

Institut für öffentliches Recht  
der Universität Bern (Hrsg.)

**DER STAAT VOR DEN  
HERAUSFORDERUNGEN  
DES 21. JAHRHUNDERTS**



# INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT ..... VII

## I. INTERNATIONALES STRAFRECHT UND HUMANITÄRES VÖLKERRECHT

*Pavel Šturma*  
State and international criminal justice ..... 3

*Roberta Arnold*  
The prosecution of terrorism as a 'war crime'  
under the ICC Statute ..... 10

*Veronika Bilková*  
L'état déstructuré et le droit international humanitaire ..... 30

## II. SCHUTZBEDÜRFTIGE GRUPPEN: FLÜCHTLINGE, OPFER VON FRAUENHANDEL UND KINDER

*Harald Christian Scheu*  
Die Entwicklung des Asylrechts in der tschechischen Republik  
aus einer gesamteuropäischen Perspektive ..... 43

*Stanislava Hýbnerová*  
New Strategy of the fight against trafficking in women – Palermo  
Convention and the Protocol against trafficking in persons,  
especially women ..... 57

*Judith Wyttenbach*  
Die Bedeutung des Kinderrechtsartikels in der Bundesverfassung  
(Art. 11) und die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zum  
Kindeswohl und zur Kenntnis der genetischen Herkunft ..... 80



### III. MODERNER RECHTSSCHUTZ

*Andreas Lienhard*

<b>Staatsrechtliche Rahmenbedingungen für modernes Justizmanagement .....</b>	<b>97</b>
---	-----------

*Regina Kiener*

<b>Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz.....</b>	<b>113</b>
---	------------

*Helena Praskova*

<b>Neuregelung des Verwaltungsverfahrens in der tschechischen Republik .....</b>	<b>123</b>
--	------------

### IV. FÖDERALISMUS UND DEZENTRALISIERUNG

*Dušan Hendrych*

<b>Grundlegende Probleme der Gebietsreform in der tschechischen Republik .....</b>	<b>141</b>
--	------------

*Jaroslav Vondracek*

<b>Die Rechtsstellung der Gemeinden im Kontext der Verwaltungs- reform in der tschechischen Republik .....</b>	<b>148</b>
--	------------

*Ulrich Zimmerli*

<b>Der neue Finanzausgleich als staatsrechtliche Bewährungsprobe für den schweizerischen Föderalismus .....</b>	<b>158</b>
---	------------

*Walter Kälin*

<b>Die Mitwirkung der Gliedstaaten an der Aussenpolitik; das Beispiel der Schweiz .....</b>	<b>174</b>
---	------------

## VORWORT

Im Zeitalter der Globalisierung sieht sich der Nationalstaat mit neuen Herausforderungen konfrontiert, welche Konzepte traditioneller Nationalstaatlichkeit zwar nicht in Frage stellen, aber doch relativieren. Dieser Band vereinigt Beiträge, die an einem gemeinsamen Seminar der Lehrstühle des öffentlichen Rechts der juristischen Fakultäten der Karls-Universität in Prag und der Universität Bern vorgetragen wurden. Die Tagung fand am 10. und 11. April 2003 im Käfigturm in Bern statt und führte die wissenschaftlichen und persönlichen Kontakte weiter, die zwischen den beiden Fakultäten vor allem dank des unermüdlichen Einsatzes von Dekan Prof. Dr. D. Hendrych seit vielen Jahre gepflegt werden.

Die hier publizierten Beiträge konzentrieren sich auf vier aktuelle Herausforderungen für Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, nämlich (1.) die Erstarkeung des internationalen Strafrechts als Antwort auf die zunehmende Brutalisierung politischer und kriegerischer Auseinandersetzungen seit dem Zusammenbruch der bipolaren Weltordnung nach 1989, (2.) den Schutz der Rechte von Flüchtlingen, Opfern von Frauenhandel und Kindern; (3.) die Notwendigkeit der Modernisierung des Rechtsschutzes gegen Staatshandeln, und schliesslich (4.) die Frage nach dem sachgerechten Umgang mit föderalistischer Vielfalt bzw. regionaler und lokaler Autonomie im Zentralstaat.

Bern, im April 2004

Prof. Dr. Walter Kälin  
Institut für öffentliches Recht

### Art. 169 Oberaufsicht

<sup>1</sup> Die Bundesversammlung übt die Oberaufsicht aus über den Bundesrat und die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Gerichte und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes.

<sup>2</sup> Den vom Gesetz vorgesehenen besonderen Delegationen von Aufsichtskommissionen können keine Geheimhaltungspflichten entgegengehalten werden.

### Art. 170 Überprüfung der Wirksamkeit

Die Bundesversammlung sorgt dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden.

### Art. 188 Stellung

<sup>1</sup> Das Bundesgericht ist die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes.

<sup>2</sup> Das Gesetz bestimmt die Organisation und das Verfahren.

<sup>3</sup> Das Bundesgericht bestellt seine Verwaltung.

<sup>4</sup> Bei der Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesgerichts nimmt die Bundesversammlung auf eine Vertretung der Amtssprachen Rücksicht.

### Art. 191c Richterliche Unabhängigkeit [noch nicht in Kraft]

Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet.

## DIE ENTWICKLUNG DER VERWALTUNGSGERICHTS- RICHTSBARKEIT IN DER SCHWEIZ

Regina Kiener\*

1. Am 12. März 2000 haben Volk und Stände einer Verfassungsnovelle zugestimmt, welche im Rahmen der Justizreform auch eine *Rechtsweggarantie* verankert:

„Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen“ (Art. 29a BV).

Damit besteht – von gesetzlich zu regelnden Ausnahmefällen abgesehen – ein grundrechtlicher Anspruch darauf, auch gegenüber Anordnungen der Verwaltungsbehörden des Bundes und der Kantone *gerichtlichen* Rechtsschutz zu finden. Diese Verfassungsnorm bildet eine zentrale Wegmarke in der Entwicklung der Verwaltungsrechtspflege. Gegenstand der vorliegenden Darstellung ist es, diese Entwicklung überblicksweise nachzuzeichnen.

### I. ERSTE ANSÄTZE DER VERWALTUNGSGERICHTS- BARKEIT

2. Die Forderung, dass Private gegen Anordnungen der Verwaltung Schutz vor einer unabhängigen gerichtlichen Instanz finden sollen, ist in zahlreichen Kantonsverfassungen der Mediationszeit verwirklicht worden; diese Rechtsschutzeinrichtungen verschwanden aber in der Restaurationszeit wieder und wurden auch in der Regenerationszeit nicht wieder eingeführt<sup>1</sup>. In der ersten Bundesverfassung von 1848 fand der Gedanke einer eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit ebenso wenig Aufnahme wie in der totalrevidierten Verfassung von 1874. Verwaltungsrechtspflege bedeutete verwaltungsinterne

\* Prof. Dr. iur., Professorin für Staats- und Verwaltungsrecht an der juristischen Fakultät der Universität Bern.

<sup>1</sup> ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A. Zürich 1998 S. 56 Rz. 157 ff.

Rechtspflege: Gegen Anordnungen der Verwaltung konnte die übergeordnete Verwaltungsinstanz, letztinstanzlich der Bundesrat angerufen werden<sup>2</sup>.

Die Zuständigkeit des Bundesgerichts erschöpfte sich im Entscheid über zivilrechtliche Streitigkeiten einerseits (Art. 110 BV 1874) und über Straffälle andererseits (Art. 112 BV 1874). Zudem war das Bundesgericht zum Entscheid über staatsrechtliche Streitigkeiten aufgerufen und verfügte über eine – wenn auch enge – Zuständigkeit im Zusammenhang mit der Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 113 BV).

3. Die Idee einer eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde vom Bundesrat erstmals im Jahr 1894 aufgebracht, vor allem aus Gründen der Überlastung; der bessere Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger stand nicht im Vordergrund. Der bundesrätliche Vorschlag wurde vom Parlament nicht weiter verfolgt, lieferte aber in den folgenden Jahren Anlass zu Diskussionen in Politik und Rechtslehre; umstritten war insbesondere die Tragweite des Gewaltenteilungsprinzips, aber auch die Frage, ob es zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit einer Verfassungsrevision bedürfe. Im Jahr 1914 wurde die Bundesverfassung um den damaligen Art. 114<sup>bis</sup> erweitert; damit erhielt das Bundesgericht neu die Zuständigkeit zum Entscheid über „die in den Bereich des Bundes fallenden Administrativstreitigkeiten“; allerdings blieb der Kreis auf jene Streitigkeiten beschränkt, welche das Gesetz dem Bundesgericht ausdrücklich zuwies<sup>3</sup>. In seiner Botschaft an die Bundesversammlung begründete der Bundesrat die (beschränkte) Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nun vor allem mit den Rechtsschutzanliegen der Bürger:

„Das Bedürfnis einer solchen (gemeint ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit) erscheint auch uns gegeben. Je mehr der moderne Wohlfahrtsstaat Gebiete privater Betätigung in den Kreis der staatlichen Funktionen einbezieht, je zahlreicher die öffentlichen Aufgaben sind, an deren Durchführung der Bund herantritt, je gewaltiger daher auch die Zahl der Staatsfunktionäre anschwillt, denen diese Aufgaben anvertraut werden, desto grösser ist die Gefahr eines Übergriffs der Staatsallmacht und Beamtenautokratie gegenüber den Individualrechten des Bürgers und desto lebhafter ist sein instinktives Gefühl, er bedürfe eines kräftigen Schutzes gegen diese feindliche Macht“<sup>4</sup>.

4. Die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nahm einige Zeit in Anspruch. Zwar konnte das Eidgenössische Versicherungsgericht in Luzern seine Tätigkeit schon im Jahr 1917 aufnehmen. Das *Gesetz über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege* (VDG) trat aber erst 1929 in Kraft.

<sup>2</sup> WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage Bern 1931, Art. 114<sup>bis</sup> S. 795.

<sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER (Anm. 1) S. 59 Rz. 164 f.; WALTHER BURCKHARDT (Anm. 2) S. 795 f.

<sup>4</sup> BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichts, BBl 1911 V 322 ff., S. 331.

Lange war diskutiert worden, ob sich die Zuständigkeit des Bundesgerichts aufgrund einer Generalklausel oder der Enumeration bestimmen sollte<sup>5</sup>. Siegreich blieben die vom Bundesrat angeführten Vertreter der Enumerationsmethode, zu denen übrigens auch das Bundesgericht selber gehörte. Damit war das Bundesgericht nur in einzelnen, ausdrücklich benannten Sachbereichen zuständig, hauptsächlich für vermögensrechtliche Streitigkeiten aus dem öffentlichen Recht des Bundes und für die Disziplinarrechtspflege der Bundesbediensteten. Das Schwergewicht der Verwaltungsrechtspflege lag nach wie vor bei den verwaltungsinternen Justizbehörden.

5. Anlässlich der Totalrevision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) aus dem Jahr 1893 wurde 1943 das Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflegegesetz ins OG integriert, ohne dass es zu bedeutsamen Änderungen im Grundkonzept der Verwaltungsrechtspflege gekommen wäre<sup>6</sup>. Dies vermag angesichts der Zeitumstände kaum zu erstaunen: Ein Konzeptwechsel hätte zu einer Preisgabe bundesrätlicher Kompetenzen und damit zu einer Durchbrechung der in Kriegszeiten als notwendig erachteten Konzentration der Staatsleitungskompetenzen beim Bundesrat geführt.

## II. NEUORDNUNG DER VERWALTUNGSGERICHTS- BARKEIT 1968

6. Dem Aufzählungsgrundsatz folgend, wurde die Sachzuständigkeit des Bundesgerichts in den Nachkriegsjahren punktuell und wenig systematisch ausgebaut. Bestrebungen zum Ausbau Verwaltungsgerichtsbarkeit waren seit Beginn der Fünfzigerjahre in Gang, die Arbeiten wurden indessen weder vom Parlament noch von der Regierung konsequent vorangetrieben. Den entscheidenden Anstoss zur Durchführung der Reform gab schliesslich die im Jahr 1964 aufgedeckte „Mirage-Affäre“. Sie führte im Ergebnis zu einer *Neuordnung* der Verwaltungsrechtspflege mit einem grundlegenden *Systemwechsel*: Die Zuständigkeit des Bundesgerichts bestimmt sich fortan aufgrund einer *Generalklausel*.

Im Zusammenhang mit der Beschaffung von 100 Kampfflugzeugen des Typs Mirage III hatte das Parlament einen Kredit von 870 Mio. Franken gesprochen; drei Jahre später ersuchte der Bundesrat um einen Zusatzkredit in

<sup>5</sup> Vgl. BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege, vom 27. März 1925, BBl 1925 II S. 181 ff., S. 190 ff.

<sup>6</sup> BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 9. Februar 1943, BBl 1943 I S. 97 ff.

der Höhe von 576 Mio. Franken. Höhe und Umstände dieses Kreditbegehrens lösten in Parlament und Öffentlichkeit einen eigentlichen Skandal aus<sup>7</sup>.

Die politische Aufarbeitung der Affäre führte zu einer nachhaltigen Veränderung im Gefüge der Staatsorgane. Sie hatte nicht nur den Ausbau der parlamentarischen Kontrollinstrumente gegenüber der Verwaltung zur Folge; der Bundesrat wurde ebenso verpflichtet, den Räten eine Vorlage zum Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterbreiten:

„Die Arbeitsgemeinschaft ist zwar nicht der Meinung, bei einer voll ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit hätten die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Mirage-Beschaffung vermieden werden können. Sie bekennt sich jedoch zur Auffassung, die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein besonders wirksames Mittel ist, um die Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns, im besondern auch die pflichtgebundene Ermessensausübung, zu gewährleisten. Für den Bereich der rechtlichen Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger dient somit die Verwaltungsgerichtsbarkeit den gleichen Zielen wie die parlamentarische Oberaufsicht über die Verwaltung. (...). Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit entlastet das Parlament und gibt ihm die Möglichkeit, sich vorwiegend jenen Kontrollaufgaben zu widmen, für die es wesensgemäss besonders gut geeignet ist. Die Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit entlastet aber auch den Bundesrat als letzte Instanz der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege. Der Bundesrat als Behörde und seine Mitglieder gewinnen dadurch Zeit für die eigentliche Staatsführung: Die Regierungsgeschäfte können gründlicher überlegt und das Kollegialsystem kann wieder wirksamer gestaltet werden“<sup>8</sup>.

7. In der Folge unterbreitete der Bundesrat den Räten *zwei Vorlagen*: Erstens ein neues *Verwaltungsverfahrensgesetz*, welches einheitliche Regeln für das verwaltungsinterne Verwaltungsverfahren (Verfahren auf Erlass einer Verfügung) und die daran anschliessende verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege enthielt<sup>9</sup>. Zweitens die von den Räten angebehrte *Totalrevision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege*<sup>10</sup>. Die Einführung der Generalklausel führte zu einer wesentlichen Erweiterung des Rechtsschutzes: Das Bundesgericht beurteilt letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen<sup>11</sup>. Die allgemeine verwaltungsgerichtliche Überprüfungszuständigkeit wurde allerdings durch einen weit reichenden *Negativkatalog*

<sup>7</sup> Zur parlamentarischen Aufarbeitung der Mirage-Affäre die Debatte in den Räten, Amtl. Bull. N 1964 S. 409 ff.; Amtl. Bull. S 1964/65 S. 140 ff.

<sup>8</sup> Bericht der vom Nationalrat und vom Ständerat eingesetzten Kommissionen an die Eidgenössischen Räte über die Abklärung der Mirage-Anelegenheit, vom 1. September 1964, BBl 1964 II S. 273 ff., S. 844 f.; vgl. auch das Votum des Berichterstatters Furgler im Nationalrat (Amtl. Bull. N 1964 S. 415).

<sup>9</sup> BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren, vom 24. September 1965, BBl 1965 II S. 1348 ff.

<sup>10</sup> BOTSCHAFT des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, vom 24. September 1965, BBl 1965 II S. 1265 ff.

<sup>11</sup> Art. 97 Abs. 1 OG.

abgeschwächt, der in den folgenden Jahren kontinuierlich erweitert wurde. Die Liste der Ausnahmen nennt Streitsachen, die sich *zur gerichtlichen Überprüfung nicht eignen*; ebenso ausgeschlossen ist eine Anzahl von Streitigkeiten, deren Regelung in den Bereich des *Verwaltungsermessens* fällt.

Die *Eignung zur gerichtlichen Prüfung* wurde vorab folgenden Regelungsgegenständen abgesprochen: Regierungsakten in politischen und auswärtigen Angelegenheiten (Fragen der inneren oder äusseren Sicherheit, Neutralität, Entwicklungszusammenarbeit, humanitäre Angelegenheiten etc.); Fragen der militärischen und zivilen Landesverteidigung; den Bau- und Betriebsbewilligungen für technische Anlagen oder Fahrzeuge oder den Ergebnissen von Berufs-, Fach- und Fähigkeitsprüfungen. Auch Fragen der *Angemessenheit und Zweckmässigkeit* soll die Verwaltung in eigener Verantwortung entscheiden können. Folglich schliesst das Gesetz eine Anzahl von Streitsachen prinzipiell von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle aus, die in den Bereich des Verwaltungsermessens fallen. Dabei geht es zumeist um die Gewährung oder Verweigerung von Begünstigungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt, sondern die dem Ermessen der Verwaltung anheim gestellt sind (insbesondere: Konzessionen; öffentlich-rechtliche Zuwendungen, insbesondere Subventionen; fremdenpolizeiliche Bewilligungen)<sup>12</sup>. Eine volle Angemessenheitsprüfung besteht indessen im Bereich des Sozialversicherungsrechts<sup>13</sup>.

### III. TEILREVISION DER BUNDESRECHTSPFLEGE 1991

8. Die nächsten Revisionschritte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit beruhen auf der *Überlastung des Bundesgerichts* namentlich in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege: Die sprunghaft angestiegene Geschäftslast führte dazu, dass das Bundesgericht seine drei Hauptaufgaben – Gewährung von Rechtsschutz, Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung, Konkretisierung und Weiterentwicklung des Rechts – nur noch ungenügend zu erfüllen vermochte. Als schliesslich der Strassburger Gerichtshof für Menschenrechte die Schweiz wegen Überschreitung der zulässigen Verfahrensdauer durch das Bundesgericht verurteilte, sah sich der Gesetzgeber endgültig in die Pflicht genommen<sup>14</sup>. Um die akute Überlastung des Bundesgerichts zu beheben, ergriff das Parlament zu befristeten Sofortmassnahmen; dazu zählte die Schaffung einer zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung, die Erhöhung der Zahl der Ersatzrichter und Urteilsredaktoren oder die Einführung des summarischen Verfahrens. Mit dem Ziel, die Situation nachhaltig zu verbessern, wurde

<sup>12</sup> Vgl. Art. 99 ff. OG sowie – statt anderer FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage Bern 1983 S. 103 ff. oder ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER (Anm. 1) S. 308 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 132 Bst. a OG.

<sup>14</sup> EGMR-E Zimmermann und Steiner c. Schweiz, Serie A/66, EuGRZ 1983 S. 482.

schliesslich eine weitere Revision des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) an die Hand genommen<sup>15</sup>.

9. Im Vordergrund der Revision stand das Anliegen, den Zugang zum Bundesgericht durch ein *Vorprüfungsverfahren* zu beschränken. Dem vom Bundesrat vorgeschlagene „Annahmeverfahren“, das den Gerichtszugang auch in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten beschränkt hätte<sup>16</sup>, war allerdings kein Erfolg beschieden: Für die Verwaltungsrechtspflege wurde dieser Vorschlag schon in den parlamentarischen Beratungen abgeschwächt; das von den Räten für die Staatsrechtspflege (staatsrechtliche Beschwerde) beschlossene „Vorprüfungsverfahren“ war mit ein Grund, weshalb die Revisionsvorlage in der Volksabstimmung vom 1. April 1990 abgelehnt wurde.

10. Schon ein Jahr später brachte der Bundesrat einen neuen Entwurf vor, welcher die unbestritten gebliebenen Neuerungen beibehielt, aber auf das Vorprüfungsverfahren verzichtete<sup>17</sup>.

Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist insbesondere der *Ausbau der richterlichen Vorinstanzen* in der Bundesverwaltungsrechtspflege von Bedeutung. Die entsprechenden Massnahmen wurden vom Bundesrat vorab mit Überlegungen der Verfahrensökonomie begründet:

„Einmal üben solche Vorinstanzen eine gewisse Filterwirkung aus. Sie halten einen Teil der Beschwerdefälle auf, die sonst von den Verwaltungsbehörden direkt an die eidgenössischen Gerichte weitergezogen werden. Erfahrungsgemäss wird ein Beschwerdeführer eher bereit sein, den Entscheid einer richterlichen Behörde anzunehmen und auf einen Weiterzug an ein eidgenössisches Gericht verzichten. Wenn Rekurskommissionen oder kantonale Verwaltungsgerichte entscheiden, so müssen überdies die eidgenössischen Gerichte den Sachverhalt grundsätzlich nicht mehr überprüfen. Ausgenommen sind einzig Fälle, in denen Vorinstanzen den Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt haben. Die Gerichte können sich grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränken, die ja ihre ureigene Aufgabe bildet. Der zeitliche Aufwand für den einzelnen Streitfall vermindert sich somit“<sup>18</sup>.

In Nachachtung dieser Grundsätze wurden eine einheitliche Ordnung für die *verwaltungsunabhängige Rekurskommissionen* des Bundes geschaffen (sie bestehen für jene Sachbereiche, in denen sich verhältnismässig viele Be-

<sup>15</sup> BOTSCHAFT betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 29. Mai 1985, BBl 1985 II S. 737 ff.

<sup>16</sup> Art. 36a bis 36c Entwurf zum Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Änderung), BBl 1985 II S. 939 ff.

<sup>17</sup> BOTSCHAFT betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege sowie die Änderung des Bundesbeschlusses über eine vorübergehende Erhöhung der Zahl der Ersatzrichter und der Urteilsredaktoren des Bundesgerichts, vom 18. März 1991, BBl 1991 II S. 465 ff.

<sup>18</sup> Botschaft Änderung OG 1985 (Anm. 15) S. 806 f.

schwerdefälle oder aber schwierige Tatfragen ergeben<sup>19</sup>). Soweit durch das Spezialgesetz eingerichtet, ersetzen die Rekurskommissionen in Streitigkeiten aus dem Bundesverwaltungsrecht die bislang als erste Beschwerdeinstanz vorgesehenen Departemente. Sie entscheiden mit gleicher Prüfungsbefugnis (volle Kognition) und ihre Entscheide können in der Regel mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden<sup>20</sup>. Auch in den Kantonen kam der *Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit* voran: Liegt der Vollzug des Bundesverwaltungsrechts bei den Kantonen und steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen, haben die Kantone von Bundesrechts wegen als letzte kantonale Instanz eine richterliche Behörde zu bestellen<sup>21</sup>.

Das in diesem Sinn revidierte Bundesrechtspflegegesetz wurde von der Bundesversammlung im Oktober 1991 beschlossen; das Referendum wurde diesmal nicht ergriffen.

#### IV. DIE REFORM DER JUSTIZVERFASSUNG

11. Die Revision des Bundesrechtspflegegesetzes vermochte die zunehmende Belastung des Bundesgerichts nicht nachhaltig zu verbessern. 1993 wurde deshalb erneut eine Expertenkommission eingesetzt, die sich mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege zu befassen hatte. Schon bald zeigte sich, dass die angezeigte strukturelle Reform ohne Verfassungsänderung nicht möglich war; die Bundesrechtspflege wurde deshalb im Rahmen der Reform der Bundesverfassung zum Reformbereich erhoben.

12. Mit Blick auf die Verwaltungsrechtspflege als problematisch erachtet wurden insbesondere die *Lücken im Rechtsschutz*; sie ergaben sich vordringlich aus der direkten Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK in der Schweiz:

„Sodann kennt die Bundesverfassung keine *Rechtsweggarantie* im Sinne eines umfassenden Zugangs zu einem unabhängigen Gericht. Für zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen sowie für Strafsachen ergibt sich eine solche Garantie zwar aus Artikel 6 Ziffer 1 EMRK. Ausserhalb des Geltungsbereichs dieser Bestimmung bestehen aber immer noch Fälle, in denen kein Weg an ein Gericht führt, so, wenn der Bundesrat oder ein Departement endgültig entscheidet. Gegen Verwaltungsakte der Kantone steht zwar die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht offen, sie löst aber keine umfassende Sachverhalts- und Rechtskontrolle aus. Die fehlende Rechtsweg-

<sup>19</sup> Zum Beispiel: Asylrekurskommission, Steuerrekurskommission, Rekurskommission für geistiges Eigentum oder Personalrekurskommission.

<sup>20</sup> Vgl. BOTSCHAFT Änderung OG 1985 (Anm. 15) S. 808 ff.; heute Art. 71a bis 71d VwVG.

<sup>21</sup> Vgl. Botschaft Änderung OG 1985 (Anm. 15) S. 811 f.; heute Art. 98a OG für das Bundesgericht, Art. 128 OG für das Eidg. Versicherungsgericht.

garantie widerspricht einem rechtsstaatlichen Verständnis von Rechtsschutz, wonach derselbe durch ein unabhängiges Gericht zu gewähren ist<sup>22</sup>.

Eine Reform der Verwaltungsrechtspflege wurde auch mit Blick auf die nach wie vor bestehenden, aber wenig sachgerechten *Justizfunktionen des Bundesrates* als notwendig erachtet:

„Mehrere Gründe lassen die Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates heute als problematisch erscheinen. Sie komplizieren das System der öffentlichen Rechtspflege des Bundes. Denn die getrennten Zuständigkeitsbereiche des Bundesrates und des Bundesgerichts sind nicht immer einfach voneinander abzugrenzen. Die meisten der bestehenden Zuständigkeiten des Bundesrates in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege entbehren der inneren Rechtfertigung und können heute nur noch historisch erklärt werden. Davon ausgenommen sind Streitigkeiten, in denen rein politische Fragen zu entscheiden sind, die einer rechtlichen Kontrolle nicht zugänglich sind (vor allem im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten). Sodann können sich Widersprüche zur EMRK ergeben, wenn Streitigkeiten betroffen sind, für die Artikel 6 Ziffer 1 EMRK die Beurteilung durch ein Gericht verlangt. Vor allem aber wird der Bundesrat mit Nichtregierungsaufgaben belastet und büsst damit Zeit und Kraft für seine eigentlichen Funktionen ein. Hier braucht es eine Aufgabenteilung. Die bisher vom Bundesrat behandelten Beschwerdefällen können aber nicht einfach auf das ohnehin schon stark belastete Bundesgericht übertragen werden. Vielmehr sind die verwaltungsgerichtlichen Vorinstanzen auf Bundesebene neu zu konzipieren ...“<sup>23</sup>.

13. Die Mängel der Verwaltungsrechtspflege werden vorab mit Hilfe einer grundrechtlichen *Rechtsweggarantie* behoben (Art. 29a BV), welche dem Einzelnen gegen Akte der Verwaltung gerichtlichen Rechtsschutz zusichert. Folgerichtig damit einhergehend ist ein weiterer *Ausbau der richterlichen Vorinstanzen* in Bund und Kantonen, denn die Rechtsweggarantie kann sich nur verwirklichen, wenn auch für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten (also auch solchen aus dem kantonalen Recht) der Zugang zu einer richterlichen Behörde geöffnet wird. Das Konzept der Justizreform umfasst deshalb auch den Grundsatz, dass die Kantone *Verwaltungsgerichte mit genereller Sachzuständigkeit* einrichten (Art. 191b BV).

Der Grundsatz der gerichtlichen Überprüfung gilt allerdings nicht absolut; vielmehr wird dem Gesetzgeber Raum für berechnete *Ausnahmen* belassen: Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV können Bund und Kantone die gerichtliche Beurteilung in Ausnahmefällen durch Gesetz ausschliessen. Nach dem ausdrücklichen Willen des Verfassungsgebers soll der Ausschluss nur zulässig sein, wenn spezifische Gründe vorliegen. Dazu zählt insbesondere die *mangelnde Justiziabilität* einer Streitigkeit; sie wird beispielsweise Regierungsakten zugesprochen, bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen. Generell von den

<sup>22</sup> BOTSCHAFT über eine neue Bundesverfassung, vom 20. November 1996, BBl 1997 I S. 1 ff., S. 490.

<sup>23</sup> BOTSCHAFT über eine neue Bundesverfassung (Anm. 22), S. 491.

Ausnahmeregelung ausgeschlossen sind jene Streitigkeiten, für welche Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Gerichtszugang verlangt<sup>24</sup>.

## V. DIE HÄNGIGE TOTALREVISION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

14. Die Umsetzung der grundrechtlichen Rechtsweggarantie verlangt eine Anpassung der Prozessgesetzgebung von Bund und Kantonen. Entsprechende Gesetzgebungsverfahren sind zur Zeit im Gang. Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit sind insbesondere folgende Bereiche von Bedeutung:

Für die erstinstanzliche Verwaltungsrechtspflege wird ein zentrales *Bundesverwaltungsgericht* geschaffen, das die über 30 bestehenden Rekurskommissionen des Bundes ersetzt. Es löst gleichzeitig die Beschwerdedienste der Departemente ab und schliesst damit eine wichtige Lücke im System der richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts. Künftig unterliegen Verfügungen von Bundesbehörden im Normalfall direkt der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht; dessen Entscheide können grundsätzlich an das Bundesgericht weiter gezogen werden<sup>25</sup>.

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist unzulässig gegen Verfügungen aus folgenden Bereichen: Innere und äussere Sicherheit des Landes, Neutralität und übrige auswärtige Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt; politische Stimmberechtigung sowie Volkswahlen und Abstimmungen; Rahmenbewilligungen des Bundesrates im Bereich der Kernenergie; Verfügungen der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen sowie Konzessionen des Bundesrates für Spielbanken<sup>26</sup>.

Zur Entlastung des Bundesrates und im Sinn einer Aufgabenteilung wird die *Beschwerde an den Bundesrat* weitest gehend aufgehoben. Die Rechtsweggarantie der Bundesverfassung erlaubt die abschliessende Streitentscheidung durch eine Verwaltungsbehörde nur noch in Ausnahmefällen.

Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat bleibt in folgenden Bereichen zulässig: Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, sofern das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> BOTSCHAFT über eine neue Bundesverfassung (Anm. 22) S. 524.

<sup>25</sup> BOTSCHAFT zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, vom 28. Februar 2001, BBl 1991 S. 4202 ff., S. 4208.

<sup>26</sup> Art. 28 Abs. 1 Bst. a-e VGG (Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Verwaltungsgerichtsgesetz, Entwurf; BBl 2001 S. 4539 ff., S.4249 ff.).

<sup>27</sup> Art. 78 Abs. 1 Bst. a BGG i.V.m. Art. 28 Abs. 1 Bst. a VGG.



## VI. FAZIT

15. Werden die hängigen Reformvorhaben umgesetzt, ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch Bundesgericht, Bundesverwaltungsgericht und kantonale Gerichtsinstanzen praktisch durchgängig sicher gestellt. Für diese Entwicklung stehen verschiedene *Gründe*:

Im Vordergrund steht die Verbesserung des *Individualrechtsschutzes*; recht früh schon bestand die Einsicht, dass Anordnungen der Verwaltung einer *unabhängigen Kontrolle* durch eine verwaltungsexterne Justizbehörde zugeführt werden sollen, welche die Streitigkeit am Massstab des Rechts entscheidet und keine politischen und damit sachfremden Erwägungen in den Entscheid einfließen lässt. Die nachhaltige Sensibilisierung für diese Umstände hat sich allerdings erst unter der Geltung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK durchgesetzt.

Der schrittweise Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zudem immer wieder mit dem Argument der *Entlastung* des Bundesrates von Nichtregierungsaufgaben begründet worden. In jüngerer Zeit wurde auch das Bedürfnis nach einer *zeitgerechten, modernen Verwaltungsrechtspflege* vorgebracht.

Nicht zu übersehen ist indessen, dass diese Argumente ihre Zugkraft erst vor dem Hintergrund *faktischer Verhältnisse* entwickeln konnten: Die Mirage-Affäre lenkte die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf die bestehende Machtdiskrepanz zwischen Regierung einerseits, Parlament und Justiz andererseits; erst die öffentliche Empörung vermochte den Impuls für einen Systemwechsel in der Verwaltungsrechtspflege zu geben und die prinzipielle Zuständigkeit des Bundesgerichts zu begründen. Und erst die anhaltende Überlastung des Bundesgerichts konnte den politischen Druck aufbauen, der es den Kantonen verunmöglichte, der zwingenden Einführung kantonaler Verwaltungsgerichte wirksam zu opponieren.

## NEUREGELUNG DES VERWALTUNGSVERFAHRENS IN DER TSCHECHISCHEN REPUBLIK

Helena Praskova\*

In der tschechischen Verwaltungsrechtslehre wird unter dem Begriff „Verwaltungsverfahren“ in der Regel das Vorgehen der Verwaltungsbehörden sowie der Organe juristischer Personen des öffentlichen Rechts verstanden, welches den Erlass eines Verwaltungsaktes zum Ziel hat. Unter den Begriff fallen aber auch andere Formen der Verwaltungstätigkeit, die Rechte, rechtlich geschützte Interessen oder Pflichten natürlicher und juristischer Personen betreffen, das auf die Zwangserfüllung der in den Verwaltungsakten festgelegten Pflichten gerichtete Vollstreckungsverfahren sowie weitere Verwaltungstätigkeiten. Die Entscheidungssubjekte treten im Verwaltungsverfahren als Träger des öffentlichen Interesses auf. Die natürlichen und juristischen Personen über deren Rechtsverhältnisse entschieden wird oder deren Rechtsverhältnisse vom Ergebnis des Verwaltungsverfahrens unmittelbar betroffen werden können, sind demgegenüber im Verfahren Träger prozessualer Rechte und Pflichten. Das Verfahren verläuft in bestimmten Prozessformen (Einleitung des Verfahrens, Feststellung der Entscheidungsgrundlagen, Entscheidung usw.), bei denen die Entscheidungssubjekte im Zusammenwirken mit den Verfahrensbeteiligten vorgehen<sup>1</sup>.

Die erste im positiven Recht verankerte Regelung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens nach der Entstehung der Tschechoslowakei wurde im Jahre 1928<sup>2</sup> erlassen. Sie basierte einerseits auf den vom (österreichischen und nach 1918 tschechoslowakischen) Obersten Verwaltungsgericht in seiner Praxis geschaffenen Grundsätze zum Verwaltungsverfahren und andererseits auf der inzwischen im Jahre 1925 in Österreich verabschiedeten gesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens. In der Nachkriegszeit wurden 1955,

\* JUDr., Oberassistentin, Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre, Juristische Fakultät der Karlsuniversität Prag.

<sup>1</sup> Vgl. Kopecký M. Verwaltungsverfahren in Hendrych D. und Koll.: *Správní právo. Obecná část. 4. změněné a doplněné vydání*, (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil, 4. geänderte und ergänzte Auflage), C.H. Beck Praha 2001 und die dort angeführte Literatur.

<sup>2</sup> Regierungsverordnung Nr. 8/1928 Sb. über das Verfahren betreffend den in die Zuständigkeit der politischen Behörden fallenden Angelegenheiten (über das Verwaltungsverfahren). Diese Regelung war inhaltlich sowie gesetzgebungstechnisch von sehr hoher Qualität.