitig die einheitliche Anwendung des Bundesrechts durch eine Bundesjustizbehörde sicherstellen. Dieser Vorschlag ist so utopisch nicht, und er wird mit den vereinheitlichten eidgenössischen Straf- und Zivilprozessordnungen an Aktualität gewinnen. Allerdings wäre damit die Folge hinzunehmen, dass sich der Instanzenzug jedenfalls dort um eine Instanz erweitert, wo gegen Entscheide der erstinstanzlichen Bundesgerichte – trotz strengerer Zugangsregelung – der Rechtsmittelweg an das Bundesgericht weiterhin offen steht.

3. Keine einheitliche Verfahrensordnung

Die mit grossem administrativem und zeitlichem Aufwand betriebene Revision der Bundesrechtspflege hat mit dem Bundesgerichtsgesetz, dem Bundesverwaltungsgerichtsgesetz und dem Bundesstrafgerichtsgesetz drei neue Rechtspflegeerlasse hervorgebracht. Die der Revision zugrundeliegende Idee einer Vereinfachung des Rechtsschutzes hätte auch bedeuten können, dass die Organisation der Rechtspflegeinstanzen und das anwendbare Verfahren in den einschlägigen Erlassen jeweils

⁶⁹ Vgl. Schlussbericht Expertenkommission (Anm. 3), S. 9 ff.; Botschaft Bundesrechtspflege (Anm. 6), S. 4211 ff. und 4225 ff.

⁷⁰ Vgl. Mahon (Anm. 65), Rz. 1 ff. zu Art. 191 BV.

⁷¹ Vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung (Anm. 4), S. 540.

abschliessend geregelt werden. Organisation und Verfahren des Bundesgerichts sind im BGG differenziert, aber eben doch nicht abschliessend geregelt; weiterhin anwendbar ist zusätzlich das Bundesgesetz über den Zivilprozess⁷².

Problematisch ist unter diesem Gesichtspunkt die Redaktion des Verwaltungsgerichtsgesetzes. Zwar ist die Organisation des Verwaltungsgerichts in diesem Erlass soweit ersichtlich abschliessend geregelt, an Verfahrensbestimmungen findet sich indessen nur ein Minimum. Im Grundsatz wird auf das VwVG verwiesen⁷³, für das Klageverfahren gelten sinngemäss die Vorschriften des Bundeszivilprozesses⁷⁴, für die Revision von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts finden sinngemäss die Bestimmungen des BGG, punktuell aber auch jene des VwVG Anwendung⁷⁵. Und selbstverständlich gelten die Verfahrensbestimmungen der materiellen Spezialgesetze auch hier. – Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht, insbesondere aber auch die Rechtsuchenden werden also auch in Zukunft nicht mit einem einzigen Verfahrenserlass arbeiten können.

IV. Schluss

Die Balance zwischen Individualrechtsschutz und Entlastung des Bundesgerichts zu finden, ist offensichtlich schwierig. Eine wirksame Entlastung scheitert an den Vorgaben der Bundesverfassung, die den Zugang zum Bundesgericht im Grundsatz garantiert, die Behebung des offensichtlichsten Rechtsschutzdefizits ist solange nicht möglich, als die Verfassung die Bundesgesetze als massgeblich erklärt und damit einem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit entgegensteht. Die verbleibenden Spielräume der Verfassung wurden vom Gesetzgeber indessen nicht in letzter Konsequenz genutzt. Es steht zu vermuten, dass insbesondere der von den Eidgenössischen Räten spontan aufgegleiste Ausbau des Rechtsschutzes (Stichwort: subsidiäre Verfassungsbeschwerde) die Entlastungswirkungen der Einheitsbeschwerden beim Bundesgericht umgehend kompensieren wird. Aber auch bei den Einheitsbeschwerden werden verschiedene Neuregelungen – wie vorne aufgezeigt – voraussichtlich eine Mehrbelastung zur Folge haben. Dazu kommt eine Vielzahl an unbestimmten Regeln (Stichworte: Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung; Rüge der Verletzung von «Bundesrecht»), zu denen eine kohärente Praxis erst gebildet werden muss. Dass das Bundesgericht durch die Revision entlastet werden wird, ist deshalb vorderhand erst eine Behauptung; sie als Fakt darzustellen und daran politische Forderungen – unter anderem nach Abbau des Personalbestandes am Bundesgericht – zu knüpfen, scheint vor diesem Hintergrund verfrüht.

⁷² Art. 55 Abs. 1 BG betr. Beweisverfahren.

⁷³ Art. 37 VGG.

⁷⁴ Art. 44 VGG.

⁷⁵ Art. 45 und 47 VGG.