

**Der richterliche Rechtsschutz gegen die
öffentliche Verwaltung**

Schulthess, Zürich 1995

(S. 3 – 353)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 1994/1995 von der Hochschule St. Gallen als Habilitationsschrift angenommen worden. Literatur bzw. Rechtsprechung konnten bis Mai 1994 bzw. Februar 1995 berücksichtigt werden.

Danken möchte ich in erster Linie dem Erstgutachter Herrn Professor Dr. Yvo Hangartner für seine Diskussionsbereitschaft, der ich die Anregung zum Thema, die nötige Motivation sowie wertvolle Impulse verdanke. Mein Dank geht insbesondere auch an den Zweit- und Drittgutachter, die Herren Professores Dres. Walter Kälin und Rainer J. Schweizer. Mein Dank gilt aber auch meiner Frau, Dr. Anna Kley-Struller, Rechtsanwältin, meinem Vater August Kley, meinem Bruder PD Dr.Dr. Roland Kley sowie lic.rer.publ. Roger Mottini.

Den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, den Herren Professores Dres. Rudolf Bernhardt, Jochen A. Frowein und Helmut Steinberger, danke ich für das gewährte Gastrecht. Von grossem Nutzen waren mir die vom Directorate of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg und dem Centre for Human Rights, United Nations Office at Geneva, zur Verfügung gestellten Materialien. Die Arbeit entstand mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds. Ich danke diesen Institutionen.

St. Gallen, im Mai 1995

Andreas Kley

Inhaltsübersicht

Teil I Einleitung

§ 1 Grundlagen

Teil II Rechtsstaatliche Vorgaben

- § 2 Rechtsstaatliche Notwendigkeit einer Rechtsschutzgarantie?
- § 3 Gewaltenteilung und Gerichtsschutz
- § 4 Legalitätsprinzip und Gerichtsschutz
- § 5 Grundrechte als Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien
- § 6 Allgemeine Rechtsweggarantie aus dem Rechtsstaatsprinzip?

Teil III Verfassungs- und konventionsrechtliche Grundlagen des richterlichen Rechtsschutzes am Beispiel der Schweiz

- § 7 Rechtsschutzgarantie bei Verletzung verfassungsmässiger und konventioneller Rechte (113 Abs. 1 Ziff. 3 BV)
- § 8 Recht auf den verfassungsmässigen Richter (58 Abs. 1 BV)
- § 9 Anspruch auf richterlichen Rechtsschutz in neuen Kantonsverfassungen
- § 10 Konventionsrechtlicher Anspruch auf ein Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 CCPR)
- § 11 Konventionsrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Haftkontrolle (5 Abs. 4 EMRK, Art. 9 Abs. 4 CCPR)
- § 12 Exkurs: Richterlicher Rechtsschutz in der Europäischen Union

Teil IV Realien der juristischen Praxis

- § 13 Rechtsschutz durch Methodensicherheit?
- § 14 Rechtsprechung und analytische Sprachphilosophie
- § 15 Der juristische Alltag: Ethnomethodologie
- § 16 Rechtsanwendung aus politikwissenschaftlicher Sicht

Teil V Theorie des verwaltungsgerichtlichen Schutzes

- § 17 Funktionalrechtliche Begründung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit
- § 18 Funktionalrechtliche Konkretisierung der verwaltungsgerichtlichen Prüfungszuständigkeit
- § 19 Funktionalrechtliche Substitution des Verwaltungsgerichtsschutzes
- § 20 Bedeutung einer grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie

Teil VI Konzeptionelle Postulate

- § 21 Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Verwaltung
- § 22 Vertretbare Ausnahmen vom Gerichtsschutz
- § 23 Erfüllung der Garantie durch Bund und Kantone
- § 24 Ausbau des internationalrechtlichen Schutzes

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Verzeichnis der Rechtsquellen und Materialien.....	XXI
Literaturverzeichnis.....	XXXI

TEIL I EINLEITUNG

§ 1 Grundlagen.....	3
I. Thema.....	3
II. Lokalisierung der Problematik.....	5
III. Lücken des Gerichtszugangs im Verwaltungsrecht.....	6
IV. Aktualität des Themas.....	10
V. Konzept des effektiven Rechtsschutzes.....	12
VI. Abgrenzungen.....	13
VII. Gesamtüberblick.....	16

TEIL II RECHTSSTAATLICHE VORGABEN

§ 2 Rechtsstaatliche Notwendigkeit einer Rechtsschutzgarantie?..	21
I. Entstehung und Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips.....	21
II. Rechtsstaatliches Denken in der Schweiz.....	26
III. Anerkennung rechtsstaatlicher Prinzipien durch Art. 4 Abs. 1 BV...	28
1. Art. 4 Abs. 1 BV als Grundlage schweizerischer Rechtsstaatlichkeit.....	28
2. Zu Art. 98a OG: Kann Gerichtsschutz "rechtsstaatlich" begründet werden?.....	32
3. Konventionsrechtliche Rechtsgleichheitsgebote.....	36
IV. Rechtsstaatsprinzip gemäss Art. 6 BV.....	36
V. Die europäische Menschenrechtskonvention als Teilkodifikation des Rechtsstaatsprinzips.....	37
VI. Weiteres Vorgehen.....	38

§ 3	Gewaltenteilung und Gerichtsschutz.....	40
I.	Vom traditionellen Gewaltenteilungsdogma zur umfassenden Gewaltenteilung.....	40
II.	Verwirklichung in der schweizerischen Verfassungsordnung.....	44
III.	Gewaltenteilung als verfassungsmässiges Recht?.....	46
§ 4	Legalitätsprinzip und Gerichtsschutz.....	49
I.	Demokratische Gesetzgebung als Garantie prozeduraler Freiheit....	49
II.	Relativierung des Gesetzmässigkeitsprinzips.....	52
III.	Ausblick: Wiederherstellung prozeduraler Freiheit im Medium der Sprache.....	53
§ 5	Grundrechte als Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien?	56
I.	Grundgedanke.....	56
II.	Ansätze in der schweizerischen Grundrechtsprechung.....	56
III.	Materielle EMRK-Rechte als Verfahrensgrundrechte in der Rechtsprechung der Konventionsorgane.....	60
IV.	Exkurs: Grundrechte als Verfahrensgrundrechte in Deutschland.	64
V.	Bewertung: Rechtspolitische Relevanz der Grundrechte als Verfahrensgarantien.....	66
§ 6	Allgemeine Rechtsweggarantie aus dem Rechtsstaatsprinzip?	68

TEIL III VERFASSUNGS- UND KONVENTIONALRECHTLICHE
GRUNDLAGEN DES RICHTERLICHEN
RECHTSSCHUTZES AM BEISPIEL DER SCHWEIZ

§ 7	Rechtsschutzgarantie bei Verletzung verfassungsmässiger und konventioneller Rechte (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV).....	73
I.	Grundlagen.....	73
II.	Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV als Rechtsschutzgarantie?.....	75
	1. Problem.....	75
	2. Art. 113 Abs. 1 BV als grundrechtliche Rechtsschutzgarantie.....	76
	3. Art. 113 Abs. 1 BV als Rechtsschutzgarantie unter Gesetzesvorbehalt.....	77
	4. Art. 113 Abs. 1 BV als reine Kompetenznorm.....	77
	5. Beurteilung der unterschiedlichen Auffassungen.....	78
III.	Inhalt von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV.....	80
	1. Unmittelbare Anwendbarkeit.....	80
	2. Art. 113 Abs. 1 BV hat keinen materiellrechtlichen Gehalt.....	80
	3. Art. 113 Abs. 1 BV als institutionelle Garantie.....	81
	4. Art. 113 Abs. 1 BV als Gebot eines effektiven Schutzes verfassungsmässiger und konventioneller Rechte.....	82
	5. Kognition als Konkretisierung der bundesgerichtlichen Sachzuständigkeit.....	84
IV.	Bewertung.....	89
§ 8	Garantie des verfassungsmässigen Richters (Art. 58 Abs. 1 BV).....	93
I.	Bedeutung.....	93
II.	Geltung gegenüber Verwaltungsbehörden.....	95
III.	Art. 58 Abs. 1 BV als allgemeine Rechtsschutzgarantie?	96

§ 9	Anspruch auf richterlichen Rechtsschutz in neuen Kantonsverfassungen.....	98
I.	Vorbemerkung.....	98
II.	Verankerung.....	98
III.	Herkunft des Begriffs.....	100
IV.	"Anspruch auf Rechtsschutz" als Rechtsweggarantie?.....	101
V.	Bewertung.....	103
§ 10	Konventionsrechtlicher Anspruch auf ein Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK, 14 Abs. 1 CCPR).....	106
I.	Problem.....	106
II.	Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei strafrechtlichen Anklagen.....	108
	1. Begriff.....	108
	2. Strafbestimmungen in Verwaltungs- und Verfahrensgesetzen.....	110
	3. Disziplinarrecht bei freien Berufen.....	112
III.	Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei "zivilrechtlichen" Streitigkeiten.....	113
	1. Begriff.....	113
	2. Ausgangspunkt: Streitigkeiten betreffend die Nutzung des (Grund-)Eigentums.....	114
	3. Streitigkeiten betreffend die private, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit.....	116
	4. Streitigkeiten betreffend die soziale Sicherheit.....	118
	5. Teildefinition im Urteil Éditions Périscope: vermögenswerte und pekuniäre Auseinandersetzungen.....	119
	6. Negative Beispiele für "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil".....	122
	7. Strittiges Recht muss von der nationalen Rechtsordnung anerkannt" sein.....	124
	8. Ernsthafte Streitigkeit über ein Recht oder über eine blosse Ermessensausübung?.....	126
	9. Unmittelbare Anwendbarkeit (Hinweis).....	126
IV.	Anforderung an das Gerichtsverfahren (Hinweise).....	127
	1. Kognition.....	127
	2. Entscheidbefugnis.....	128
	3. Geltung für den Instanzenzug.....	128

V.	Besonderheiten des Art. 14 Abs. 1 CCPR.....	129
VI.	Bewertung.....	131
§ 11	Konventionsrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Haftkontrolle (Art. 5 Abs. 4 EMRK und 9 Abs. 4 CCPR).....	134
I.	Grundlagen.....	134
	1. Systematik des Art. 5 EMRK.....	134
	2. Ziel und Schutzobjekt des Art. 5 Abs. 4 EMRK.....	135
	3. Freiheitsentziehung durch Verwaltungsbehörde oder Gericht	136
	4. Unmittelbare Anwendbarkeit (Hinweis).....	138
II.	Anforderungen an das gerichtliche Haftprüfungsverfahren	138
	1. Effektive Verfahrensgarantien.....	138
	2. Erneute Gerichtskontrolle in vernünftigen Zeitabständen	138
	3. Kognition.....	140
	4. Entscheidbefugnis.....	141
	5. Geltung für den Instanzenzug.....	141
III.	Sonderproblem: Bedingte Entlassung aus dem Straf- und Massnahmenvollzug.....	143
IV.	Bewertung.....	145
§ 12	Exkurs: Richterlicher Rechtsschutz in der Europäischen Union.....	148
TEIL IV REALIEN DER JURISTISCHEN PRAXIS		
§ 13	Rechtsschutz durch Methodensicherheit?.....	155
I.	Relevanz der hermeneutisch orientierten Methodenlehren für den Gerichtsschutz.....	155
II.	Rechtsprechung und juristische Hermeneutik.....	160
	1. Verstehen durch Anwenden.....	160
	2. Das Vorverständnis als Bedingung des Verstehens.....	161

	3. Vorverständnis und Methodenwahl: Die Zerstörung der Methodensicherheit.....	163
III.	Versuche einer Rekonstruktion der juristischen Methode.....	165
	1. Friedrich Müller: Rationalisierung des Vorverständnisses.....	165
	2. Hans-Joachim Koch: Semantische Interpretation.....	168
IV.	Konsequenzen für den Gang der Untersuchung.....	172
§ 14	Rechtsprechung und analytische Sprachphilosophie.....	174
I.	Genügt das "Vorverständnis"?.....	174
II.	Wittgensteins frühe (I) und späte (II) Philosophie.....	177
	1. Abbildtheorie der Bedeutung.....	177
	2. Grundzüge von Wittgensteins Spätphilosophie.....	179
	a) Ablehnung der Abbildtheorie.....	179
	b) Theorie der Wortbedeutung.....	181
	c) Sprachspiele.....	184
III.	Rechtsprechung als Regelbefolgung.....	186
IV.	Ergebnisse.....	194
	1. Unmöglichkeit einer normativen und essentialistischen Methodenlehre.....	194
	2. Zentrale Bedeutung der (Rechts-) Praxis.....	197
	3. Wie kommt die (Rechts-) Praxis zustande?.....	198
§ 15	Der juristische Alltag: Ethnomethodologie.....	201
I.	Grundgedanken.....	201
II.	Konzept der Ethnomethodologie.....	203
III.	Realität durch soziale Interaktion.....	206
	1. Die Untersuchung von Wood: psychiatrische Klinik... ..	206
	2. Tätigkeit der Polizei: Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung	209
	3. Rechtsanwendung durch die Verwaltung.....	210
IV.	Ergebnisse.....	212

§ 16	Rechtsanwendung aus politikwissenschaftlicher Sicht.....	217
I.	Überblick.....	217
II.	Rechtsanwendung als politische Tätigkeit?.....	218
	1. Ent- und Repolitisierung der Rechtsanwendung.....	218
	2. Anwendungsbeispiele zur Rechtsanwendung als politischer Tätigkeit.....	222
III.	Verschiebung der Machtgewichte vom Legislativ- zum Exekutivstaat.....	228
	1. Von der Konkurrenz- zur Konkordanzdemokratie.....	228
	2. Verrechtlichung und Entrechtlichung.....	229
	3. Einfluss von Interessengruppen auf die Exekutive.....	232
IV.	Wiederherstellung der Machtbalance durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	233

TEIL V THEORIE DES VERWALTUNGSRECHTLICHEN SCHUTZES

§ 17	Funktionalrechtliche Begründung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit.....	239
I.	Überblick.....	239
II.	Rechtspflege und Individualrechtsschutz.....	240
	1. Funktion des Individualrechtsschutzes.....	240
	2. Rechtsanwendung als Machtausübung.....	241
	3. Rechtskontrolle ist nur in einer Aussenseiterposition möglich	243
	4. Anwendung eigenen Rechts.....	246
	5. Subjekt, nicht Objekt des Verfahrens.....	247
	6. Pflege und Ausbildung des Verfahrensrechts.....	249
	7. Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen auf das öffentliche Recht.....	251
III.	Rechtspflege und Kontrolle objektiver Rechtmässigkeit.....	254
IV.	Legitimation von Hoheitsakten durch prozedurale Freiheit	257
V.	Führt die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Justizstaat?..	260
VI.	Ergebnis: Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	262

§ 18	Funktionalrechtliche Konkretisierung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit.....	239
I.	Gesetzmässigkeitsprinzip als Massstab funktionalrechtlich richtiger Überprüfungscompetenz.....	265
II.	Ausnahmen von der Generalklausel: Actes de gouvernement	267
	1. Entstehung.....	267
	2. Begründung.....	270
	3. Rezeption in der Schweiz.....	272
	a) Allgemeines.....	272
	b) Einzelakte der Parlamente.....	274
	(1) Fakultativ-fakultative Referendumsunterstellung, Dringlichkeitsklausel.....	274
	(2) Begnadigung.....	274
	(3) Rechtspflegeentscheide.....	278
	(4) Grossverwaltungsakte.....	278
	c) Volksentscheide und Abstimmungserläuterungen... ..	280
III.	Gerichtliche Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen?	282
	1. Gerichtliche Prüfung der Sachverhalts- und Rechtsfragen und das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe.....	282
	2. Beurteilung der Ausschlussklauseln.....	286
	a) Berufs-, Fach- und Fähigkeitsprüfungen.....	286
	b) Technische Prüfungen.....	288
	c) Einbürgerung.....	289
	d) Erlass oder Stundung von Abgaben.....	290
	3. Keine Bindung des Richters an verwaltungsbehördliche Entschiede.....	291
IV.	Überprüfung des Ermessens?.....	292
	1. Grundlagen.....	292
	2. Beurteilung der Ausschlussklauseln.....	293
V.	Verfahrensrechtlich motivierte Ausschlüsse.....	295
VI.	Systemimmanente Schranken des Gerichtszugangs.....	297
VII.	Hinreichende Entscheidungsbefugnis.....	298
VIII.	Zusammenfassende Bewertung der Ausschlusskataloge.....	299
§ 19	Funktionalrechtliche Substitution des Verwaltungsgesetzschutzes.....	302
I.	Grundlagen.....	302

II.	Subsidiärer Gerichtsschutz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit....	303
III.	Verstärkung des Verfahrensrechts.....	303
IV.	Schiedsgerichtsbarkeit.....	304
V.	Verwaltungsreferenden.....	305
VI.	Volkswahl von Exekutivmitgliedern.....	307
VII.	Parlamentarische Aufsicht.....	308
VIII.	Medien.....	310
IX.	Ombudsstelle und Rechtsberatung.....	311
X.	Bewertung: Mediation im Verwaltungsrecht?.....	314

§ 20	Bedeutung einer grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie	319
I.	Verfassungsrechtliche Absicherung der Generalklausel....	319
II.	Unmittelbare Anwendbarkeit des Grundrechtes.....	322
III.	Spezifische Funktionen einer Rechtsschutzgarantie.....	325
	1. Bindung des Gesetzgebers.....	325
	2. Ableitung weiterer Verfahrensgarantien.....	326
	3. Stärkung der verwaltungsrichterlichen Unabhängigkeit.....	326
	4. Klassische Grundrechtsfunktionen und Rechtsschutzgarantie	327
IV.	Materiellrechtlicher Gehalt einer Rechtsweggarantie?.....	328

TEIL VI KONZEPTIONELLE POSTULATE

§ 21	Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Verwaltung.....	333
I.	Begründung des Postulats.....	333
II.	Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts?.....	336
III.	Oder Einfügung des Grundrechts in die Bundesverfassung?	338
IV.	Negative Auswirkungen?.....	341
§ 22	Vertretbare Ausnahmen vom Gerichtsschutz.....	342

§ 23	Erfüllung der Garantie durch Bund und Kantone.....	344
I.	Grundsatz.....	344
II.	Kantonaler Vollzug von Bundesverwaltungsrecht: Auswirkungen von Art. 98a OG.....	344
III.	Staatspolitische Bedeutung einer Gerichtsschutzgarantie für die Kantone.....	345
§ 24	Ausbau des internationalrechtlichen Schutzes.....	347
I.	Effektivität der verschiedenen internationalen Schutzmechanismen	347
II.	Würdigung des EMRK-Kontrollmechanismus.....	349
III.	Reform des EMRK-Schutzmechanismus.....	350
	Sachregister.....	355

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Auffassung
ABI	Amtsblatt des Kantons St. Gallen
Abs.	Absatz
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Amt Bull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (N), Ständerat (S)
ähnl.	ähnlich
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
B	Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
belgVerf	Verfassung des Königreiches Belgien vom 7.2.1831, Text: Kimmel, Verfassungen 1 ff.
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizeris- chen Bundesgerichts
BGr	Bundesgericht
BRB	Bundesratsbeschluss
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (der Bundesrepublik Deutschland)
B-VG	Verfassung der Bundesrepublik Österreich vom 10.11.1920 (Bundes-Verfassungsgesetz), Text: Klecatsky Hans R./ Morscher Siegbert, Die österreichische Bundesverfassung, 5. A., Wien 1989
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung, bis und mit 1975 Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht (MBVR)
bzw.	beziehungsweise
CD	Collection of Decisions of the European Commission of Hu- man Rights/ Recueil de décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme

CLS	Critical Legal Studies
DR	Decisions and Reports/Décisions et Rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
E	Zulassungsentscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte
EGMR	Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A et B
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
frzVerf	Verfassung der Republik Frankreich vom 4.10.1958, Text: Kimmel, Verfassungen 96 ff.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, Text: Kimmel, Verfassungen 45 ff.
GGE	Gerichtsschutz gegen die Exekutive, vgl. Literaturverzeichnis, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
gl. A.	gleicher Auffassung
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
H.	Heft
HRLJ	Human Rights Law Journal
Hrsg.	Herausgeber
IntKom	Internationaler Kommentar, vgl. im Literaturverzeichnis Golsong Herbert (Hrsg.)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung
KV	Kantonsverfassung
lit.	littera
MBVR	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht (bis und mit 1975), später BVR
m.H.	mit Hinweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note(n)
nGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen, Neue Reihe, chronologische Ordnung (seit 1956)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZVwR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung

Pr.	Die Praxis des Bundesgerichtes
PU	Vgl. Literaturverzeichnis: Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes Graubünden
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen, Neue Reihe, systematische Ordnung
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht (bis 1990, ab 1991 vgl. SZIER)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StPO	Strafprozessordnung
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (bis und mit 1990, vgl. SJIR)
UNO	United Nations Organization
v.	versus oder vom
VE	Verfassungsentwurf
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRP	Verwaltungsrechtspflege (-Gesetz oder -Verordnung)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZP	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

Verzeichnis der Rechtsquellen und Materialien

1. Bund

Landesrecht

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, SR 101.
BüG	Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29.9.1952, SR 142.0.
BPR	Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17.12.1976, SR 161.1.
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958, SR 170.32.
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968, SR 172.021.
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943, SR 173.110.
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0.
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934, SR 312.0.
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22.6.1979, SR 700.

Internationales Recht

- EMRK Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, SR 0.101.
- ZP 1 EMRK Zusatzprotokoll Nr. 1 vom 20.3.1952 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Text: Villiger, Handbuch 434 f.
- ZP 4 EMRK Zusatzprotokoll Nr. 4 vom 16.9.1963 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Text: Villiger, Handbuch 436 f.
- ZP 6 EMRK Zusatzprotokoll Nr. 6 vom 28.4.1983 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe, SR 0.101.06.
- ZP 7 EMRK Zusatzprotokoll Nr. 7 vom 22.11.1984 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.07.
- ZP 9 EMRK Zusatzprotokoll Nr. 9 vom 6.11.1990 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Text: Conseil de l'Europe (Hrsg.), Droits de l'homme en droit international, Strasbourg 1992, S. 208 ff. oder Botschaft über die Genehmigung der Prtokolle 9 und 10 zur Europäischen Menschenrechtskonvention vom 23.2.1994, BBl 1994 II 409, insb. S. 424 ff.
- CCPR International Covenant on Civil and Political Rights, Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, SR 0.103.2 (AS 1993 750).
- WVK Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111.

Verfassungsentwürfe

- VE Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977.
- MS Modell-Studie vom 30.10.1985 des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, BBl 1985 III 189 ff.

Materialien

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes vom 20.12.1911, BBl 1911 V 322 ff.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege vom 27.3.1925, BBl 1925 II 181 ff.

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 17.9.1937 über das Volksbegehren für die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit (Revision des Artikels 113 der Bundesverfassung), BBl 1937 III 5 ff. (zit. Bericht, Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund vom 24.9.1965, BBl 1965 II 1265 ff.

Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1973 (zit. Schlussbericht).

Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht, Bern 1977.

- Bericht der Expertenkommission (Dubs) für die Reorganisation der Bundesrechtspflege, Januar 1982.
- Vorentwurf der Expertenkommission (Dubs) für die Reorganisation der Bundesrechtspflege zum Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Januar 1982.
- Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 12.7./7.9.1984, VPB 49/1985 Nr. 36, S. 218 ff. (zit. Gutachten BJ).
- Botschaft vom 29.5.1985 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, BBl 1985 II 737 (zit. 1. OG-Botschaft).
- Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 18.3.1991, BBl 1991 II 465 ff. (zit. 2. OG-Botschaft).
- Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30.1.1991, BBl 1991 I 1189 ff. (zit. Botschaft betreffend den Beitritt zu den Menschenrechtspakten von 1966).
- Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18.5.1992 (Sonderdruck).
- Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur ERW-Botschaft) vom 15.6.1992, BBl 1992 V 520 ff.
- Auszug aus einem Kreisschreiben des Vorstehers des EJPD an die kantonalen Regierungen vom 26.5.1993, VPB 1993 Nr. 59, S. 469 ff. (zit. Kreisschreiben, Vorsteher EJPD).

2. Kantone

Zürich

- KV ZH Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich vom 14.4.1869, SR 131.211.
- GVG ZH Gerichtsverfassungsgesetz vom 13.6.1976.
- VRP ZH Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz), vom 24. Mai 1959.

Bern

- KV BE Verfassung des Kantons Bern vom 6.6.1993 (wird per 1.1.1995 in Kraft gesetzt).
- aKV BE alte Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4.6.1893, SR 131.212.
- VRP BE Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.5.1989.

Luzern

- KV LU Staatsverfassung des Kantons Luzern vom 29.1.1875, SR 131.213.
- VRP LU Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. 7.1972.

Uri

- KV UR Verfassung des Kantons Uri vom 28.10.1984, SR 131.214.
- GOG UR Gesetz über die Organisation der richterlichen Behörden vom 17.5.1992.
- VRPV UR Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.3.1994.

Schwyz

- KV SZ Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz vom 23.10.1898, SR 131.215.
- VRP SZ Verordnung des Kantonsrates über die Verwaltungspflege vom 6.6.1974.

Obwalden

- KV OW Verfassung des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 19.5.1968, SR 131.216.1.
- GOG OW Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 12.1./4.3.1973.
- VVGW OW Verordnung des Kantonsrates über das Verwaltungsgerichtsverfahren vom 9.3.1973.
- WV OW Weisungen zum Verwaltungsverfahren (Akteneinsichtsrecht und rechtliches Gehör) vom 28.8.1984.

Nidwalden

- KV NW Verfassung des Kantons Unterwalden nid dem Wald vom 10.10.1965, SR 131.216.2.
- GerG NW Gesetz über die Organisation und das Verfahren der Gerichte (Gerichtsgesetz), vom 28.4.1968.
- VRP NW Verordnung des Landrates über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegeverordnung), vom 8.2.1985.
- VGW Verordnung über das Verfahren vor dem Verfassungsgericht (Verfassungsgerichtsverordnung) vom 8.2.1985.

Glarus

- KV GL Verfassung des Kantons Glarus vom 1.5.1988, SR 131.217.
VRP GL Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 4.5.1986.

Zug

- KV ZG Verfassung des Kantons Zug vom 31.1.1894, SR 131.218.
VRP ZG Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom
1.4.1976.

Freiburg

- KV FR Staatsverfassung des Kantons Freiburg vom 7.5.1857, SR
131.219.
VRP FR Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.5.1991.

Solothurn

- KV SO Verfassung des Kantons Solothurn vom 8.6.1986, SR
131.221.
GOG SO Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 13.3.1977.
VRP SO Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom
15.11.1970.

Wiedervereinigter Kanton Basel

- VE WB (Abgelehnter) Verfassungsentwurf des (wiedervereinigten)
Kantons Basel vom 6.9.1968, Text: JöR 1985 522 ff.

Basel-Stadt

- KV BS Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 2.12.1889, SR
131.222.1.
- VRP BS Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14.6.1928.

Basel-Landschaft

- KV BL Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 4.11.1984,
SR 131.222.2.
- VPO BL Gesetz über die Verfassungs- und
Verwaltungsprozessordnung vom 16.12.1993.
- VwVG BL Verwaltungsverfahrensgesetz vom 13.6.1988.

Schaffhausen

- KV SH Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 24.3.1876, SR
131.223.
- VRP SH Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom
20.9.1971.

Appenzell A.Rh.

- aKV AR Verfassung für den Kanton Appenzell A.Rh. vom 26.4.1908,
SR 131.224.1.
- KV AR Verfassung des Kantons Appenzell A.Rh. Entwurf des
Kantonsrates vom 20.2.1995. Nach Annahme an der
Landsgemeinde vom 30.4.1995 tritt die Verfassung gemäss
Art. 118 auf den 1.5.1996 in Kraft.
- VRP AR Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25.4.1993.
- GVV AR Gesetz über das Verwaltungsverfahren vom 28.4.1985.

Appenzell I.Rh.

KV AI Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I.Rh.
vom 24.11.1872, SR 131.224.2.

St. Gallen

KV SG Verfassung des Kantons St. Gallen vom 16.11.1890, SR
131.225.

VRP SG Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16.5.1965.

Graubünden

KV GR Verfassung für den Kanton Graubünden vom 2.10.1892, SR
131.226.

VRP GR Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 9.4.1967.

GVG GR Gerichtsverfassungsgesetz vom 24.9.1978.

VVG GR Gesetz über das Verfahren in Verwaltungs- und
Verfassungssachen vom 3.10.1982.

Aargau

KV AG Verfassung des Kantons Aargau vom 25.6.1980, SR 131.227.

VRP AG Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9.7.1968.

Thurgau

KV TG Verfassung des Kantons Thurgau vom 16.3.1987, SR
131.228.

VRP TG Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.2.1981.

Tessin

KV TI Costituzione della Repubblica e Cantone del Ticino del 4.7.1830. Riordinata il 29.10.1967, SR 131.229.

VE TI Progetto di Nuova Costituzione. Costituzione della repubblica e Cantone del Ticino, in: Rapporto dipartimentale sul progetto di revisione totale, Settembre 1990, S. 83 ff.; ebenso enthalten in:
Costituzione Ticinese, Progetto di revisione totale elaborato dalla commissione speciale nominata dal Consiglio di Stato. Edizione speciale della Rivista di diritto amministrativo Ticinese, edito dal Dipartimento dell'Interno, Agno (1985).

LPA TI Legge di procedura per le cause amministrative, del 19.4.1966.

Waadt

KV VD Constitution du Canton de Vaud du 1.3.1885, SR 131. 231.

LJPA VD Loi sur la juridiction et la procédure administratives du 18.12.1989.

Wallis

KV VS Verfassung des Kantons Wallis vom 8.3.1907, SR 131.232.

VRP VS Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtsprechung vom 6.10.1976.

Neuenburg

- KV NE Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du
21.11.1858, SR 131.233.
- LPJA NE Loi sur la procédure et juridiction administratives du
27.6.1979.

Genf

- KV GE Constitution de la République et Canton de Genève du
24.5.1847, SR 131.234.
- LPA GE Loi sur la procédure administrative du 12.9.1985.
- LTA GE Loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du
29.5.1970.

Jura

- KV JU Constitution de la République et Canton du Jura du
20.3.1977, SR 131.235.
- CPA JU Loi de procédure et de juridiction administrative et
constitutionnelle du 30.11.1978.

Literaturverzeichnis

Zitierweise: Die Werke werden mit Verfassernamen und einem Titelstichwort zitiert.

Aubert Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 Bände, Supplément 1967-1982, Paris/Neuchâtel 1967/82.

Aubert Jean-François, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Fassung von 1967, neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, Band I, Basel/Frankfurt a.M. 1991; Band II, neubearbeiteter Nachtrag bis 1994, Basel/Frankfurt a.M. 1994.

Aubert Jean-François, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales. Méthode, organisation, procédure*, in: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Schriftenreihe des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Band 3, Zürich 1988, S. 13 ff.

Auby Jean Marie/Fromont Michel, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté*, 1971.

Auer Andreas *Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés*, in: *The New Constitutional Law*, Fribourg 1991, S. 151 ff.

Auer Andreas, *Une procédure d'admission devant le juge constitutionnel fédéral?* SJZ 1986 105 ff.

Auer Andreas, *Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, JöR 1991/92 111 ff.

Auer Andreas, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basel/Frankfurt a.M. 1983.

Auer Andreas, *Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, SZIER 1991 209 ff. (ebenso in *Aussenwirtschaft* 1991 H. 2/3).

Bähr Otto, *Der Rechtsstaat*, Kassel/Göttingen 1864.

Bauer Horst, *Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, Zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG*, Berlin 1973.

- Bäumlin Richard, Die rechtsstaatliche Demokratie, Diss. Bern, Zürich 1954.
- Bäumlin Richard, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 1965 81 ff.
- Bernhardt Rudolf, Die Stellung oberster Gerichte im Staat, ZaöRV 1966 269 ff.
- Bethge Herbert, Grundrechte und gerichtlicher Schutz, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1990 9 ff.
- Bettermann Karl August, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Bettermann Karl August u.a. (Hrsg.), Die Grundrechte, Band III/2, Berlin 1959, S. 779 ff.
- Beyeler Erwin, Das Recht auf den verfassungsmässigen Richter als Problem der Gesetzgebung, Diss. Zürich 1987.
- Biaggini Giovanni, Verfassung und Richterrecht: verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Basel 1991.
- Birchmeier Wilhelm, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943, Zürich 1950.
- Bix Brian, The Application (and Mis-Application) of Wittgenstein's Rule-Following Considerations to Legal Theory, in: Patterson, Theory 209 ff.
- Blankenburg E./Verwoerd J.R.A, The Courts as a Final Resort?: Some Comparisons between the Legal Cultures of the Netherlands and the Federal Republic of Germany, in: Netherlands International Law Review 1988 7 ff.
- Bleckmann Albert, Zusammenfassender Bericht über die Kolloquiumsdiskussion, in: GGE 3, 173 ff.
- Bleckmann Albert, Der Rechtsstaat in vergleichender Sicht, German Yearbook of International Law 20/1977 406 ff.

- Bleckmann Albert, Vom subjektiven zum objektiven Rechtsstaatsprinzip, JöR 1987 1 ff.
- Bleckmann Albert, Staatsrecht II: Die Grundrechte, 3. A., Köln usw. 1989.
- Boeckenförde Ernst-Wolfgang, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974 1529 ff.
- Bolz Urs, Der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Asylrecht, Asyl 1988/3, S. 3 ff.
- Bolz Urs, Rechtsschutz im Ausländer- und Asylrecht. Eine rechtspolitische Untersuchung zum System des Rechtsschutzes im Bereich von Einreise, Aufenthalt und Asyl, Basel/Frankfurt a.M. 1990.
- Bonnard Roger, Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé, Paris 1934 (Bibliothèque de l'institut international de droit public).
- Borghini Marco, L'effectivité sociale de la CEDH, in: Festgabe anlässlich des Juristentages 1993 durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, Fribourg 1993, S. 71 ff.
- Bosshart Dieter, Anfechtungsobjekte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen, Diss. Zürich 1968.
- Bradley A.W., The Ombudsman and the protection of citizens' rights: a british perspective, in: Caiden Gerald E. (Hrsg.), International handbook of the ombudsman: Evolution and present function, Vol. I, London 1983, S. 95 ff.
- Braiband Guy/ Qestiaux Nicole/Wiener Céline, Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens (étude comparative), Saint-Amand-Montrond 1973.
- Brunschwiler Carl Hans, Kann die Schweiz beim angestrebten Standard des Verfahrensschutzes nach der EMRK mithalten? In: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 126 ff.

- Brunschwiler Carl Hans, Die dritte Gewalt, Aarau 1971.
- Brunschwiler Carl Hans, Wie die Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde übernimmt, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, S. 267 ff.
- Buermeyer Volker, Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht, Köln usw. 1975.
- Burckhardt Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 1. A. 1905, 3. A., Bern 1931.
- Burckhardt Walther, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.
- Burckhardt Walter, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Eidgenossenschaft, in: Burckhardt Walther, Aufsätze und Vorträge 1910-1938, Bern 1970, S. 236 ff.
- Burckhardt Walther, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Zürich 1948.
- Burmeister Joachim (Hrsg.), Die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, Köln usw. 1991.
- Busse Dietrich, Semantische Regeln und Rechtsnormen, in: Mellinghoff Rudolf/Trute Hans-Heinrich (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts, Heidelberg 1988, S. 23 ff.
- Busse Dietrich, Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes? In: Müller Friedrich (Hrsg.), Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Berlin 1989, S. 93 ff.
- Busse Dietrich, Juristische Semantik: Grundfragen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht, Berlin 1993.
- Bydlinski Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1982.

- Cohen-Jonathan Gérard, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence/Paris 1989.
- Corboz Martin, *La protection des droits ou la justice en question*, ZSR 1988 II 160 ff.
- Debbasch Charles, *Contentieux administratif*, 3^{ème} Édition, Paris 1981.
- Debbasch Charles (Hrsg.), *Administration et Administrées en Europe. Actes du colloque sur le contrôle juridique et les nouveaux modes de protection en Europe tenu à Aix en octobre 1983*, Paris 1984.
- Dicey Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th Edition with Introduction by E.C.S. Wade, London usw. 1968.
- Dienes Karsten, *Die europäische Integration und die Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)*, Diss. Münster 1975.
- Dijk Pieter van/Hoof Godefridus van, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Deventer/Boston 1990.
- Dijk Pieter van, *Access to Court*, in: Macdonald u.a. (Hrsg.), *Protection* 345 ff.
- Donner A.M., *Die politische Funktion des Richters*, AöR 1981 1 ff.
- Dubach Werner, *Regiert bei uns das Verwaltungsgericht?* In: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 653 ff.
- Dubs Hans, *Beschränkung der Rechtsmittel*, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983 669 ff.
- Dütz Wilhelm, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht*, Berlin/Zürich 1970.
- Eberle Thomas, *Sinnkonstitution in Alltag und Wissenschaft*, Diss. St. Gallen, Bern 1984.
- Eggenschwiler Ernst, *Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: ZBJV 1966 180 ff.

- Ehmke Horst, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Tübingen 1960.
- Eichenberger Kurt, Die oberste Gewalt im Bunde, Diss. Bern, Zürich 1949.
- Eichenberger Kurt, Rechtsetzungsverfahren und Rechtsetzungsformen in der Schweiz, ZSR 1954 1a ff.
- Eichenberger Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960.
- Eichenberger Kurt, Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz, in: GGE 2, S. 943 ff.
- Eichenberger Kurt, Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in: Khol Andreas (Hrsg.), Macht und Kontrolle, Wien 1979, S. 19 ff.
- Eichenberger Kurt, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, in: Eichenberger Kurt, Der Staat der Gegenwart, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 415 ff.
- Eichenberger Kurt, Von der Rechtsetzungsfunktion im heutigen Staat, in: Eichenberger Kurt, Der Staat der Gegenwart, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 332 ff.
- Eichenberger Kurt, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Gliedstaaten der Schweiz, in: Starck Christian/Stern Klaus (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband I, Baden-Baden 1983, S. 435 ff.
- Eichenberger Kurt, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau 1986 (zit. Eichenberger, Kommentar).
- Eichenberger Kurt, Justiz inmitten der Staatsveränderungen, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, alt Oberrichter, Beinwil am See, Aargau 1990, 231 ff.
- Eichenberger Kurt, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: Frank, Unabhängigkeit 57 ff.

- Eissen Marc-André, Case-law on Article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strassburg 1986.
- Esser Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, 2. A., 1964.
- Esser Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970, 2. A. 1972.
- Favoreu Louis, La protection juridictionnelle des droits de l'homme, in: Le nouveau droit constitutionnel, Fribourg 1991, S. 171 ff.
- Fischli Ernst, Die Auswirkungen der bundesgerichtlichen Staatsrechtspraxis auf die politische Freiheit der Kantone, Muttenz 1981.
- Fleiner Fritz, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.
- Fleiner Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Zürich 1939.
- Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1948.
- Fleiner-Gerster Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. A., Zürich 1980.
- Fleiner-Gerster Thomas, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1980.
- Fleiner-Gerster Thomas, Rechtsvergleichende Überlegungen zur Funktion der Rechtsprechung im Verwaltungs- und Verfassungsrecht, in: Achterberg Norbert (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, Köln usw. 1986, S. 653 ff.
- Fleiner-Gerster Thomas, Wem Gott ein Amt gibt, gibt er auch Verstand, in: Das Menschenbild im Recht, Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Fribourg 1990, S. 141 ff.
- Frank Richard (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindungen des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz -

Ergebnisse einer internationalen Richtertagung, Beihefte zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 12, Basel 1990.

Friedrich Carl J., Der Verfassungstaat der Neuzeit, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1953.

Fromont Michel, Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich und den Europäischen Gemeinschaften, Köln usw. 1967.

Frowein Jochen, Der europäischen Grundrechtsschutz und die nationale Gerichtsbarkeit: Vortrag vom 16.3.1983, Berlin 1983.

Frowein Jochen/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl a.Rh. usw. 1985.

Frowein Jochen, Randbemerkungen zu den Grenzen des Richterrechts in rechtsvergleichender Betrachtung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 555 ff.

Frowein Jochen (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung. Untersuchungen über die Rechtslage in Frankreich, Grossbritannien, Italien, Österreich, Schweden, der Schweiz, Spanien, den Vereinigten Staaten von Amerika und den Europäischen Gemeinschaften, Heidelberg 1993.

Gadamer Hans-Georg, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, in: Gesammelte Werke, Band 1: Hermeneutik I; Band 2, Hermeneutik II: Wahrheit und Methode, Ergänzungen, Tübingen 1990.

Galeotti Serio, The judicial Control of Public Authorities in England and in Italy, London 1954.

Garfinkel Harold, The Origins of the Term 'Ethnomethodology', in: Turner (Hrsg.), Ethnomethodology 15 ff.

- Garfinkel Harold, *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs 1967.
- Garzoni Fernando, *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts*, Diss. Zürich 1952.
- Giacometti Zaccaria, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts (Die Staatsrechtliche Beschwerde)*, Zürich 1933.
- Giacometti, Zaccaria, *Gewaltentrennung und Verwaltungsrechtspflege*, in: *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Fritzsche*, Zürich 1952, S. 9 ff.
- Giacometti Zaccaria, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich 1960.
- Gneist Rudolf, *Der Rechtsstaat*, Darmstadt, 1. A. 1872, 2. A. 1879.
- Goerlich Helmut, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden 1981.
- Golsong Heribert, Karl Wolfram, Mihsler Herbert, Petzold Herbert, Rogge Kersten, Vogler Theo, Wildhaber Luzius (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln usw., Loseblatt, Stand: 2. Lieferung 1992; (zit.: Verfassername, IntKom).
- Görlitz Axel, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Neuwied/Berlin 1970.
- Görlitz Axel, "Puissance ... de quelque sorte nulle", in: *Politische Vierteljahresschrift* 1970 268 ff.
- Görlitz Axel, *Politische Funktionen der Lehre vom Verwaltungsakt*, in: *Politische Vierteljahresschrift* 1971 71 ff.
- Görlitz Axel, *Politische Funktionen des Rechts*, Wiesbaden 1976.
- Görlitz Axel/Voigt Rüdiger, *Rechtspolitologie*, Opladen 1985.
- Götz Volkmar u.a. (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, München 1985.

- Graven Jean, La garantie du juge naturel et l'exclusion des tribunaux d'exception, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung 1848, Zürich 1948, S. 209 ff.
- Grewendorf Günther (Hrsg.), Rechtskultur als Sprachkultur, Frankfurt a.M. 1992.
- Grisel André, L'extension de la juridiction administrative du Tribunal fédéral, SJZ 1957 33 ff.
- Grisel André, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984.
- Grotian Andrew, Article 6 of the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, Directorate of Human Rights 1992.
- Grunow Dieter/Hegner Friedhart, Sozialpsychologische Konsequenzen der Verrechtlichung: Alltagskontakte mit der Verwaltung, in: Voigt Rüdiger (Hrsg.), Verrechtlichung, Königstein 1980, S. 261 ff.
- Guhl Theo, Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung nach schweizerischem Staatsrecht, Diss. Bern, Basel 1908.
- Günther Klaus, Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt a.M. 1988.
- Gygi Fritz, Aktuelle Probleme des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen, ZBJV 1956 425 ff.
- Gygi Fritz, Verwaltungsrechtspflege in der Schweiz, in: Bayerische Verwaltungsblätter 1978 97 ff.
- Gygi Fritz, Verwaltungskontrolle, Verwaltungsrechtspflege, Verfassungsschutz, ZBJV 1969 293 ff.
- Gygi Fritz, Zur bundesgerichtlichen Kognition im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, in: Fritz Gygi, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 445 ff.

- Gygi Fritz, Verwaltungsrecht. Eine Einführung, Bern 1986.
- Haag Theodor August, "Effektiver Rechtsschutz" - grundrechtlicher Anspruch oder Leerformel, Diss. Konstanz 1985.
- Häberle Peter, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30/1971, S. 43 ff.
- Häberle Peter, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene, in: JöR 1985 303 ff.
- Haefliger Arthur, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Zur Tragweite von Art. 4 der Bundesverfassung, Bern 1985.
- Haefliger Arthur, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1993.
- Häfelin Ulrich/Haller Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. A., Zürich 1993.
- Häfelin Ulrich/Müller Georg, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1. A., Zürich 1990.
- Haller Walter, Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972.
- Haller Walter, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit? ZSR 1978 I 501 ff.
- Haller Walter, Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 705 ff.
- Haller Walter, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Starck Christian/Weber Albrecht (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, Baden-Baden 1986, S. 179 ff.
- Haller Walter, Verfassungsfortbildung durch den amerikanischen Supreme Court: strategische und taktische Aspekte, in: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Basel 1993, S. 79 ff.
- Hangartner Yvo, Kernfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungspraxis 1965 309 ff.

- Hangartner Yvo, Die Neuordnung der Verwaltungsrechtspflege im Kanton St. Gallen, ZBl 1965 441 ff.
- Hangartner Yvo, Der Ausbau der Verwaltungsrechtspflege im Bund, in: Verwaltungspraxis 1966 2 ff., 43 ff.
- Hangartner Yvo, Bundesstaat im Wandel, ZSR 1978 I 379 ff.
- Hangartner Yvo, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band I: Organisation, Zürich 1980; Band II: Grundrechte, Zürich 1982
- Hangartner Yvo, Parlament und Regierung, ZBl 1990 473 ff.
- Hangartner Yvo, Völkerrecht und schweizerisches Landesrecht, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern usw. 1993, S. 651 ff.
- Hangartner Yvo, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, in: AJP 1994 3 ff.
- Hanhart Dora, Die Erweiterung des Rechtsweges besonders im Bund und Kanton Luzern, Diss. Zürich 1968.
- Hänni Peter, Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung, Fribourg 1988.
- Hasenböhler Franz, Richter und Gesetzgeber in der Schweiz, in: Frank, Unabhängigkeit 83 ff.
- Hassemer Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafsrechts, 2. A., München 1990.
- Hassemer Winfried, Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? In: Grewendorf, Rechtskultur 71 ff.
- Hélin Jean-Claude, Le contrôle juridictionnel des décisions administratives dans le domaines de l'économie, de la planification et de l'énergie nucléaire en France, in: Schwarze/Schmidt-Assmann, Ausmass 63 ff.

- Hertig Hans Peter, Volksabstimmungen, in: Handbuch Politisches System der Schweiz, Band 2, Bern/Stuttgart 1984, S. 247 ff.
- Höhn Ernst, Wie legt man Rechtsnormen aus? In: Recht 1987 105 ff.
- Höhn Ernst, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993.
- Hoffmann-Riem Wolfgang/Schmidt-Assmann Eberhard (Hrsg.),
Konfliktbewältigung durch Verhandlung, 2 Bände, Baden-Baden
1990.
- Hoffmann-Riem Wolfgang, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im
Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung, in:
Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann, Konfliktbewältigung I 13 ff.
- Holmgren Kurt, Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en Suède, in:
Debbasch, Administration 29 ff.
- Huber Hans, Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen,
Basel 1950.
- Huber Hans, Die Grundrechte in der Schweiz, in: Bettermann Karl August u.a.
(Hrsg.) Die Grundrechte, Band I/1, Berlin 1966, S. 175 ff.
- Huber Hans, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Huber Hans,
Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, S. 27 ff.
- Hug Klaus, Die Regierungsfunktion als Problem der Entscheidungsgewalt, Diss.
Zürich 1971.
- Imboden Max, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in
den Kantonen und im Bund, ZSR 1947 1a ff.
- Imboden Max, Gestalt und Zukunft des schweizerischen Rechtsstaates, in:
Imboden, Staat 463 ff.
- Imboden Max, Gewaltentrennung als Grundproblem unserer Zeit, in: Imboden,
Staat 111 ff.
- Imboden Max, Helvetisches Malaise, in: Imboden, Staat 279 ff.

- Imboden Max, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, in:
Imboden, Staat 3 ff.
- Imboden Max, Der Richter im Verbandsstaat, in: Wirtschaft und Recht 1962 214
ff.
- Imboden Max, Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge,
Basel/Stuttgart 1971.
- Imboden Max/Rhinow René, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2
Bände, 6. A., Basel/Frankfurt a.M. 1986.
- Internationale Juristen-Kommission, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte.
Grundsätze und Definitionen ausgearbeitet auf Kongressen und
Konferenzen der Internationalen Juristen-Kommission, 1955-
1967, Genf 1967.
- Jacot-Guillarmod Olivier, Le juge suisse face au droit européen, ZSR 1993 II 227
ff.
- Jacot-Guillarmod Olivier, Rights Related to Good Administration of Justice
(Article 6), in: Macdonald u.a. (Hrsg.), Protection 381 ff.
- Jenny David, Der Begriff der Staatsleitung und die schweizerische
Bundesverfassung, Diss. Basel 1988.
- Jöhr Eduard, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen
Ermessens, Diss. Zürich, Aarau 1931.
- Joncheere Theodor de, Der Rechtsschutz in Verfassungsstreitigkeiten durch die
politischen Bundesbehörden, Diss. Zürich, Winterthur 1958.
- Jost Andreas, Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: ZSR 1982
II 453 ff.
- Kägi Werner, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung,
in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 151 ff.

- Kägi Werner, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, Diss. Zürich 1937.
- Kägi Werner, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 1952 I 173 ff.
- Kälin Walter, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984.
- Kälin Walter, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Bern 1987.
- Kälin Walter/Stöckli Walter, Das neue Asylverfahren, in: Asyl 1990/3, S. 3 ff.
- Kant Immanuel, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Weischedel Wilhelm (Hrsg.), Werkausgabe Band VIII, Frankfurt a.M. 1968, S. 301 ff.
- Kaufmann Otto K., Handlungsspielräume der Verwaltung und Kontrolldichte gerichtlichen Rechtsschutzes, in: Götz Volkmar u.a. (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, München 1985, S. 165 ff.
- Kemmerling Andreas, Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins, in: Rechtstheorie 1975 104 ff.
- Kenny Anthony, Wittgenstein, Frankfurt a.M. 1974.
- Kimmel Adolf (Hrsg.), Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten, 2. A., München 1990.
- Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989.
- Kley Andreas, Kantonales Privatrecht, St. Gallen 1992.
- Kley Andreas, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 85, Zürich 1993.

- Kley Andreas, Der gerichtliche Schutz der Grundrechte durch Art. 6 Abs. 1 EMRK und das neunte Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Referat an der 9. Tagung der Deutsch-Österreichisch-Schweizerisch-Liechtensteinischen Anwaltsvereinigung e.V. (DACH), die Referate dieser Tagung erscheinen demnächst im Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien.
- Kley Andreas, Schafft das 9. Zusatzprotokoll zur EMRK vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Waffengleichheit zwischen Beschwerdeführer und betroffenem Staat? In: AJP 1993 1482 ff.
- Kley Andreas, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung "zivilrechtlicher" Streitsachen im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, AJP 1994 23 ff.
- Kley Andreas, Anforderungen des Bundesrechts an die Verwaltungsrechtspflege der Kantone bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht, in: AJP 1995 148 ff.
- Knapp Blaise, Exécutif et judiciaire à Genève, Genf 1978.
- Knapp Blaise, La légalité et les actes de gouvernement, in: Morand Charles-Albert (Hrsg.), La légalité: un principe à géométrie variable, Basel/Frankfurt a.M. 1992, S. 57 ff.
- Knaub Gilbert, Le contrôle par le juge administratif français de l'appréciation des faits, in: Burmeister, Stellung 127 ff.
- Koch Hans-Joachim/Rüssmann Helmut, Juristische Begründungslehre, München 1982.
- Koch Hans-Joachim, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt a.M. 1977.
- Koenig Pierre, Le statut constitutionnel de l'administration, in: Burmeister, Stellung 19 ff.

- Koering-Joulin Renée, La notion européenne de "tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1990 765 ff.
- Kokott Juliane, Der Begriff "politisch" im Normzusammenhang nationalen und internationalen Rechts, *ZaöRV* 1991 603 ff.
- Koller Heinrich, Die Verwaltungsrechtspflege des Bundesrates als Residuum, in: *Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller*, Bern usw. 1993, S. 359 ff.
- Kölz Alfred, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, Zürich 1978.
- Kölz Alfred, Die Bedeutung der Französischen Revolution für das schweizerische öffentliche Recht und politische System - eine Skizze, in: *ZSR* 1989 497 ff.
- Kölz Alfred, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992.
- Kölz Alfred/Häner Isabelle, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1993.
- Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, herausgegeben von Aubert Jean-François/Eichenberger Kurt/Müller Jörg Paul/Rhinow René/Schindler Dietrich, Basel/Zürich/Bern 1987 ff., Loseblatt (zit.: Autor, Kommentar, N. ..).
- Kottusch Peter, *Zum Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Diss. Zürich 1973.
- Kriele Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. A., Berlin 1976.
- Kriele Martin, Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung, in: *Deutsche Richter-Zeitung* 1984 226 ff. oder

Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, Köln usw. 1988, 707 ff.

Kripke Saul A., Wittgensteins über Regeln und Privatsprache, Frankfurt a.M. 1987.

Kunig Philip, Rechtsstaatprinzip, Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986.

Laubadère André de/Venezia Jean-Claude/Gaudemet Yves, Traité de Droit Administratif, Tome 1, 11^{ème} Édition, Paris 1990.

Leibholz Gerhard/Rinck Hans-Justus/Hesselberger Dieter, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 6. A., Köln 1975/1989 (Loseblatt).

Leuthold Matthias, Die Prüfungsdichte des Bundesgerichts im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Bern 1992.

Lerche Clemens, Landesbericht Frankreich, in: Frowein, Kontrolldichte 1 ff.

Locke John, The Second Treatise of Government (Über die Regierung), deutsche Übersetzung von Dorothee Tidow, Stuttgart 1980.

Loebenstein Edwin, Einige Überlegungen über ein Grundrecht auf Rechtsschutz, in: Festschrift für Felix Ermacora, Kehl a.Rh. usw. 1988, S. 249 ff.

Lorenz Dieter, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973.

Lorenz Dieter, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 1980 623 ff.

Lorenz Dieter, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG, Jura 1983 393 ff.

- Lorenz Dieter, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG für das Verwaltungsprozessrecht, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, Köln 1985, S. 143 ff.
- Macdonald Ronald St. John/Matscher Franz/Petzold Herbert (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, Deventer Bosten 1993.
- Macheret Augustin, L'extension de la juridiction administrative du tribunal fédéral - questions choisies, in: Mémoires publiés par la faculté de droit, Neuvième journée juridique, Genève 1970, S. 103 ff.
- Manfrini Pierre Louis, Le contentieux en droit administratif économique, in: ZSR 1982 II 311 ff.
- Marti Hans, Plädoyer für kontrollierte Macht - für die Delegierten der Bundesversammlung, Bern 1964.
- Marti Arnold, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen, Diss. Zürich 1986.
- Martin Pierre, Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988 II 1 ff.
- Mastronardi Philippe, Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle, Basel/Frankfurt a.M. 1991.
- Mastronardi Philippe, Die Praxis der demokratischen Verwaltungskontrolle in der Schweiz: Chancen diskursiver Rationalität? JöR 1991/1992 191 ff.
- Matscher Franz (Hrsg.), Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts (Salzburger Kolloquium), Schriften des Österreichischen Instituts für Menschenrechte, Band 1, Kehl a.Rh. 1989.
- Matter Felix, Der Richter und seine Auswahl, Diss. Zürich 1978.
- Maus Ingeborg, Aspekte des Rechtspositivismus in der entwickelten Industriegesellschaft, Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, S. 205 ff.

- Maus Ingeborg, Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen, Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, S. 277 ff.
- Maus Ingeborg, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, in: Faulstich Werner/Grimm Gunter (Hrsg.) Sturz der Götter, Frankfurt a.M. 1989, S. 121 ff.
- Maus Ingeborg, Die Demokratische Theorie der Freiheitsrechte und ihre Konsequenzen für gerichtliche Kontrollen politischer Entscheidungen, in: Zur Aufklärung der Demokratietheorie, Frankfurt a.M. 1992, S. 298 ff.
- Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Gerichtsschutz gegen die Exekutive (GGE), Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 52, Teilbände 1-3, Köln usw. 1969.
- Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. A., München/Leipzig 1924.
- Mehan Hugh/Wood Houston, The Reality of Ethnomethodology, New York usw. 1975.
- Meier Karl, Kooperation von Legislative und Exekutive bei der Rechtsetzung im Bund, Diss. Basel 1979.
- Meier-Hayoz Arthur, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 1981 417 ff.
- Menger Christian-Friedrich, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann Karl August u.a. (Hrsg.), Die Grundrechte, Band III/2, Berlin 1959, S. 717 ff.
- Meyer Rolf, Die Organisation der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983.
- Meyer-Blaser Ulrich, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR 1992 II 299 ff.

- Michel Nicolas, La protection des droits conférés par l'ordre juridique européen, in: Festgabe anlässlich des Juristentages 1993 durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, Fribourg 1993, S. 43 ff.
- Miehsler Herbert, Kommentar zu Art. 6 EMRK (1985), in: Golsong, IntKom.
- Montesquieu (Charles-Louis de Secondat), De l'esprit des Lois, (Vom Geist der Gesetze), übersetzt von Kurt Weigand, Stuttgart 1965.
- Moor Pierre, Droit administratif, Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 1991.
- Müller Friedrich, Juristische Methodik, 5. A., Berlin 1993.
- Müller Georg, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel 1979.
- Müller Georg, Privateigentum heute, ZSR 1981 II 1 ff.
- Müller Georg, Reservate staatlicher Willkür - Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 109 ff.
- Müller Georg, Probleme der Abgrenzung der parlamentarischen Obergericht im Bund, ZSR 1992 I 389 ff.
- Müller Jörg Paul, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964.
- Müller Jörg Paul, Die Garantie des verfassungsmässigen Richters in der Bundesverfassung (BV 58 Abs. 1), ZBJV 1970 249 ff.
- Müller Jörg Paul, Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2. unveränderte A., Basel/Frankfurt 1981 (1. A.: ZSR 1973 II 687 ff.).
- Müller Jörg Paul, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39/1980 53 ff.

- Müller Jörg Paul, Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen. Eine Skizze, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 169 ff.
- Müller Jörg Paul, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982.
- Müller Jörg Paul, Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte, Der Staat 1990 33-48.
- Müller Jörg Paul, Grundrechte. Besonderer Teil, Bern 1991.
- Müller Jörg Paul, Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993.
- Müller Peter Alexander, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Wallis, Diss. St. Gallen, Winterthur 1969.
- Murdoch J.L., La protection de la liberté et de la sûreté de la personne, L'article 5 de la CEDH, Dossiers sur les droits de l'Homme N° 12, Strasbourg 1994.
- Nabholz Hans/Kläui Paul, Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone, 3. A., Aarau 1947.
- Nef Hans, Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde, ZSR 1950 133a ff.
- Niebler Engelbert, Richterliche Unabhängigkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Frank, Unabhängigkeit 13 ff.
- Noll Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973.
- Nowak Manfred, CCPR-Kommentar, Kehl a.Rh. usw. 1989.
- Nowak Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, Kehl a.Rh. usw. 1993.
- Oeter Stefan, Landesbericht Schweiz, in: Frowein, Kontrollrechte 121 ff.

Ogorek Regina, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?: zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986.

Oswald Wilhelm, Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht, ZSR 1943 403a ff.

Ott Walter, Der Rechtspositivismus: kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. A., Berlin 1992.

Panchaud André, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, ZSR 1950 1a ff.

Papier Hans-Jürgen, Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, Berlin/New York 1979

Papier Hans-Jürgen, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Heidelberg 1989, S. 1233 ff.

Papier Hans-Jürgen, Justizgewähranspruch, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Heidelberg 1989, S. 1221 ff.

Patterson Dennis M. (Hrsg.), Wittgenstein and Legal Theory, Boulder/San Francisco/Oxford 1992.

Pernthaler Peter (Hrsg.), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte, Wien 1986.

Pernthaler Peter, Rechtsweg als Menschenrecht, in: Festschrift für Hans R. Klecatsky zum 70. Geburtstag, Wien 1990, S. 221 ff.

Perrin Jean-François, Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois, in: Les règles d'interprétation, Fribourg 1989, S. 243 ff.

Peukert Wolfgang, Vorschläge zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutzsystems, EuGRZ 1993 173 ff.

- Pfleghard Heinz, Die Regierung als Rechtsmittelinstanz, Diss. Zürich 1984.
- Pfister Alois, Was heisst "massgebend"? Bemerkungen zu Art. 113 der Bundesverfassung, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, S. 392 ff.
- Pontier Jean-Marie, Contrôle juridictionnel et nouvelles protections en France, in: Debbasch, Administration 43 ff.
- Poudret Jean-François, La procédure d'admission selon le projet de revision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, ZSR 1986 I 388 ff.
- Poudret Jean-François, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Vol I: Art. 1-40: Dispositions générales, Bern 1991.
- Poudret Jean-François/Sandoz Suzette, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Vol II: Art. 41-82: Justice civile et LP, Bern 1991.
- Poudret Jean-François, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Vol V: Art. 136-171: Titres VIII-IX, dispositions d'exécution abrogatoires et transitoires/ Mise à jour du texte légal et du commentaire des art. 1-82, Bern 1992.
- Probst Thomas, Die Änderung der Rechtsprechung, Diss. St. Gallen, Basel 1993.
- Radin Margaret Jane, Reconsidering the Rule of Law, in: Patterson, Wittgenstein 125 ff.
- Raess-Eichenberger Susanne, Das Asylverfahren nach schweizerischem Recht und Völkerrecht, Diss. Zürich 1989.
- Rausch Heinz (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, Darmstadt 1969.
- Raymond Jean, La Suisse devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme, ZSR 1979 II 1 ff.

- Rehbinder Manfred, Fortschritte und Entwicklungstendenzen einer Soziologie der Justiz, Neuwied/Frankfurt a.M. 1989
- Rengeling Hans-Werner, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, München 1993.
- Renner Felix, Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert, Diss. Zürich 1968.
- Ress Georg (Hrsg.), Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien/New York 1990.
- Rhinow René, Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel/Stuttgart 1979.
- Rhinow René, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 657 ff.
- Rhinow René, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken, Recht 1983 41 ff., 83 ff.
- Rhinow René, Landesbericht Schweiz, in: Bullinger Martin (Hrsg.), Verwaltungsermessen im modernen Staat, Baden-Baden 1986, 51 ff.
- Rhinow René, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 1984 II 111 ff.
- Rhinow René/Krähenmann Beat, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband zur Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung von Max Imboden und René Rhinow, Basel/Frankfurt a.M. 1990.
- Richli Paul, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, AJP 1992 196 ff.
- Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990.

- Rivero M., Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de l'administration, Paris 1956.
- Rivero Jean, Contrôle juridictionnel et nouvelles protections de l'administré, Rapport de Synthèse, in: Debbasch, Administration 325 ff.
- Röhl Klaus, Rechtssoziologie: ein Lehrbuch, Köln usw. 1987.
- Rohner Christoph, Über die Kognition des Bundesgerichtes bei der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Diss. Bern 1982.
- Rohner Christoph, Probleme des Rechtsschutzes - Marginalien zu einem grenzenlosen Thema, ZSR 1988 II 220 ff.
- Rohner Christoph, Probleme des Rechtsschutzes, ZBl 1991 477 ff.
- Rossinelli Michel, La protection contre l'arbitraire, Aspect fondamental de l'état de droit, in: Saladin Peter u.a. (Hrsg.), Widerstand im Rechtsstaat, Freiburg 1988, S. 217 ff.
- Rottleuthner Hubert, Richterliches Handeln, Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt a.M. 1973.
- Rouiller Claude, La protection de l'individu contre l'arbitraire de l'Etat, ZSR 1987 II 225 ff.
- Rouiller Claude, La protection juridique en matière d'aménagement du territoire par la combinaison des Art. 6 par. 1 CEDH, 33 LAT et 98 a OJ: complémentarité ou plénitude? In: SJZ 1994 21 ff.
- Ruck Erwin, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3. A., Band I, Zürich 1951.
- Ruf Jörg, Staats- und Verwaltungsrechtspflege im Kanton Nidwalden, Diss. Bern, Hergiswil 1990.
- Rüthers Bernd, Wir denken die Rechtsbegriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip, Zürich/Osnabrück 1987.

- Rüthers Bernd, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 2. A., Frankfurt a.M. 1973.
- Rüthers Bernd, Verantwortete Interpretation - in der Sicht eines Juristen, in: Festschrift für Mario Pedrazzini, Bern 1990, S. 39 ff.
- Saladin Peter, Die Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund, ZBl 1966 41 ff., 65 ff.
- Saladin Peter, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff.
- Saladin Peter, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979
- Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, 3. A., Bern 1982.
- Saladin Peter, Verantwortung als Staatsprinzip: ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, Bern/Stuttgart 1984.
- Saladin Peter, Staatsrechtliche und völkerrechtliche Gründe für eine unabhängige Beschwerdeinstanz, Asyl 1988/3, S. 7 ff.
- Schenke Wolf-Rüdiger, Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, JZ 1988 317 ff.
- Schenke Wolf-Rüdiger, Kommentar zu Art. 19 Abs. 4 GG, in: Dolzer Rudolf (Gesamthrg.), Bonner Kommentar, Heidelberg 1950 ff. (Loseblatt), Stand: 61. Lieferung, 1990.
- Schibli Peter, Die Möglichkeit der Einführung einer Zulassungsbeschränkung am schweizerischen Bundesgericht nach dem Muster des amerikanischen Certiorari-Verfahrens, Diss. Bern 1984.
- Schiffauer Peter, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, Berlin 1979.
- Schilling Margrit, Die Unterstellung von Regierungsentscheiden unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1973.

- Schmid Gerhard, Funktionen des Rechts im politischen System der Schweiz, in: Handbuch Politisches System der Schweiz, Band 1: Grundlagen, Bern 1983, S. 213 ff.
- Schmid Gerhard, Justiz, in: Handbuch Politisches System der Schweiz, Band 2: Strukturen und Prozesse, Bern 1984, S. 117 ff.
- Schmid Anatol, Gedanken über das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZSR 1953 I 373 ff.
- Schmidt-Assmann Eberhard, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34/1975 221 ff.
- Schmidt-Assmann Eberhard, Art. 19 IV GG als Teil des Rechtsstatsprinzips, NZVwR 1983 1 ff.
- Schmidt-Assmann Eberhard, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, Köln usw. 1985, S. 107 ff.
- Schmidt-Assmann Eberhard, Kommentar zu Art. 19 Abs. 4 GG, in: Maunz Theodor/Dürig Günther, Kommentar zum Grundgesetz, 7. A., München 1991 (Loseblatt).
- Schmidt-Assmann Eberhard, Die gerichtliche Kontrolle administrativer Entscheidungen im deutschen Bau-, Wirtschafts- und Umweltverwaltungsrecht, in: Schwarze/Schmidt-Assmann, Ausmass 9 ff.
- Schmuckli Thomas, Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Anwendung auf die Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Diss. Fribourg 1990.
- Schoch Gustav, Der staatsrechtliche Rekurs nach Bundesrecht, ZSR 1886 531 ff.
- Schröder Jan, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, Paderborn usw. 1985.
- Schubarth Martin, Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, ZSR 1975 I 465 ff.

- Schultz Hans, Bericht zum Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987.
- Schwartz Bernard/Wade Henry, Legal Control of Government, Administrative Law in Britain and the United States, Oxford 1972.
- Schwarze Jürgen, Europäisches Verwaltungsrecht, 2 Bände, Baden-Baden 1988.
- Schwarze Jürgen/Schmidt-Assmann Eberhardt (Hrsg.), Das Ausmass der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht. Vergleichende Studien zur Rechtslage in Deutschland, Frankreich, Griechenland und in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1992.
- Schwarze Jürgen, Die gerichtliche Kontrolle der europäischen Wirtschaftsverwaltung, in: Schwarze/Schmidt-Assmann, Ausmass 203 ff.
- Schweizer Rainer J., Verfassung des Kantons Glarus, Kommentar zum Entwurf, 2 Bände, Glarus 1981.
- Schweizer Rainer J. Über die staatliche Geheimhaltung und die Information der Öffentlichkeit unter den Anforderungen der Staatsführung und der Staatskontrolle, in: Festschrift für Mario Pedrazzini, Bern 1990, S. 173 ff.
- Schweizer Rainer J., Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht, ZBl 1990 193 ff.
- Schweizer Rainer J., Zur Lage des Grundrechtsschutzes in der Schweiz, in: Blättler Sidonia/ Holzhey Helmut (Hrsg.), Nach 701 Jahren - muss man die Schweiz neu erfinden? Zürich 1992, S. 68 ff.
- Schweizer Rainer J., Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und schweizerisches Sozialversicherungsrecht, in: Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 19 ff.

Schweizer Rainer J., Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 1993 II 577 ff.

Schweizer Rainer J., Verträge und Abmachungen zwischen der Verwaltung und Privaten in der Schweiz, in: VVDStRL 52/1993 314 ff.

Schweizer Rainer J., Die Errichtung des ständigen Bundesgerichts 1874 und die 1874 und die Verdienste von Johann Jakob Blumer um diese Reform, in: Festgabe zum 65. Geburtstag von Claudio Soliva, Zürich 1994, S. 295 ff.

Schweri Erhard, Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, Bern 1993.

Seibel Wolfgang, Abschied vom Recht - Eine Ideologie? In: Voigt Rüdiger (Hrsg.), Abschied vom Recht? Frankfurt a.M. 1983, S. 134 ff.

Smend Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Smend Rudolf, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. A., Berlin 1968, S. 119 ff.

Smith Gene Anne, Sceptical Fallacy, in: Patterson, Wittgenstein 157 ff.

Soldan Charles, Du déni du justice, JdT 1884 465 ff.

Stähelin Philipp, Kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Pernthaler, Verwaltungsrechtspflege 29 ff.

Stavros Stephanos, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Dordrecht usw. 1993.

Stegmüller Wolfgang, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie: eine historisch-kritische Einführung, 6. A., 3 Bände, Stuttgart 1976.

Stern Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III, München 1988.

Thürer Daniel, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, ZSR 1987 II 413 ff.

Trechsel Stefan, Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974 (zit. Trechsel, Freiheit).

- Trechsel Stefan, Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK), EuGRZ 1980 514 ff. (zit. Trechsel, Garantie).
- Trechsel Stefan, Der Einfluss der EMRK auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1988 667 ff.
- Trechsel Stefan, Das verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, in: Festschrift für Felix Ermacora, Kehl a.Rh. usw. 1988, S. 195 ff.
- Trechsel Stefan, Die Bedeutung der EMRK im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1989 819 ff.
- Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1989.
- Trechsel Stefan, Gerichtlicher Menschenrechtsschutz in Grund- und Menschenrechtsfragen auf europäischer Ebene aus der Sicht der europäischen Kommission für Menschenrechte, in: Stern Klaus (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung: Internationales Symposium vom 17. bis 20. Mai 1989, München 1990, S. 189 ff.
- Trechsel Stefan, Liberty and Security of Person, in: Macdonald u.a. (Hrsg.), Protection 277 ff.
- Turner Roy (Hrsg.), Ethnomethodology, Selected Readings, London 1974.
- Ule Carl Hermann, Verwaltungsprozessrecht, 9. A., München 1987.
- Unruh Christoph von, Die Einrichtung der Verwaltungsrechtspflege als rechtsstaatliches Problem, Die öffentliche Verwaltung 1975 725 ff.
- Vallender Klaus, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983 819 ff.
- Vallender Klaus, Die Auslegung des Steuerrechts unter besonderer Berücksichtigung der Aktienübertragung und Holdinggesellschaften, 2. A., Bern 1988.

Velu Jacques/Ergec Rusen, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bruxelles 1990.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993.

Vogel Christian, Einschränkungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, Diss. Zürich 1973.

Vogt Gustav, Ein eidgenössischer Verwaltungsgerichtshof, ZBJV 1893 494 ff.

Voigt Rüdiger, Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft, in: Voigt Rüdiger (Hrsg.), Verrechtlichung, Königstein 1980, S. 15 ff.

Voigt Rüdiger, Grenzen rechtlicher Steuerung, in: Voigt Rüdiger (Hrsg.), Recht als Instrument der Politik, Opladen 1986, S. 14 ff.

Vollkommer Max, Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozess, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 195 ff.

VPOD, Schriften des Verbandes des Personals öffentlicher Dienste, Die Verwaltungsrechtspflege beim Bund, den Kantonen und Gemeinden, Zürich 1954.

Wassermann Rudolf, Die richterliche Gewalt. Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft, Heidelberg 1985.

Weidmann Klaus, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof, Diss. Bayreuth, Frankfurt a.M. 1985.

Weidner Helmut, Der verhandelnde Staat. Minderung von Vollzugskonflikten durch Mediationsverfahren, in: Schweizerisches Jahrbuch für Politische Wissenschaft 1993 225 ff.

Weiss Marco, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983.

- Wetzel Thomas, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz (Art. 13 EMRK) und seine Ausgestaltung in der Schweiz, Diss. Basel 1983.
- Widmer Stephan, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989.
- Wildhaber Luzius, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 1979 II 229 ff.
- Wildhaber Luzius, "Civil rights" nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 469 ff.
- Wildhaber Luzius, Zur Verfassungsmässigkeit des Annahmeverfahrens vor Bundesgericht, SJZ 1986 273 ff.
- Wildhaber Luzius unter Mitarbeit von Stephan Breitenmoser, Kommentar zu Art. 8 EMRK, in: Golsong, IntKom.
- Wildhaber Luzius, Gegenwart und mögliche Zukunft des europäischen Menschenrechtsschutzsystems, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 819 ff.
- Wittgenstein Ludwig, Vermischte Bemerkungen, in: Ludwig Wittgenstein, Über Gewissheit, Werkausgabe Band 8, Frankfurt a.M. 1984, S. 445 ff.
- Wittgenstein Ludwig, Tractatus logico-philosophicus (TLP), in: Ludwig Wittgenstein, Werkausgabe, Band 1, Frankfurt a.M. 1984, S. 7 ff.
- Wittgenstein Ludwig, Philosophische Untersuchungen (PU), in: Ludwig Wittgenstein, Werkausgabe, Band 1, Frankfurt a.M. 1984, S. 225 ff.
- Wright Georg Henrik von, Wittgenstein, Frankfurt a.M. 1986.
- Zäch Roger, Bestimmtere und unbestimmtere Formulierung von Tatbestand und Rechtsfolge: Konsequenzen für die Rechtsanwendung, in: St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 271 ff.

Zäch Roger, Recht und Sprache, in: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Basel 1993, S. 45 ff.

Zeller Ernst, Auslegung von Gesetz und Vertrag: Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989.

Zimmerman Don H., The Practicalities of Rule Use, in: Douglas Jack D. (Hrsg.), Understanding Everyday Life, Chicago: Aldine Publishing Company 1970, S. 320 ff.

Zippelius Reinhold, Juristische Methodenlehre: eine Einführung, 5. A., München 1990.

Zwahlen Henri, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, ZSR 1947 95a ff.

Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen zum Text.

Teil I

Einleitung

§ 1 Grundlagen

I. Thema

1 Der gerichtliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung beinhaltet die Möglichkeit, dass jede (*Verwaltungs-*)*Rechtsstreitigkeit und der ihr zugrunde liegende Sachverhalt vollumfänglich vor ein unabhängiges Gericht gebracht werden kann*¹. Das angerufene Gericht soll das faire Verfahren in *angemessener Zeit* beenden und eine *verbindliche, durchsetzbare und reformatorische Entscheidung* treffen können². Ist diese Möglichkeit eines Gerichtszugangs verfassungsrechtlich abgesichert, so handelt es sich um eine *allgemeine Rechtsschutz- oder Rechtsweggarantie*.

2 Zivil- und Strafrechtsnormen werden nach tradierter Überlieferung in einem wesentlichen Umfang bereits erstinstanzlich von den Gerichten angewendet. Dagegen bedeutet die Rechtsweggarantie für das öffentliche Recht, das erst- sowie allenfalls mehrinstanzlich von Verwaltungsbehörden angewendet wird, eine *Weiterzugsgarantie von der Exekutive an ein Gericht*³. Damit ist ein zentraler Punkt der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit angesprochen. Das Gericht braucht indessen nicht notwendigerweise ein allgemeines Verwaltungsgericht zu sein, denn die verschiedenen Verwaltungsrechtsgebiete können problemlos Spezialverwaltungsgerichten oder sogar den ordentlichen (Zivil- und Straf-) Gerichten zugewiesen werden. Der Begriff "Verwaltungsgerichtsbarkeit" ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Im Rahmen dieser Arbeit umfasst die Verwaltungsgerichtsbarkeit

¹ In diesem Sinne die Forderung von Loebenstein, Rechtsschutz 269 f.

² Vgl. Papier, Rechtsschutzgarantie 1239; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 1 f. und im einzelnen § 18/4 ff.

³ Vgl. Buermeyer, Rechtsschutzgarantie 89 f. und hinsichtlich Art. 6 Abs. 1 EMRK: Urteil de Wilde, Ooms and Versyp, EGMR/A 12, § 76; Urteil Le Compte a.o., EGMR/A 43, § 51; Urteil Le Compte a.o., EGMR/A 58, § 29; Urteil Lutz, EGMR/A 123, § 57; Urteil Öztürk, EGMR/A 73, § 56; vgl. BGr v. 19.4.1990, SZIER 1991 405.

den Zugang zu einem Gericht gegen Handlungen der Exekutive, selbst wenn es sich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt.

3 In der schweizerischen Literatur werden die massgebenden Begriffe "Rechtsweg" und "Rechtsschutz" nicht immer einheitlich gebraucht. Dabei hat sich zum Teil eine von der deutschen Terminologie unterschiedliche Verwendung /4 herausgebildet. Vielfach wird in der juristischen Umgangssprache "Rechtsweg" als blosser Instanzen- oder Rechtsmittelzug verstanden, unabhängig davon, ob die nachprüfenden Instanzen Gerichte oder Verwaltungsbehörden sind⁴. Dagegen wird in der Bundesrepublik Deutschland, aber auch von einem Teil der schweizerischen Lehre⁵, der Begriff "Rechtsweg" mit "Gerichtsweg" identifiziert, was sich schon aus der Ethymologie fast zwingend ergibt⁶. Manche kantonalen Gerichte⁷, nie aber Verwaltungsbehörden, beenden ihre Urteile noch heute mit der uralten Formel "von Rechts wegen" (V.R.W.), was die Autorität und die Zuständigkeit der rechtsprechenden Instanz, also das Gericht ("von Gerichts wegen"), bezeichnet⁸. In dieser Arbeit wird daher "Rechtsweg" bzw. "Rechtsweggarantie" als Zugang zu den Gerichten verstanden.

Der Begriff "Rechtsschutz" wird in der schweizerischen Literatur hingegen eindeutig als Zugang zu einem Gericht aufgefasst⁹. Er kann demnach mit dem so

⁴ Vgl. z.B. 1. OG-Botschaft, BBl 1985 II 782 (Rechtsweggarantie meint die Beurteilung durch eine gerichtliche oder politische Bundesbehörde); ebenso Gutachten BJ, VPB 1985 III Nr. 36, S. 237; Meyer Ulrich, Die Rechtswegen nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, ZSR 1987 I 601 ff.

⁵ Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung 257; Kölz, Revolution 514; Biaggini, Richterrecht 211; Kälin, Beschwerde 30 f.

⁶ Der Wortteil "Recht" in Rechtsweg meint "Gericht"; dies erhellt aus der ethymologischen Herkunft des Begriffes "Gericht", der sich ursprünglich aus den Worten "richten" und Recht zusammensetzt; vgl. Vollkommer, Anspruch 195 f., 202; Grimm, Deutsches Wörterbuch, Band 8, 1893, S. 382; Buermeyer, Rechtsschutzgarantie 12 ff. Siehe zu einem konkreten Beispiel: "Für Zechschulden (...) wird kein Recht gehalten", vgl. Kley-Struller, Privatrecht 263 Anm. 4; vgl. ferner den St. Galler Regierungsratsbeschluss über den *Rechtsweg* in Zivilsachen v. 22.6.1993, vgl. sGS 961.22. *Recht meint in diesem Zusammenhang immer "Gericht"*.

⁷ Nicht aber das Bundesgericht.

⁸ Vgl. den Sprachgebrauch in der Novelle von Theodor Storm, Pole Poppenspöhler; enthalten in: Sämtliche Werke, Band I, München 1967, S. 736 ff., insb. S. 773.

⁹ "Rechtsschutzgarantie" wird auch in der schweizerischen Terminologie mit Gerichts-

verstandenen Rechtsweg identifiziert werden. Schliesslich ist auch der Kurzbe-
griff "Gerichtsschutz" damit synonym¹⁰ /5.

II. Lokalisierung der Problematik

4 Ein grundrechtlicher Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz in Verwal-
tungstreitsachen basiert auf *verfassungsrechtlichen Grundlagen*. Diese
münden notwendigerweise in das Organisationsrecht ein. Eine Rechtsschutzga-
rantie normiert eine *institutionelle Garantie* der Gerichtsbarkeit¹¹. Danach
findet die Rechtsweggarantie nur dann ihre Erfüllung, wenn der Staat eine Ge-
richtsorganisation errichtet, die den verbürgten Individualrechtsschutz wirksam
gewährleistet. Das einfachgesetzliche Organisations- und Prozessrecht gestaltet
nach Massgabe der vorhandenen verfassungsrechtlichen Leitlinien diese Garan-
tie aus. Den Instituts- und institutionellen Garantien ist allerdings ein er-
heblicher Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers eigen¹². Insgesamt ergeben
sich *grundrechtliche und organisationsrechtliche Dimensionen* einer Rechts-
weggarantie. Sie steht thematisch an einem entscheidenden *rechtsstaatlichen*
Knotenpunkt. Sie ist selber ein formelles Grundrecht; sie sorgt für einen
effektiven Rechtsschutz, insbesondere auch im Bereich der Grundrechte, *und* sie
verwesentlicht die Gewaltenteilung durch die institutionelle Garantie der Ge-

schutzgarantie gleichgesetzt, vgl. Beyeler, Recht 39; 1. OG-Botschaft 782; Gutachten
BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 242, 245; Costituzione Ticinese, Progetto 69 f.; jedenfalls wäre
ein nichtgerichtlicher, bloss verwaltungsinterner Rechtsschutz ungenügend, vgl. Ruck,
Verwaltungsrecht 230 f., 232; Schweizer, Kommentar 528; Huber, Verwaltungsge-
richtsbarkeit 20; siehe ferner Frowein Jochen, Der europäische Grundrechtsschutz und
die nationale Gerichtsbarkeit, Berlin usw. 1983, S. 22; vgl. zum Gebrauch dieses
Begriffs in den neuen Kantonsverfassungen N. 9/5 ff.

¹⁰ Vgl. Ruck, Staatsrecht 275 f.; Imboden Staatsbild 483; Kley-Struller, Rechtsschutz-
garantie 99.

¹¹ Schmitt Carl, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Carl
Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 2. A., Berlin 1973,
S. 140 ff., insb. S. 155 ff.; Kley, Grundpflichten 99 m.H.; Papier, Rechtsschutzgarantie
1234 f.; Bettermann, Schutz 783; Schmidt-Assmann, Komm. zu Art. 19 Abs. 4 GG N.
14; Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 55 f.

¹² Vgl. z.B. Hangartner, Staatsrecht II 73.

richtsbarkeit¹³. Letztlich bestimmt sie das Verwaltungsverfahrenrecht im Hinblick auf einen hinreichenden und generellen Gerichtszugang in einer Kernfrage¹⁴.

5 Die *rechtsstaatliche* Legitimation für eine lückenlose einfachgesetzliche Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit fällt zu einem grossen Teil mit derjenigen für die Rechtsweggarantie zusammen. Selbstverständlich kommen einer grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie noch spezifische Funktionen zu, die einer einfachgesetzlichen Generalklausel abgehen. Diese seit Otto Bähr¹⁵ geführte rechtliche und rechtspolitische Auseinandersetzung hat bis heute zu einem Grossteil mit denselben Argumenten operiert. In der vorliegenden Untersuchung sollen die tradierten Begründungen mit Erkenntnissen der Methodenlehre, der Rechtssoziologie, der Politikwissenschaft und der Staatsfunktionenlehre überprüft werden.

6 Bei der Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts stellt sich die Frage, ob und wieweit ein Gericht die Verwaltungsentscheidungen nachkontrollieren soll. Dieses funktionalrechtliche Problem kann nicht *ohne* methodische Überlegungen gelöst werden. Erst wenn deutlich geworden ist, *worin denn diese Tätigkeit der Anwendung des Verwaltungsrechts besteht*, kann die funktionalrechtlich richtige Aufgabenzuteilung vorgenommen werden. Diese Fragen sind im vorliegenden thematischen Zusammenhang deshalb bedeutsam, weil erst eine Analyse des Phänomens Rechtsanwendung und Rechtsprechung es erlaubt, die Zuweisung an die sachrichtige Staatsfunktion vorzunehmen (funktionalrechtlicher Ansatz)¹⁶. Der Charakter der Rechtsanwendung und Rechtsprechung kann mit den Instrumenten der modernen Methodenlehre hervorragend erhellt werden. Namentlich die moderne Sprachphilosophie und darauf aufbauende Überlegungen der Rechtssoziologie haben die Ansätze der

¹³ Vgl. Bauer, Gerichtsschutz 16.

¹⁴ Siehe zu den Vorwirkungen Schweizer, Gerichte 683 ff.

¹⁵ Vgl. N. 2/5 ff.

¹⁶ Schneider Hans Peter, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1969, S. 8 f. kann nur deshalb glauben, dass rechtstheoretische und methodologische Argumentationen am Problem vorbeizielten, weil er der Auffassung ist, eine verlässliche Methode bereits gefunden zu haben: Die Bindung der Auslegung an den Wortlaut (vgl. dazu N. 13/20).

Hermeneutik noch vertieft; der von Bähr dargelegten Notwendigkeit von Verfahrensgerechtigkeit wird eine wichtige Dimension beigelegt. Dieser Untersuchung wird ein weit verstandener Begriff der "Rechtsanwendung" zugrundegelegt. Er begreift nicht nur die erstinstanzliche Anwendung des Rechts, sondern auch die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch Rechtsprechungsinstanzen. Rechtsprechung meint ja die Entscheidung von Streitigkeiten *in Bindung an das Recht*; es handelt sich also immer auch um Akte der *Rechtsanwendung*.

III. Lücken des Gerichtszugangs im Verwaltungsrecht

7 Im folgenden geht es darum, jene Sachbereiche kurz vorzustellen, in denen nach den einfachgesetzlichen Prozessordnungen kein oder nur ein unvollkommener gerichtlicher Rechtsschutz besteht. Das Rechtsweg-Defizit in mehr /7 oder weniger wichtigen Bereichen des Verwaltungsrechts mag *die praktische Bedeutung erhellen*, die der Fragestellung zukommt.

8 Die Generalklausel des Art. 97 Abs. 1 OG eröffnet grundsätzlich gegen alle Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Im Bund ist also grundsätzlich ein Gerichtszugang mit Prüfung von Sachverhalt¹⁷ und Rechtsfragen¹⁸ gegeben. Dazu kommt noch, dass zahlreiche Rekurskommissionen als richterliche Spezialverwaltungsgerichte¹⁹ vorgeschaltet sind²⁰. In diesem Sinne besteht für einen ansehnlichen Sachbereich sogar eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit.

9 Im Bund erfährt der gerichtliche Rechtsschutz jedoch zwei wesentliche Einschränkungen. Der *Ausnahmekatalog* des Art. 99-101 OG nimmt zahlreiche

¹⁷ Vgl. Art. 104 lit. b, 105 OG, vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 268 f.

¹⁸ Art. 104 lit. a OG; auch die Verletzung der EMRK und der Bundesverfassung kann gerügt werden, vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 288 f.

¹⁹ Vgl. N. 3/3.

²⁰ Vgl. Art. 71a ff VwVG und die Verordnung über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen vom 3.2.1993, SR 173.31; vgl. Kley-Struller, Anspruch 37.

Materien, die der Gesetzgeber als zur richterlichen Beurteilung ungeeignet angesehen hat, von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus²¹. Diese Materien unterliegen aber teilweise einer Rechtspflege durch Spezialverwaltungsgerichte²². Nur in jenen Materien des Kataloges der Art. 99-101 OG, welche auch keiner Spezialverwaltungsgerichtsbarkeit unterstellt sind, findet eine ausschliesslich verwaltungsinterne Rechtspflege statt.

10 Ein weitere bedeutsame Einschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes im Bund ergibt sich aus der Tatsache, dass die Verwaltungsrechtspflege auf den *Verfügungsbegriff des Art. 5 VwVG eingeengt ist*²³. Ausserhalb des Verfügungsbegriffes findet grundsätzlich keine Gerichtspflege in Anfechtungsstreitsachen /8 statt²⁴; so sind etwa Realakte als solche nicht anfechtbar²⁵. Die Submissionsverfahren illustrieren diese Problematik. Im Bund und in vielen Kantonen werden die Zuschläge als *privatrechtliche Willenserklärungen* und nicht als anfechtbare Verfügungen betrachtet²⁶. Deshalb ist gegen sie bloss der Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde gegeben²⁷. Einige Kantone behandeln aber den Zuschlag im Sinne der Zweistufentheorie als anfechtbare Verfügung²⁸, an die ein Verwaltungs(-justiz-)verfahren anschliesst.

²¹ Vgl. N. 18/4 ff.

²² Vgl. Art. 71a ff VwVG. Beispiel: Art. 100 lit. q OG, wo z.B. die Rekurskommission für die Stiftung Pro Helvetia zuständig ist; vgl. N. 18/41 zu Nationalfonds-Beiträgen und Pro-Helvetia-Stipendien.

²³ Vgl. Manfrini, Contentieux 409; Hänni, Klage 173; Gygi, Verwaltungsrecht 124; Giacomini Sergio, Vom "Jagdmachen auf Verfügungen", ZBl 1993 237 ff.; Saladin Peter, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR 1975 II 313 ff.; Fleiner, Staatslehre 97; Fleiner, Verwaltungsrecht 217 f.; Jost, Rechtsschutz, 576 f.; Richli, Regelungsdefizit 198; Görlitz, Funktionen 77, 82 zur älteren, hierin übereinstimmenden deutschen Rechtslage. Siehe eine Ausnahme in N. 5/4.

²⁴ Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 30; Richli, Regelungsdefizit 198; Jost, Rechtsschutz 576 f.; Hänni, Klage 173.

²⁵ Vgl. zu den Rechtsschutzmöglichkeiten: Plattner-Steinmann Roland, Tatsächliches Verwaltungshandeln, Diss. Basel, Zürich 1988, S. 173 ff.

²⁶ Siehe den Überblick über die Rechtsschutzverfahren: Clerc Evelyne/Michel Nicolas, La protection juridique des soumissionnaires dans le droit et la pratique des cantons, Baurecht 1993 31 ff.

²⁷ Vgl. BGE 115 Ia 78, 106 Ia 325 f., 103 Ib 157 m.w.H.; VPB 1981 Nr. 61, 1980 Nr. 88 (vgl. zur Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde BGE 115 Ia 78 f.).

²⁸ Vgl. z.B. Praxis des Verwaltungsgerichts Graubünden 1982 Nr. 6, BVR 1983 352; GVP 1952 Nr. 52 (erfolgreiche Minderheitenbeschwerde); Rhinow/Krähenmann, Ergän

Einige Verfahrensordnungen schliessen, unabhängig von der verfahrensrechtlichen Einordnung des Zuschlages, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus²⁹. Das geplante Binnenmarktgesetz möchte den Rechtsschutz verbessern, indem Beschränkungen des freien Zugangs zu Markt in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind³⁰. Das Sekundärrecht der Europäischen Union fordert im Submissionswesen einen gerichtlichen Rechtsschutz³¹.

11 Diese *Lücken im Gerichtszugang* werden allerdings durch einige wichtige prozessuale Mittel relativiert. So können beim Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses *Feststellungsverfügungen* erlassen werden³². Ausserdem ist in gewissen Materien, bei denen nicht verfügt werden kann, die *verwaltungsrechtliche Klage* an das Bundesgericht oder an eine Schiedskommission möglich. Die *Staatshaftung* für rechtswidrig zugefügten Schaden ist auf dem Weg der verwaltungsrechtlichen Klage beim Bundesgericht geltend zu machen³³. Die /9 Staatshaftungsklage kann zwar den fraglichen Realakt nicht mehr ungeschehen machen und aufheben, sie bietet gleichwohl einen gewissen Schutz gegen staatliches Realhandeln. So kann das Gemeinwesen etwa bei seiner Informationstätigkeit der Öffentlichkeit zur Rechenschaft gezogen werden und hat dadurch bewirkte Schäden zu ersetzen, wenn die Voraussetzungen der Staatshaftung gegeben sind³⁴. Freilich kann die Informationstätigkeit an und für sich von den Betroffenen nicht gerichtlich angefochten werden³⁵; diese haben nicht einmal ein Anhörungsrecht³⁶. Die Staatshaftung ist allerdings wegen der immer

zungsband 151 f.; Manfrini, Contentieux 416 je m.w.H.

²⁹ Vgl. z.B. Art. 106 Abs. 1 lit. i VRP GL; Art. 75 lit. c VRP VS; Art. 162 lit. e CPA JU; Art. 115 Abs. 1 lit. e VRP FR.

³⁰ Vgl. den Entwurf in der Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23.11.1994, BBl 1995 I 1213 ff, insb. S. 1288 ff.

³¹ Vgl. N. 12/1.

³² Vgl. Art. 25 VwVG; vgl. zu den Voraussetzungen BGE 112 V 84 und zum schutzwürdigen Interesse, das weit gefasst wird BGE 114 V 201.

³³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 VG i.V.m. Art. 116 lit. c OG; die verwaltungsrechtliche Klage gemäss Art. 116 OG ist aber massiv eingeschränkt worden, vgl. Schweizer, Verträge 319 f.

³⁴ Beispiele: BGE 118 Ib 473 (Informationen betreffend Listeriosebakterien); siehe auch den anschaulichen Fall B 9486/81, Karl Adler, DR 46, 36 betreffend schädigende Informationen des Eidg. Finanzdepartements.

³⁵ Vgl. Manfrini, Contentieux 413; Richli, Regelungsdefizit 196 ff.; Hänni, Klage 174.

³⁶ BGE 118 Ib 478.

noch geltenden Schutznormtheorie in der Praxis wenig wirksam³⁷. In Hinblick auf *Verfügungen* bestimmen Art. 12 VG und fast alle kantonalen Haftungsgesetze, dass die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen im Verantwortlichkeitsverfahren nicht überprüft werden kann. Damit wird die Staatshaftung in einem besonders wichtigen Bereich faktisch zurückgenommen. Der durch die Staatshaftung an sich denkbare finanziell-kompensatorische Gerichtsschutz³⁸ kann sich wegen dieser fragwürdigen und von der Lehre stark kritisierten Regelung nicht entfalten³⁹.

12 Diese Ausführungen machen deutlich, dass trotz des grundsätzlich gut ausgebauten gerichtlichen Rechtsschutzes im *Bund* beachtliche Lücken bestehen. Eine allgemeine Rechtsweggarantie hätte daher einen erheblichen Anwendungsbereich.

13 In den *Kantonen* zeigt sich die Problematik in entsprechender Weise, jedoch ist die Palette der vorhandenen Rechtsschutzverfahren vielfältiger. Die meisten Kantone kennen auch für den Bereich der kantonalen Verwaltungsrechtspflege Verwaltungsgerichte mit genereller Zuständigkeit. Wie im Bund sind bei diesem System aber oft Ausnahmen festgelegt, die den Zugang zum **/10** Verwaltungsgericht ausschliessen⁴⁰. Vereinzelt wird das System der Enumeration mit Teilgeneralklauseln verwendet⁴¹. Der Zugang zu einem Verwaltungsgericht ist also in vielen Kantonen noch nicht umfassend gewährleistet; die praktische Bedeutung eines allgemeinen Gerichtsschutzes gegen Akte der Verwaltung wäre also ebenfalls gross. Die stets mögliche staatsrechtliche Beschwerde gegen letztinstanzliche, kantonale Akte vermag diesen Mangel wegen der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts immerhin teilweise zu heilen⁴². Die staatsrechtliche Beschwerde hat den fehlenden

³⁷ BGE 118 Ib 476; Bundesgericht v. 23.2.1993, X. gegen Kanton Luzern, E. 3 a), AJP 1993 91 ff. und Besprechung von Andreas Kley-Struller, Ziff. 2 und 7.

³⁸ Vgl. Debbasch, Contentieux 74.

³⁹ Vgl. Eichenberger, Unabhängigkeit 256 Anm. 1; Schweizer, Gerichte 729 f. (aus europäischer Sicht); Schön Franz, Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz, Diss. Basel 1979, S. 223 ff., insb. S. 224 m.w.H.; Jost, Rechtsschutz 477; Andreas Kley-Struller, Besprechung des Bundesgerichtsurteils vom 22.3.1993, AJP 1994 91 ff., Ziff. 4; besonders krass ist der Sachverhalt des Urteils BGE 119 Ib 208.

⁴⁰ Vgl. N. 18/4.

⁴¹ Vgl. Schweizer, Weg 196.

⁴² Vgl. N. 7/31.

Verwaltungsgerichtsschutz in den Kantonen in einem nicht zu vernachlässigenden Umfang kompensiert und einen *grundsätzlichen Zugang zum Staatsgerichtshof garantiert*⁴³. Eine gewisse, zusätzliche Kompensation ist - wie im Bund - durch die verwaltungsrechtliche Klage gegeben.

14 Wie im Bund knüpfen die Kantone die Verwaltungsrechtspflege regelmässig an den Verfügungsbegriff; auch hier limitiert dieser den Gerichtszugang⁴⁴. In einzelnen Kantonen bestehen indessen interessante Ersatz-Rechtsmittel, so vor allem die sog. *Rechtsverweigerungsbeschwerde*⁴⁵. Diese ist insbesondere auch gegen *Realakte* zulässig. Mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde kann Rechtsverweigerung, Missbrauch der Amtsgewalt und Willkür gerügt werden. Eine ähnliche, aber weniger effektive kompensatorische Wirkung kann auch vom *Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde* ausgehen⁴⁶.

IV. Aktualität des Themas

15 Die Kompetenz der dritten Gewalt ist in den letzten Jahren zunehmend in den Vordergrund gerückt. Anlass dazu gaben praktische Problemstellungen:

a) Lehre und Praxis haben vielfach für *heikle Sektoren einen gerichtlichen /11 Rechtsschutz* gefordert, weil das betreffende Rechtsgebiet zu empfindlichen Einschränkungen der persönlichen Freiheitssphäre führen kann. Hier ist an die berechtigterweise erhobene Forderung nach gerichtlichem Rechtsschutz im Datenschutzrecht oder im Asylrecht zu denken⁴⁷.

⁴³ Vgl. N. 7/1 ff.

⁴⁴ Vgl. N. 1/10. Im einzelnen wird der Begriff des Verwaltungsaktes ausgeweitet, und das Rechtsschutzanliegen wird höher gewertet als formelle Bedenken, vgl. Stähelin, Verwaltungsgerichtsbarkeit 37.

⁴⁵ Vgl. Art. 87 VRP GL; Art. 88 VRP SG.

⁴⁶ Vgl. z.B. Häfelin/Müller, Verwaltungsrecht 305 f.; GVP 1977 Nr. 73 betreffend Submissionsvergebung, vgl. N. 1/10.

⁴⁷ Vgl. N. 17/39.

b) Die *OG-Revision vom Herbst 1991*⁴⁸ richtet für die Bundesverwaltungsrechtspflege grundsätzlich eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit ein. Vorinstanzen sind entweder die durch Art. 98a OG vorgeschriebenen kantonalen Verwaltungsgerichte oder die Spezialverwaltungsgerichte des Bundes. Diese wichtige Revision führt gewissermassen zu einer rechtsstaatlichen Schieflage⁴⁹, indem im Ausnahmebereich der Art. 99-101 OG oft eine bloss verwaltungsinterne Rechtspflege vorgesehen ist. Dies ergibt eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit einerseits und eine ganz fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits. Das rechtsstaatliche Gleichgewicht könnte durch die Beseitigung des Ausnahmekataloges wiederhergestellt werden.

c) Die erste Version der OG-Revision sah ein Vorprüfungsverfahren zur staatsrechtlichen Beschwerde vor, welche es dem Bundesgericht erlaubt hätte, eine Beschwerde mangels Erheblichkeit zurückzuweisen. Die Mehrheit der Lehre sah darin die Rechtsweggarantie des Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV verletzt an. Zudem wäre dadurch die staatsrechtliche Beschwerde als ein wichtiger Pfeiler eines gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber kantonalen Akten ausgehöhlt worden⁵⁰.

d) Die Strassburger Organe unterwerfen zusehends öffentlichrechtlich geregelte Gebiete dem Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie des Art. 6 EMRK. Die aktuelle Rechtsprechung der Konventionsorgane ist in der Schweizer Rechtspraxis unmittelbar zu befolgen, denn die entsprechenden auslegenden Erklärungen und Vorbehalte zu Art. 6 Abs. 1 EMRK haben sich als ungültig erwiesen⁵¹. Auch der Menschenrechts-Ausschuss der UNO legt sein Augenmerk vermehrt auf den gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Exekutive⁵² /12.

⁴⁸ Vgl. AS 1992 288.

⁴⁹ Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 102.

⁵⁰ Vgl. N. 7/9 ff.

⁵¹ Vgl. N. 10/3.

⁵² Vgl. N. 10/35 ff.

V. Konzept des effektiven Rechtsschutzes

16 Jeder Rechtsweggarantie sind besondere Verfahrensrechte immanent, die sie erst *effektiv* machen. Diese zusätzlichen Verfahrensgarantien können allerdings nicht abstrakt hergeleitet werden, denn sie hängen vom gesamten Rechtsschutzsystem und den übrigen Verfahrensgarantien ab⁵³.

17 Eine Garantie des gewissermassen "reinen" Gerichtszugangs gewährleistet wenig, denn der blosser Gerichtszugang allein bürgt für keine effektive und umfassende Prüfung der Streitsache. Vielmehr muss der Gerichtszugang von entsprechenden Verfahrensgarantien und einer wirklichen Prüfung begleitet sein. Es ist deshalb kein Zufall, dass die relativ umfassende Rechtsweggarantie des Art. 6 Abs. 1 EMRK *gleichzeitig* eine Reihe weiterer wichtiger Prozessgrundsätze enthält (z.B. Öffentlichkeit, angemessene Verfahrensdauer, prozessuales Armenrecht usw.). Diese Sachlage ist bei allen *effektiven* Rechtsweggarantien gegeben; der Gerichtszugang ist nur der Kern, der von einem Mantel *weiterer Verfahrensrechte* umgeben ist⁵⁴.

18 *Effektivität*⁵⁵ bedeutet, dass der einzelne nicht einfach ein formales Recht und die theoretische Möglichkeit hat, das betreffende Gericht anzurufen. Vielmehr hat der einzelne einen substantiellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle der Rechts- und Tatsachenfragen. Dabei darf der Gesetzgeber den Zugang zum Gericht weder in grundsätzlicher Weise ausschliessen noch in unzumutbarer Weise erschweren oder behindern. Im Ergebnis muss der einzelne mit dem gerichtlichen Verfahren seine Rechte unter Beachtung der prozessrechtlichen Voraussetzungen durchsetzen können.

⁵³ Vgl. Lorenz, Gebot 393.

⁵⁴ Vgl. zu Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV: N. 7/17 ff.; zu Art. 6 Abs. 1 EMRK: N. 10/2; zu Art. 5 Abs. 4 EMRK: N. 11/27.

⁵⁵ Vgl. das deutsche Bundesverfassungsgericht zu Art. 19 Abs. 4 GG: BVerfGE 10, 268; 35, 274; 40, 275; 44, 305; 49, 257; 51, 156; 67, 62; vgl. Haag, Rechtsschutz 7 ff.; Fiedler Wilfried, Effektiver Rechtsschutz durch die Exekutive? In: Ress, Entwicklungstendenzen 315 ff., insb. S. 331 ff.; vgl. auch Schweizer, Gerichte 649 zum Effizienzgebot in der EU.

Legitimation, vorsorgliche Massnahmen, Fristbestimmungen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, prozessuales Armenrecht und weitere verfahrensrechtliche Vorschriften müssen mit dem Effektivitätsgrundsatz bzw. besonderen Verfahrensgrundrechten vereinbar sein. Dies lässt sich nicht rein /13 schematisch prüfen, sondern muss individuell im Hinblick auf die strittige prozessrechtliche Vorschrift erfolgen.

19 Die Budgetbehörde hat die Gerichte mit den hinreichenden, erforderlichen sachlichen und personellen Mitteln auszustatten⁵⁶. Die Gerichte müssen in der Lage sein, den Rechtsschutz innert *nützlicher Frist zu gewähren* und die Parteien in einem geordneten Verfahren fair und chancengleich zu behandeln.

VI. Abgrenzungen

20 Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist *der grundsätzliche und sachliche Umfang der Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die öffentliche Verwaltung*. In welchen Bereichen hat der einzelne grundsätzlich einen grundrechtlichen Anspruch auf gerichtliche Rechtsschutzgewährung gegen Handlungen der Verwaltung, namentlich Verfügungen? Wie lässt sich ein derartiger Anspruch auf Rechtsschutz begründen?

Die Untersuchung orientiert sich nicht nur am positiven Recht, sondern sie versucht, die methodologische und funktionalrechtliche Fundierung eines allgemeinen gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Exekutive nachzuweisen.

21 Nach dieser Themenstellung können die folgenden Bereiche nicht eigens behandelt werden:

a) Der Gerichtsschutz gegen die Exekutive umfasst nicht die Entscheidung von *Streitigkeiten zwischen Trägern der öffentlichen Gewalt*, wie sie etwa Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 BV vorsehen. In solchen Verfahren geht es nicht um den Schutz der Individuen gegen Handlungen der Exekutive.

⁵⁶ BGE 107 Ib 166, 119 III 2 f. m.w.H.

b) Nach dem Konzept des *Individualrechtsschutzes* müssen *rechtssetzende Akte* der Exekutive als solche nicht angefochten werden können⁵⁷. Dies ist des- / 14 halb wenig problematisch, weil die ergehenden Anwendungsakte stets nachprüfbar sind⁵⁸.

c) *Akte von Gerichten* fallen nicht in die vorliegende Themenstellung. In diesem Falle vermöchte nur eine *Garantie des gerichtlichen Instanzenzuges* einen weitergehenden Schutz zu geben⁵⁹. Das ist aber nicht Thema dieser Arbeit. Ebenso handelt diese Untersuchung nur am Rande vom zu gewährenden Rechtsschutz gegen *Einzelakte des Parlamentes* (z.B. Konzessionserteilung) und von den allenfalls daran anschliessenden Volksentscheiden⁶⁰.

22 Eine bloss beschränkte Behandlung erfahren die folgenden, eng damit zusammenhängenden Themenbereiche:

a) Die vorliegende Untersuchung wird zeigen, dass *Art. 6 Abs. 1 EMRK* in einem weiten Umfang einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz garantiert.

⁵⁷ Vgl. Art. 99 lit. a und Art. 129 Abs. 1 lit. a (Genehmigung von Erlassen, z.B. nach Art. 7a VwOG; Art. 99 lit. b und Art. 129 Abs. 1 lit. b (soweit es sich um behördliche Tarife handelt), vgl. BGE 116 V 113 (Krankenkassentarif). Die Tarife sind deshalb unüberprüfbar, weil es sich um quasi gesetzgeberische Akte handelt. Art. 129 Abs. 1 lit. d OG (interne Weisungen, Verwaltungsverordnungen). Die in Art. 99 lit. c OG erwähnten Pläne kann man entsprechend der Rechtsprechung zur ihrer Rechtsnatur zumindest in gewissen Konstellationen als rechtssetzende Akte ansehen (vgl. Imboden/ Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 11 und Rhinow/Krähenmann, Ergänzungsband Nr. 11, S. 27). Soweit sie jedoch eine Summe von Einzelverfügungen darstellen, wäre ein Gerichtsschutz aus systemimmanenten Gründen jedenfalls nicht auszuschliessen. Einzelne Kantone kennen zwar entsprechende Ausschlussgründe: Art. 31 lit. b LPJA NE (Tarife), Art. 77 Abs. 1 lit. c (u.a. Erlasse) und lit. d VRP BE (u.a. Tarife), aber etliche Kantone haben die Einrichtung eines gerichtlichen, abstrakten Normenkontrollverfahrens gegen Verordnungen, vgl. zu diesem in dieser Arbeit nicht behandelten Aspekt Fehlmann-Leutwyler Monika, Die prinzipale Normenkontrolle nach aargauischem Recht, Diss. Zürich, Aarau 1988, S. 12 ff. m.H. auf weitere Kantone.

⁵⁸ Vgl. z.B. BGE 116 V 133.

⁵⁹ In Praxis und Literatur hat sich die feststehende Aussage eingebürgert, wonach die Rechtsweggarantie keinen Rechtsmittelzug garantiere, vgl. Papier, Rechtsschutzgarantie 1239 f. und vgl. N. 10/34 und 11/17.

⁶⁰ Vgl. N. 18/22 ff.

Diese wichtigste Bestimmung der Menschenrechtskonvention kann indes nicht erschöpfend behandelt werden⁶¹.

b) Es bleibt zu beachten, dass etliche europäische Verfassungen eine *relativ allgemeine* Rechtsweggarantie im öffentlichen Recht statuieren⁶² und dass der Gerichtsschutz gegen die Exekutive in der Europäischen Union einen /15 ungeschriebenen Rechtsgrundsatz darstellt⁶³. Gleichwohl soll hier keine *rechtsvergleichende Untersuchung* stattfinden, da darüber etliche, zum Teil neuere Publikationen vorliegen⁶⁴.

c) Die *Verfassungsgerichtsbarkeit* gehört ebenfalls nur beschränkt zur vorliegenden Themenstellung, obwohl auch sie gerade bei Akten der Exekutive wichtige Gerichtsschutzfunktionen erfüllen kann⁶⁵. Im schweizerischen Rechtssystem übernimmt freilich die staatsrechtliche Beschwerde eine derart zentrale Funktion als Rechtsschutzmittel gegen die kantonalen Exekutiven, dass deren Grundlagen, namentlich Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, hier nicht ausgeblendet werden können. Die in den letzten Jahren zunehmend diskutierten Fragen betreffend eine allfällige Aufhebung der Art. 113 Abs. 3 und 114bis Abs. 3 BV können im vorliegenden Zusammenhang freilich nicht behandelt werden⁶⁶.

⁶¹ Vgl. N. 10/1 ff.

⁶² Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 1 Griechischen Verfassung v. 9.6.1975, Text, Kimmel, Verfassungen 118 ff.; Art. 24 Abs. 1 und 113 Abs. 1 Italienische Verfassung v. 27.12.1947, Text: Kimmel, Verfassungen 207 ff.; Art. 20 Abs. 2 Portugiesische Verfassung v. 2.4.1976, Text: Kimmel, Verfassungen 280 ff.; Art. 24 Abs. 1 Spanische Verfassung v. 29.12.1978, Text: Kimmel, Verfassungen 367 ff.; § 63 Abs. 1 Dänische Verfassung v. 5.6.1953, Text: Kimmel, Verfassungen 29 ff.; Art. 92 und 93 belgVerf; vgl. Schwarze, Verwaltungsrecht z.B. 104, 119 f., 128, 185; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 96 Anm. 4.

⁶³ Vgl. N. 12/2.

⁶⁴ Siehe die nahezu universelle Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Band 52 seiner Beiträge: Gerichtsschutz gegen Exekutive (3 Teilbände); Debbasch, Administration; Schwarze, Verwaltungsrecht z.B. 119 f., 104 f., 128, 185; Frowein, Rechtsschutz; Schwarze/Schmidt-Assmann, Ausmass; Schwartz/Wade, Control; Auby/Fromont, Recours; Galeotti, Control.

⁶⁵ Vgl. N. 20/3.

⁶⁶ Vgl. zuletzt dazu: Schweizer, Gerichte 730 ff. m.w.H.; Hangartner, Völkerrecht 652 ff. m.w.H.; vgl. N. 20/8.

d) Rechtsweggarantie und *Verfahrensrecht* stehen in einer eigentümlichen Wechselwirkung zueinander. Das Verfahrensrecht gestaltet notwendigerweise den Zugang zu den Gerichten näher. Es bestimmt die Formen des Verkehrs zwischen einzelnen und Staat, legt Fristen fest, regelt die amtlichen und ausseramtlichen Kosten⁶⁷ usw. Solche Regelungen beschränken immer auch den Gerichtszugang. Im Rahmen dieser Arbeit können die einzelnen prozessrechtlichen Institute, die den Rechtsweg als institutionelle Garantie gestalten, sowie namentlich die limitierende Funktion des Verfügungsbegriffs, nicht umfassend dargestellt werden. Das einfachgesetzliche Prozessrecht, das den Zugang zu den Gerichten realisiert oder verweigert, ist nur insoweit Gegenstand dieser Überlegungen, als die grundsätzliche Fragestellung unmittelbar mitbetroffen ist.

23 Die Kriterien *richterlicher Unabhängigkeit* können selbstverständlich nicht /16 behandelt werden; vielmehr sind die entsprechenden Begriffsbestimmungen und Untersuchungen vorauszusetzen⁶⁸.

VII. Gesamtüberblick

24 Eine Rechtsschutzgarantie muss nicht notwendigerweise als solche in der Verfassung normiert sein. Ein hinreichender gerichtlicher Rechtsschutz könnte sich nämlich auch aus Grundprinzipien der schweizerischen Verfassungsordnung (Rechtsstaatsprinzip, Verfahrensgarantien, Grundrechte, Gewaltenteilung und Legalitätsprinzip) ergeben (vgl. §§ 2-6). Handelt es sich hierbei um eigentliche "Dogmen", welche einen bestimmten normativen Inhalt und u.a. eine allgemeine Rechtsweggarantie aufweisen?

25 Insbesondere ist auf die praktisch bedeutsame Frage einzugehen, wieweit ein gerichtlicher Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung als verfassungsmässiges oder konventionelles Recht garantiert ist. Die Bun-

⁶⁷ Einen wichtigen verfahrensrechtlichen Aspekt habe ich andernorts behandelt: Kley Struller Andreas, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, AJP 1995 179 ff.

⁶⁸ Vgl. Eichenberger, Unabhängigkeit 23 ff.; Schweizer, Gerichte 687 ff.

desverfassung hält bei der Verletzung verfassungsmässiger Rechte mit der staatsrechtlichen Beschwerde den praktisch äusserst wichtigen (Rechts-) Weg an das Bundesgericht offen (vgl. § 7). Ferner ist zu prüfen, ob Art. 58 BV eine Rechtsschutzgarantie beinhaltet (vgl. § 8). Besonders interessant ist die Frage, in welcher Weise die neuen Kantonsverfassungen dem Bedürfnis nach vermehrtem Rechtsschutz Rechnung tragen (vgl. § 9). Im Zusammenhang mit den rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien spielt die Europäische Menschenrechtskonvention und (etwas weniger wichtig) der Weltpakt für bürgerliche und politische Rechte eine hervorragende Rolle, deren Art. 6 Abs. 1 (vgl. § 10) und 5 Abs. 4 (vgl. § 11) für bestimmte Sachgebiete eine richterliche Kontrolle zusichern. In einem Exkurs wird schliesslich auf den Rechtsschutz in der Europäischen Union eingegangen (vgl. § 12).

26 Enthalten die Grundprinzipien der schweizerischen Verfassungsordnung keinen Gerichtsschutz gegen die Exekutive, so sind methodische Überlegungen bezüglich den Charakter der exekutivischen Rechtsanwendung und der Rechtsprechung unumgänglich. Es ist darzulegen, was Rechtsanwendung bedeutet und welcher Spielraum eigener Wertentscheidungen den rechts- /17 anwendenden Instanzen zukommt. Hierbei liefern die juristische Hermeneutik, die analytische Sprachphilosophie, die Ethnomethodologie und die Politikwissenschaft wertvolle Gesichtspunkte (vgl. §§ 13-16). Gehalt und Bedeutung des Auslegungsvorganges müssen klargestellt werden, wenn den Gerichten eine verfassungsmässige, institutionelle Garantie auf Rechtsprechung zuerkannt wird. Das macht erst deutlich, welche Funktion eine Garantie richterlicher Rechtsprechung erlangen kann. Denn es geht darum, dieses Ergebnis in einem funktionalrechtlichen Ansatz zu verwerten. Ist es grundsätzlich notwendig, die Verwaltungsrechtsprechung generell den Gerichten zuzuweisen (vgl. § 17)? Nach der grundsätzlichen Beantwortung dieser Frage ist schliesslich zu prüfen, in welchem sachlichen Umfang dies zu geschehen hat (vgl. § 18). Denn kein Staat normiert eine absolut allgemeine Rechtsweggarantie in dem Sinne, dass *jede Streitigkeit* vor einen Richter gebracht werden kann. Schliesslich ist die Frage wesentlich, inwieweit besondere Institutionen, z.B. das Demokratieprinzip oder die Ombudsperson, selbst für Rechtsschutz sorgen und insofern den Gerichtsschutz ersetzen können (vgl. § 19). Das Ergebnis ist schliesslich verfassungsrechtlich festzumachen: Bedarf die Rechtsschutzgarantie einer Verankerung als Grundrecht (vgl. § 20)?

27 Die Resultate der Untersuchung münden schliesslich in konkrete konzeptionelle Postulate betreffend eine totalrevidierte Bundesverfassung (vgl. §§ 21-23). Dabei ist von wesentlichem Interesse, ob das Verfahren vor den "Promotoren" für den menschenrechtlich eingeräumten Gerichtsschutz gegen die Exekutive, den internationalen Rechtsprechungsorganen der Europäischen Menschenrechtskonvention, zu ändern ist (vgl. § 24).

Teil II
Rechtsstaatliche Vorgaben

§ 2. Rechtsstaatliche Notwendigkeit einer Rechtsschutzgarantie?

I. Entstehung und Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips

1 Die Geschichte des Rechtsstaates ist eine bis ins Altertum zurückreichende Ideen- und Institutionengeschichte⁶⁹. Im Hochmittelalter war der Schutz vor Willkür, die Errichtung einer kollektiven Friedensordnung im Land⁷⁰ und der gerechte Ausgleich zwischen Streitparteien ein zentrales Anliegen. Das Bedürfnis nach Frieden vergrösserte sich mit der Reformation und den darauffolgenden konfessionellen Wirren noch erheblich.

2 Die Einrichtung einer Friedensordnung war das Ziel der *Landfriedensbewegung*. Das Fehderecht wurde territorial und zeitlich eingeschränkt. Als "Ersatz" dafür entstand eine funktionsfähige Gerichtsbarkeit⁷¹. Landfriedensbündnisse sorgten für eine territoriale Ausdehnung der Friedensordnung, denn "Frieden in der Gemeinschaft (...) ist das grosse praktische Princip des alten Rechts"⁷². Der Landfriedensbund der drei Waldstätte von 1291 errichtete unter anderem auch eine institutionelle Absicherung der Friedensordnung. Streitigkeiten mussten von einer *unabhängigen Person in einem gerechten Verfahren* erledigt werden:

"(10) Ausserdem soll jeder seinem Richter gehorchen und, falls es notwendig sein sollte, innerhalb (des Tales) denjenigen Richter bezeichnen, *vor welchem er Recht zu nehmen hat*. Und wenn sich einer gegen einen Richterspruch auflehnt und wegen seiner Hartnäckigkeit einer unter den Eidgenossen zu Schaden kommen

⁶⁹ Vgl. Stern, Staatsrecht I 768 und Anm. 24 m.w.H.

⁷⁰ Vgl. Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 992 f.,

⁷¹ Vgl. Kley-Struller Anna, Wiedergutmachung im Strafrecht, Bern/Berlin usw. 1993, S. 10.

⁷² Pfenninger Heinrich, Das Strafrecht der Schweiz, Berlin 1890, S. 18 f.

sollte, so haben sämtliche Verbündete den betreffenden Fehlbaren zur Leistung von Schadenersatz anzuhalten"⁷³.

3 In zahlreichen weiteren Landfriedensordnungen /22 fanden sich entsprechende Abmachungen⁷⁴. Selbstverständlich lagen bei diesen Landfriedensordnungen nicht einmal ansatzweise Anfänge einer Art Verwaltungsgerichtsbarkeit vor, da von einer staatlichen Organisation im heutigen Sinne nicht gesprochen werden kann⁷⁵. Auch ging es nicht um "Individualrechtsschutz"⁷⁶; vielmehr sollte das Kollektiv in einer von Kriegen und Gewalttätigkeiten freien Ordnung leben können. Entscheidend war aus institutioneller Sicht, dass diese Zeit den Archetypus des *Richters und Schlichters* hervorbrachte: Diejenige unabhängige Person, welche Streitigkeiten schlichtet oder nach Gerechtigkeit, Billigkeit und Recht entscheidet, aber selber am Ausgang des Verfahrens kein persönliches Interesse hat⁷⁷.

4 Das 18. Jahrhundert konnte an die *Person des Richters* anknüpfen und sie mit spezifischen Aufgaben betrauen. Zudem war das Ziel der mittelalterlichen Gesellschaft auch für den entstehenden Nationalstaat des 19. Jahrhunderts von zentraler Bedeutung. Die Errichtung einer allgemein verbindlichen Rechtsordnung mit den zugehörigen Verfahren zur Erzeugung und Durchsetzung des Rechts sollte den Frieden gewährleisten⁷⁸.

⁷³ Text: Nabholz/Kläui, Quellenbuch 4.

⁷⁴ Vgl. den eindrücklichen Ewigen Bund der drei Waldstätte vom 9.12.1315 (Nabholz/Kläui, Quellenbuch 5 ff.), der festhält, dass die Besten und Witzigsten Streitigkeiten schlichten sollen (Ziff. 8); Ewiger Bund der Stadt Luzern mit den drei Waldstätten vom 7.11.1332, Text: Nabholz/Kläui, Quellenbuch 8 ff. (Ziff. 4).

⁷⁵ Zumindest missverständlich Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 992 der bereits in diesem Zusammenhang einen "Schutz vor staatlicher Willkür" sieht.

⁷⁶ Vgl. N. 17/3 ff.

⁷⁷ Vgl. Imboden, Gewaltentrennung 116; Eichenberger, Unabhängigkeit 22 f.; Friedrich, Verfassungsstaat 210.

⁷⁸ Vor diesem historischen Hintergrund hat Hans Huber die staatsrechtliche Beschwerde mit einer gewissen Berechtigung als "formalisiertes Widerstandsrecht" bezeichnet, vgl. N. 7/6.

5 Der Begriff "Rechtsstaat" ist spezifisch deutschen Ursprungs⁷⁹. Deutsche Philosophen haben den *Begriff "Rechtsstaat"* geprägt und in ganz *unterschiedlichem Sinn* gebraucht; so ist namentlich an die Theorien von Immanuel Kant (1724-1804), Wilhelm von Humboldt (1767-1835), Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) oder Robert von Mohl (1799-1875) zu erinnern⁸⁰. Letzterer hat wohl den Begriff in die Staatsrechtswissenschaft eingeführt⁸¹, wenn er auch einräumt, den Begriff vorgefunden zu haben. Bleibenden Gehalt gaben dem Rechtsstaatsbegriff Rudolf Gneist (1816- /23 1895)⁸² und Otto Bähr (1817-1895)^{83,84}. Beide forderten die Geltung des Legalitätsprinzips im öffentlichen Recht und dessen Kontrolle durch unabhängige Gerichte. Damit wurde die Idee des *Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt*, die sich etwa in Frankreich oder England bereits organisch entwickelt hatte, selbst zum Thema erhoben. Im folgenden wird lediglich Bähr behandelt, weil seine rechtstheoretischen Überlegungen im Zusammenhang mit dieser Untersuchung weiter tragen als die heute nicht mehr aktuellen historischen Argumente von Gneist.

6 Bähr verlangte, "dass der Staat das Recht zur Grundbedingung seines Daseins erhebe; dass alles in ihm rege Leben ... in den Grundangeln des Rechts sich bewege"⁸⁵. Ein *erster, wesentlicher Grundsatz des Rechtsstaates bildet also die Gesetzmässigkeit der Verwaltung*. In der Rechtsanwendung wird das Gemeinwohl jedoch sehr häufig mit privaten Interessen kollidieren; es stellt sich die Frage, ob die Verwaltung gesetzeskonform gehandelt hat. Um die Gefahr einer gesetzwidrigen Verwaltung zu verhindern, fordert Bähr die Trennung von Verwaltung und Justiz. Erstere soll einer unabhängigen

⁷⁹ Vgl. Stern, Staatsrecht I 764 f.; Galeotti, Control 238. Er kann nur ungenau mit "Rule of Law" oder "État de droit" übersetzt werden, vgl. zum "Rechtsstaat" in der EMRK N. 2/25 ff.

⁸⁰ Vgl. eingehend Garzoni, Rechtsstaatsidee 74 ff.

⁸¹ Vgl. Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 1. Theil, 1829, S. 8; vgl. weitere Hinweise bei Stern, Staatsrecht I 769 Anm. 30.

⁸² Der Rechtsstaat, 1. A., 1872; 2. A. Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, 1879.

⁸³ Der Rechtsstaat, 1864.

⁸⁴ Die beiden Autoren waren selbstverständlich nicht die ersten; ihre Terminologie hatte sich jedoch in der Gesetzgebung durchgesetzt, vgl. zu Robert v. Mohl, Hangartner, Staatsrecht I 26; zu Fr. J. v. Stahl, vgl. Garzoni, Rechtsstaatsidee 88 m.w.H.

⁸⁵ Bähr, Rechtsstaat 2.

Rechtsprechung unterworfen werden. Diese *Verwaltungsgerichtsbarkeit* hält Bähr für die wesentliche Bedingung des Rechtsstaates. Denn die Frage, "was Inhalt (Vorschrift) des Gesetzes (*jus in thesi*) sei, niemals eine Verwaltungs- (Zweckmässigkeits-) Frage sei, sondern stets eine Rechtsfrage"⁸⁶. Die Rechtsprechung im öffentlichen Recht dürfe nicht von der Verwaltung selbst und auch nicht von verwaltungsabhängigen Gremien ausgeübt werden, weil eine solche Behörde als "Richter in eigener Sache" handeln würde. Bähr liess sich bei seinen Überlegungen im wesentlichen von privatrechtlichen Rechtsschutzvorstellungen leiten, die er auf das öffentliche Recht übertragen wissen wollte⁸⁷. Er hat daher eine Verwaltungsrechtsprechung durch unabhängige Gerichte gefordert⁸⁸. Dieser Rechtsstaatsbegriff im *formalen* Sinne⁸⁹ ist also /24 unmittelbar mit der Forderung nach einer allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit verbunden.

7 Fritz Fleiner hielt die schweizerische Eidgenossenschaft infolge der fehlenden Verwaltungsgerichtsbarkeit *nicht* für einen Rechtsstaat⁹⁰. Fleiners Urteil klingt für heutige Ohren deshalb so hart, weil der aktuelle Rechtsstaatsbegriff einen zweiten Gehalt aufweist. Der bloss formal-institutionelle Rechtsstaat sichert die Geltung des Legalitätsprinzips und die Bindung der Verwaltung an das Recht; eine inhaltlich gerechte und freiheitliche Rechtsordnung garantiert er aber nicht zwingend. Dafür sollte die in der französischen und amerikanischen Revolution erhobene Forderung nach "natürlichen, unveräusserlichen und geheiligten Menschenrechten"⁹¹ sorgen. Die französische Revolution und die liberale Bewegung wollten den

⁸⁶ Bähr, Rechtsstat 58 f.

⁸⁷ Vgl. N. 17/21 ff.

⁸⁸ Es ist eigenartig, dass viele Autoren zwischen Bähr und Gneist einen Gegensatz heraufbeschwören, der gar nicht bestanden hat (vgl. z.B. Klein Friedrich, Tragweite der Generalklausel des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 6/1950 67 ff., insb. S. 72). Gneist hat nicht über Bähr "gesiegt" (S. 74), weil jener besondere Verwaltungsgerichte gefordert, dieser jedoch die ordentlichen Gerichte zuständig gesehen habe. Bähr war die Frage, welche Gerichtsbarkeit die Verwaltungsrechtsprechung ausüben sollte, gleichgültig: vgl. Bähr, Rechtsstaat 69 ff.

⁸⁹ Vgl. z.B. Bäumlin, Rechtsstaat 43 ff.; Eichenberger, Unabhängigkeit 67 f.; Hangartner, Staatsrecht I 26; Stern, Staatsrecht I 772 f.; Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 997 f.

⁹⁰ Fleiner, Bundesstaatsrecht 223.

⁹¹ Präambel der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789, Text: Kimmel, Verfassungen 114 ff.

einzelnen durch die Menschenrechte, die politischen Rechte, die Rechtsgleichheit sowie die Gewaltenteilung *gegen Machtmissbrauch schützen*⁹². Zur Zeit der französischen Revolution wurden die Menschenrechte *gerade nicht als subjektive Rechte verstanden*; sie sollten nur als objektives Recht eine Richtlinie für die gesamte Staatstätigkeit und namentlich die Gesetzgebung bilden⁹³. Die Forderung nach einer Verwaltungsgerichtsbarkeit soll nun gerade das Legalitätsprinzip gegenüber der Exekutive durchsetzen. Mittelbar werden dadurch auch die Menschenrechte geschützt, weil die Parlamentsgesetze ihrerseits aus einem demokratischen und an den Menschenrechten orientierten Prozess hervorgegangen sind⁹⁴. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit verlängert also nach diesem ursprünglichen Konzept den Arm des Parlamentes

8 Die amerikanische und die französische Revolution haben Ideen verbreitet, die für das heutige Rechtsstaatsverständnis konstitutiv sind. Die Idee der vor- /25 staatlichen und unveräußerlichen *Menschenrechte* und der staatsorganisatorische Grundsatz der *Gewaltenteilung* konnten sich selbständig durchsetzen; die Verbindung zum deutschsprachigen Rechtsstaatsbegriff wurde erst später hergestellt.

9 Eine abstrakte Definition des aus verschiedenen entwicklungsgeschichtlichen Strömungen *entstandenen Rechtsstaatsprinzips existiert nicht*⁹⁵. Vielmehr machen bestimmte Institute und Vorkehren das rechtsstaatliche Prinzip in einer konkreten Verfassungsordnung aus. Die

⁹² Vgl. namentlich Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789, Text: Kimmel, Verfassungen 114 ff.; Internationale Juristen-Kommission, Rechtsstaatlichkeit 1 ff.

⁹³ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 27.

⁹⁴ Vgl. N. 4/1.

⁹⁵ Vgl. N. 2/14 zur dementsprechenden schweizerischen Auffassung. Auch in Deutschland wird diese Meinung geteilt: Stern, Staatsrecht I 784. Kunig, Rechtsstaat 89 ff., 109 f., 457 ff. hat nachgewiesen, dass Gerichte und Schrifttum das Rechtsstaatsprinzip lediglich als Oberbegriff verwenden; die Lösung der konkreten Rechtsprobleme erfolgt nach den einzelnen Vorschriften: Alle rechtsstaatlichen Fragestellungen können durch problemnähere Normen beantwortet werden, so dass der Rückgriff auf ein nebulöses Rechtsstaatsprinzip methodisch verwehrt sei. Demgegenüber versuchen z.B. Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 991 und Dütz, Gerichtsschutz 99 mit wenig überzeugenden Argumenten das abstrakten Rechtsstaatsprinzip zu "retten".

moderne Staatsrechtslehre und die Verfassungsrechtsprechung haben wesentliche Elemente des Rechtsstaates herausgearbeitet. Diese "Kanones" des Rechtsstaates sind unstrittig⁹⁶; dagegen ist die Tragweite dieser einzelnen Elemente im konkreten Einzelfall schwer zu bestimmen und Anlass zu dogmatischen Auseinandersetzungen. Das rechtsstaatliche Prinzip zeigt sich in folgenden *Elementen*⁹⁷:

- die Gewähr der *Menschenrechte*, der *politischen Rechte* und der *Rechtsgleichheit*, die als verfassungsmässige Rechte alle Staatsorgane binden;
- die grundsätzliche Aufteilung der Staatsfunktionen nach dem Prinzip der *Gewaltenteilung*;
- die Ausrichtung des gesamten Staatshandelns auf das Recht, namentlich die Bindung der Verwaltung und Justiz an das Gesetz (*Legalitätsprinzip*);
- die Kontrolle des Legalitätsprinzips durch die Einsetzung von Gerichten, welche gegen Verfügungen und Massnahmen der Verwaltung einen effektiven Rechtsschutz gewähren (*Gerichtsschutz*); **126**
- die Verantwortlichkeit von Staatsorganen für ihr Verhalten und namentlich die *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten im Falle einer Schadenszufügung*;
- die Geltung des *Verhältnismässigkeitsprinzips*.

II. Rechtsstaatliches Denken in der Schweiz

10 Das materiell-rechtsstaatliche Denken setzte sich früh durch. Die Gründung des Bundesstaates war eine wesentliche Forderung auf dem Programm der radikal-liberalen Bewegung. Nach 1848 wurden die gewährten

⁹⁶ Gl. A. Stern, Staatsrecht I 783 f. m.w.H; Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 999 ff.

⁹⁷ Vgl. Internationale Juristen-Kommission, Rechtsstaatlichkeit 6 ff.; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 33; Hangartner, Staatsrecht I 26 f.; Eichenberger, Unabhängigkeit 57; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 45 f.; Schlussbericht 46; Renner, Verfassungsbegriff 27; Fleiner, Staatslehre 96 f.; Kägi, Rechtsstaat 174 ff.; Huber, Rechtsstaat 27 f.; Bleckmann, Rechtsstaat 422 f. Auch die deutsche Literatur erwähnt diese Elemente, vgl. Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 999 ff.; Stern, Staatsrecht I 784, 787 ff.; Kunig, Rechtsstaat passim.

Grundrechte zunächst durch die Verfassungsrechtsprechung der politischen Bundesbehörden, nach 1874 durch das Bundesgericht wirksam durchgesetzt⁹⁸. Es ist bemerkenswert, dass bereits vor der Publikation der Beiträge von Bähr und Gneist der Schweizer Rechtslehrer Johann Kaspar Bluntschli im Herzogtum Baden die Errichtung des ersten Verwaltungsgerichtshofes in deutschen Landen (1863) massgeblich beeinflusste⁹⁹. Bluntschli forderte auch in der Schweiz zumindest eine beschränkte richterliche Kontrolle der Exekutive¹⁰⁰.

11 Die schweizerische Lehre hat - in Anlehnung an Otto Bähr - praktisch einstimmig, aber letztendlich mit einem noch unvollendeten Erfolg die Einführung der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit gefordert¹⁰¹. Die Anstrengungen von Johann Jakob Rüttimann, Gustav Vogt und namentlich Fitz Fleiner führten im Bund 1929 lediglich zu einer Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Enumerationsprinzip. Fleiner und fast¹⁰² die gesamte übrige Lehre liessen sich dabei von drei Argumenten leiten:

a) Die verwaltungsinterne Rechtspflege sei wenig wirksam, weil die Verwaltung gewissermassen als "*Richter in eigener Sache*" wirke. Der hierarchische Aufbau der Verwaltung verhindere eine echte, unabhängige Neuüberprüfung einer Rechtsstreitigkeit. In einer Verwaltung herrsche ein gegenseitiges Gefühl der Verbundenheit ("*Bureaukratengeist*"), was eine Schonung fehlerhafter Verwaltungsakte durch die Beschwerdeinstanz bewirke. Zudem könne eine durch interne Dienstanweisungen bedingte fehlerhafte Rechtsanschauung verwaltungsintern nicht wirksam bekämpft werden¹⁰³. Fleiner hielt die Verwaltungsgerichtsbarkeit für ein "dringendes Gebot" des Rechtsstaates¹⁰⁴. Denn im Rechtsstaat habe der einzelne einen Anspruch auf eine Entscheidung durch ein von der Verwaltung unabhängiges Gericht, das auf

⁹⁸ Vgl. N. 7/9.

⁹⁹ Vgl. Menger, Verwaltungsgerichtsbarkeit 722.

¹⁰⁰ Vgl. Bluntschli Johann Caspar, Lehre vom modernen Staat, Stuttgart 1886, Band III, S. 23; Garzoni, Rechtsstaatsidee 186 f. m.w.H.

¹⁰¹ Vgl. N. 17/39 m.H.

¹⁰² Vgl. N. 2/12 f. zur Ausnahme von Walther Burckhardt.

¹⁰³ Vgl. z.B. Ruck, Verwaltungsrecht 230 f.; Fleiner, Bundesstaatsrecht 223; Fleiner, Institutionen 237.

¹⁰⁴ Vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht 173.

Rekurs des Betroffenen nachzuprüfen habe, ob die Verwaltungsbehörde das Recht verletzt habe¹⁰⁵.

b) Ferner sei eine allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit geboten, weil ein Gerichtsurteil jeden unberechtigten Vorwurf des einzelnen gegen die Verwaltung endgültig zurückweise. Im Falle eines behördlichen Unrechts beseitige es den begangenen Gesetzesverstoss so rasch, dass aus ihm nicht eine Waffe gegen den Staat geschmiedet werden könne. Es befreie die Verwaltungen und die Regierungen von jedem Vorwurf einer Rechtsverletzung¹⁰⁶.

c) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wirke durch ihre blossen *Existenz* rechtsschützend; jeder Verwaltungsbeamte wisse, dass seine Verfügungen die Feuerprobe richterlicher Prüfung zu bestehen haben. Damit müsse er von vorneherein behutsam prüfen, ob die Rechtmässigkeit seiner Akte einer objektiven Beurteilung standhalten¹⁰⁷.

12 Walther Burckhardt stand in diametralem Gegensatz zu Fleiner; er meinte 1931, es habe keine dringende Notwendigkeit bestanden, 1929 die (partielle) Verwaltungsgerichtsbarkeit gegenüber den eidgenössischen Behörden einzuführen. Vielmehr habe es sich bei der früheren verwaltungsinternen Rechtspflege um eine "pflichtgetreue, sorgfältige, objektive Praxis" gehandelt. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit könne *nicht im Namen der allgemein gültigen Forderung des Rechtsstaates* gefordert werden, sondern nur auf Grund rechtspolitischer Erwägungen. Das Argument des Richtens in eigener Sache sei unlogisch, denn zwischen dem Bürger und der Verwaltung könne gar kein /28 Streit entstehen. Der Streit entstehe vielmehr im Rechtssinne nur, *wenn* ein Richter da sei, vor dem man die Forderung des Staates anfechten könne¹⁰⁸.

13 In den folgenden Jahrzehnten sollte sich die Auffassung von Burckhardt weitgehend durchsetzen. Die Kantonsregierungen und der Bundesrat hatten sich aus Furcht vor Machteinbusse und verwaltungsgerichtlicher Bevormun-

¹⁰⁵ Vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht 223.

¹⁰⁶ Vgl. z.B. Fleiner, Bundesstaatsrecht 224; Ruck, Verwaltungsrecht 232.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. Fleiner, Institutionen 248; Ruck, Verwaltungsrecht 232.

¹⁰⁸ Vgl. Burckhardt, Verwaltungsgerichtsbarkeit 240 f., 256 f.; Burckhardt, Kommentar, 3. A., 797. Dieses Argument Burckhardts ist offensichtlich unhaltbar, vgl. Giacometti, Gewaltentrennung 14 Anm. 17 und vor allem N. 17/31 ff.

derung vehement gegen die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewehrt¹⁰⁹. Erst in den fünfziger Jahren gelang ein teil-, weil kompromissweiser Durchbruch, indem die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem System der Enumeration oder der Generalklausel mit vielen Ausnahmen geschaffen wurde. Im Bereich der weiterhin nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterstellten Rechtsgebiete blieb die Forderung - zum Teil bis heute - unerfüllt¹¹⁰.

III. Anerkennung rechtsstaatlicher Prinzipien durch Art. 4 Abs. 1 BV

1. Art. 4 Abs. 1 BV als Grundlage schweizerischer Rechtsstaatlichkeit

14 Die Bundesverfassung, der Verfassungsentwurf und die meisten Kantonsverfassungen erwähnen den "Rechtsstaat" überhaupt nicht¹¹¹. Es ist nachgerade charakteristisch, dass dieser Begriff eher in der politischen Diskussion¹¹² als in der Gesetz- und Verfassungsgebung verwendet wird. Die schweizerische Praxis verwendet das abstrakte Rechtsstaatsprinzip nur mit grosser Zurückhaltung¹¹³. Eine dogmatisch-begriffsjuristische Diskussion über dessen Gehalt /29 wird abgelehnt¹¹⁴. Die Arbeitsgruppe Wahlen lehnte in ihrem Schlussbericht¹¹⁵ die Nennung des Rechtsstaatsprinzips ab: "Es genügt und ist besser, wenn die Grundsätze, die miteinander und

¹⁰⁹ Vgl. 16/10.

¹¹⁰ Vgl. N. 1/7 ff.

¹¹¹ Vgl. Rhinow, Kommentar, N. 31 zu Art. 31bis BV; vgl. aber § 2 Abs. 1 KV TG ("rechtsstaatliche Grundsätze dieser Verfassung"); Art. 1 Abs. 1 KV BE und Art. 1 Abs. 1 KV AR ("Rechtsstaat"). Die sonstigen neuen Kantonsverfassungen und der Verfassungsentwurf von 1977 schweigen.

¹¹² Vgl. N. 2/23 zu einem Beispiel.

¹¹³ Vgl. Saladin, Kommentar, N. 108 zu Art. 3 BV m.w.H.

¹¹⁴ Vgl. Imboden, Gestalt 465; Garzoni, Rechtsstaatsidee 11.

¹¹⁵ S. 173.

nebeneinander den Rechtsstaat ausmachen, aufgestellt werden. Sonst besteht die Gefahr, dass alles Mögliche und Unmögliches mit dem Rechtsstaat in Verbindung gebracht und dass seine Prinzipien profaniert und zum Spielball endloser Diskussionen und Streitereien gemacht werden". Auch die Expertenkommission befürchtete in ihrem Bericht¹¹⁶ "unnötige begriffliche Auseinandersetzungen". Für die romanische Schweiz wäre der Begriff als unübersetzbarer, fremder Import aufgefasst worden. Die pragmatische, schweizerische Praxis beschränkt sich daher, Elemente der Rechtsstaatlichkeit zu normieren, aber nicht den Oberbegriff¹¹⁷. Die Rechtsstaatlichkeit ist daher kein eigenständiges und kompaktes Prinzip¹¹⁸, dem sich gleich dem Zylinderhut des Zauberers je nach Bedarf beliebige Inhalte entnehmen lassen.

15 Das Bundesgericht hat Art. 4 BV als Grundlage des Rechtsstaats bezeichnet¹¹⁹ und als eigentliche Rechtsstaatsklausel verwendet. Die aus Art. 4 BV "abgeleiteten" Verfahrensrechte und Grundsätze decken wichtige Elemente des Rechtsstaates ab. Das Bundesgericht übernahm die Praxis der bis 1874 zuständigen politischen Bundesbehörden, wonach Art. 4 BV ein Verbot formeller Rechtsverweigerung enthält¹²⁰. Sodann hat das Bundesgericht in schöpferischer Rechtsprechung ein *materielles Willkürverbot* anerkannt¹²¹. Entgegen vielfachen Forderungen der Lehre ist das Willkürverbot bloss akzessorisch; es kann nur zusammen mit einem Rechtsanspruch geltend gemacht werden¹²². /30 Im "Umfeld"¹²³ des Will-

¹¹⁶ Vgl. S. 21.

¹¹⁷ Vgl. Schlussbericht 46; ähnlich Bericht der Expertenkommission 21; deutlich in diesem Sinne § 2 Abs. 1 KV TG; gemeinsamer Antrag von Berner Verfassungskommission und Regierungsrat 67.

¹¹⁸ Vgl. Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit 508. Im grossen Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft wird das Rechtsstaatsprinzip bloss rudimentär behandelt, vgl. Saladin, Kommentar, N. 108 zu Art. 3 BV und Rhinow, Kommentar, N. 31 zu Art. 31bis BV.

¹¹⁹ Vgl. BGE 94 I 521.

¹²⁰ Vgl. Soldan, Déni 467 ff. und z.B. BGE 1, 5.

¹²¹ Vgl. erstmals deutlich in BGE 5, 49.

¹²² Vgl. G. Müller, Reservate 123 Anm. 54; G. Müller, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 58; Kälin, Beschwerde 235 ff. m.w.H. Vgl. aber die Ausnahme in Art. 11 Abs.1 KV BE und Art. 8 Abs. 1 KV AR.

¹²³ Die Rechtfertigung dieser "abgeleiteten" Verfahrensgrundsätze ist unklar, vgl. Saladin, Fairness 81. Schon nach der Rechtsprechung und nach den führenden Lehrbüchern sind

kürverbotes hat das Bundesgericht zusätzlich wichtige Verfahrensgrundsätze anerkannt, welche die kantonale Verfahrens- und Gerichtsordnung massgeblich gestalten. Beispielsweise¹²⁴:

- Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung¹²⁵;
- das Verhalten nach Treu und Glauben im Verwaltungsrecht¹²⁶;
- das Verhältnismässigkeitsprinzip¹²⁷;
- Anspruch auf rechtliches Gehör¹²⁸;
- Anspruch auf Akteneinsicht¹²⁹;
- das prozessuale Armenrecht¹³⁰ oder
- den Anspruch auf die richtige Zusammensetzung der entscheidenden Verwaltungsbehörde¹³¹.

16 Art. 4 BV gewährt in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten nach der ständigen Bundesgerichtspraxis aber *keinen* Gerichtszugang¹³². Gestützt auf Art. 4 BV hat der einzelne zwar einen Anspruch darauf, dass er seine Rechte jederzeit mit den von der Rechtsordnung zugelassenen Mitteln wahren

sie "im Umfeld" des Art. 4 BV anzusiedeln: vgl. Hangartner, Staatsrecht II 179; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 411; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 503; G. Müller, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 59 ff.

¹²⁴ Vgl. Gutachen BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 223; Hangartner, Staatsrecht II 179; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 411; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 503; G. Müller, Kommentar zu Art. 4 BV, N. 59 ff.

¹²⁵ Vgl. z.B. BGE 115 Ia 120; 112 Ia 112; vgl. Hangartner, Staatsrecht II 201 ff.; J.P. Müller, Elemente 111 ff.

¹²⁶ Vgl. z.B. 117 Ia 287.

¹²⁷ Vgl. z.B. BGE 102 Ia 321 ff., Hangartner, Staatsrecht II 205; J.P. Müller, Elemente 138; J.P. Müller, Kommentar, N. 145 ff. zur Einleitung zu den Grundrechten.

¹²⁸ Vgl. z.B. BGE 118 Ia 19, 117 Ia 268 m.w.H.

¹²⁹ Vgl. z.B. 117 Ia 268.

¹³⁰ Vgl. z.B. BGE 116 Ia 104, 112 Ia 15.

¹³¹ Vgl. z.B. 117 Ia 410, 114 Ia 279, BGE 92 I 336; Haefliger, Schweizer 156, Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung Nr. 90 B. I., S. 556; Rhinow/Krähenmann, Ergänzungsband 301 f. m.w.H.

¹³² Saladin, Fairness 69; Saladin, Verwaltungsverfahrenrecht 16; Ruf, Staats- und Verwaltungsrechtspflege 19; Biaggini, Verfassung 211 Anm. 46; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 97.

kann¹³³. Es /31 liegt am Gesetzgeber, näher zu bestimmen, mit welchen Mitteln der einzelne seine Rechte wahren kann. Dieser *Justizgewährleistungsanspruch* verbietet die Rechtsverweigerung und -verzögerung¹³⁴ und spricht die Bindung aller Behörden und Gerichte an das geltende Verfahrensrecht aus. Im übrigen lassen sich dem Justizgewährleistungsanspruch aber keine inhaltlichen Postulate entnehmen, und namentlich nicht eine minimale Garantie gerichtlicher Zuständigkeit¹³⁵.

Das Bundesgericht hielt bis 1988 fest, dass die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK nicht über die aus Art. 4 BV "abgeleiteten" Verfahrensgrundsätze hinausgingen¹³⁶. Freilich ergab sich schon aus den Urteilen Ringeisen (1971) und Golder (1974)¹³⁷, dass diese nivellierende Formel dem Art. 4 Abs. 1 BV ein neues Element hinzufügen würde. In jenen Urteilen hatte der Gerichtshof nämlich festgehalten, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht auf ein Gericht beinhaltet, selbst wenn es sich um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit handelt. Mit dem 1988 gefällten Urteil Belilos hat sich diese Diskrepanz geoffenbart; das Bundesgericht hält nunmehr die Art. 6 Abs. 1 EMRK und 4 Abs. 1 BV auseinander¹³⁸. Auf dem Umweg über Art. 6 Abs. 1 EMRK kann also dem Art. 4 Abs. 1 BV keine Gerichtsschutzgarantie entnommen werden. Im Kodex der aus Art. 4 BV "abgeleiteten" Verfahrensgrundrechte klafft eine bedeutsame Lücke. Es wäre deshalb naheliegend, eine Rechtsweggarantie aus Art. 4 BV "herzuleiten"¹³⁹ und damit den Katalog rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien zu vervollständigen.

¹³³ BGE 103 V 198, 101 Ia 91, 95 I 108, BGE 36 I 347; Kaufmann Otto, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, Länderbericht Schweiz, in: IV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, Wien 1978 (Manuskript), S. 5; Hangartner, Staatsrecht II 209; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 80 B I. a, S. 495 und Rhinow/Krähenmann 257; gleiches gilt auch für Deutschland: vgl. Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 1024 f.

¹³⁴ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 210 m.w.H.

¹³⁵ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 209 f.; Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung 257; Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 1239 f.

¹³⁶ Vgl. z.B. BGE 109 Ia 178, 111 Ia 274; G. Müller, Kommentar, N. 124 zu Art. 4 BV; Haefliger, Schweizer 177 f.; vgl. zur Nivellierungstendenz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung N. 9/14.

¹³⁷ EGMR/A 13 und 18, vgl. N. 10/14 ff.

¹³⁸ Vgl. BGE 118 Ia 225 ff. und 473.

¹³⁹ So Rossinelli, Protection 225 und Biaggini, Verfassung 211 Anm. 46. Nach Saladin,

17 Der Bundesgesetzgeber hat die schöpferische Rechtsprechung zu Art. 4 BV gebilligt, indem er in den Verfahrensgesetzen diese Verfahrensrechte kodifiziert hat¹⁴⁰. In einem wesentlichen Punkt ist er darüber hinausgegangen, indem er zunächst punktuell und schliesslich mit dem 1992 erlassenen Art. 98a OG allgemein einen vom Kanton zu erfüllenden Anspruch auf richterliche Beurteilung beim Vollzug des Bundesverwaltungsrechts anerkannte. Die Begründung für Art. 98a OG ist nun gerade in Hinblick auf eine aus Art. 4 Abs. 1 BV abzuleitende Rechtsschutzgarantie interessant.

2. Zu Art. 98a OG: Kann Gerichtsschutz "rechtsstaatlich" begründet werden?

18 Das schweizerische, *nicht-dogmatische* Rechtsstaatsverständnis hat Konsequenzen für die "rechtsstaatliche Begründung" des Gerichtsschutzes gegen die Exekutive, wie das folgende Beispiel zeigt. Der 1991 eingefügte Art. 98a OG schreibt den Kantonen die Einsetzung von Verwaltungsgerichten vor, soweit gegen die kantonalen Entscheide die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist. Dieser Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie lässt sich nicht allein mit den Bemühungen um eine Entlastung des Bundesgerichts rechtfertigen. Vielmehr muss die Einsetzung kantonaler, verwaltungsunabhängiger Rechtspflegeinstanzen aus "*rechtsstaatlich evidenten Gründen geboten sein*"¹⁴¹. Diese Evidenz umschrieb der Bundesrat in seiner ersten OG-Botschaft zur Entlastung des Bundesgerichts wie folgt:

Fairness 69 kommt einzig Art. 4 BV in Frage; dies ist m.E. nicht zwingend, da z.B. Art. 58 BV noch eher in diesem Sinne ausgelegt werden kann, vgl. J.P. Müller, Garantie 271.

¹⁴⁰ Vgl. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 149, vgl. namentlich Art. 7 ff. VwVG, die spezialgesetzlich geordneten Verfahrensrechte (etwa in der Sozialversicherung) und die vor Bundesgericht geltenden Verfahrensgrundsätze (Art. 22 ff. OG), vgl. Kölz/ Häner, Verwaltungsverfahren 22; vgl. weitere Beispiele: Kley-Struller Andreas, Besprechung des Urteils der Anklagekammer des Bundesgerichts vom 11.7.1994, AJP 1994, S. 1476 f.

¹⁴¹ Vgl. Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 224.

"Wenn der Bundesgesetzgeber das Recht vereinheitlicht, dann ist es auch wichtig, dass jeder einzelne in gleicher Weise tatsächlich 'zu seinem Recht kommt'. Der Bundesgesetzgeber soll deshalb für gewisse Minimalgarantien im Rechtsschutz sorgen. Es ist stossend, wenn im einen Kanton zur Durchsetzung des Bundesrechts ein ausgebautes Rechsmittelsystem mit verwaltungsunabhängigen Beschwerdeinstanzen zur Verfügung gestellt wird und in einem andern Kanton nur rudimentäre Rechtsmittel in einem verwaltungsinternen Verfahren bestehen. Das Bundesgericht kann seine Aufgabe zur Verwirklichung der Rechtseinheit nur erfüllen, wenn die kantonalen Instanzen sowohl die rechtlichen wie die tatsächlichen Fragen umfassend prüfen. Diese Aufgabe wird von Gerichten in der Regel besser erfüllt als von Verwaltungsinstanzen (...). Unbefriedigend ist deshalb, dass verschiedene Kantone ihre Verwaltungsgerichte gerade dann nicht zur Verfügung /33 stellen, wenn die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht möglich ist"¹⁴².

19 Die rechtsstaatliche Evidenz wird - kurz gefasst - damit dargetan, dass *jeder in gleicher Weise* zu seinem Recht kommen solle und die *Gerichte die Rechtsprechungsaufgabe besser erfüllten als Verwaltungsbehörden*. Diese "rechtsstaatliche" Begründung zieht zwei Elemente des Rechtsstaates heran: die Gewähr der *Rechtsgleichheit* und den *Verwaltungsrechtsschutz* durch Gerichte. In Hinblick auf das Element "Verwaltungsrechtsschutz durch Gerichte" ist diese Begründung *zirkulär*, da der Rechtsstaatsbegriff den richterlichen Rechtsschutz in Verwaltungssachen als ein Teilelement beinhaltet. Das ist aber *keine inhaltliche Begründung* für einen Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

20 Der Bundesgesetzgeber hat ferner - im Gegensatz zum Bundesgericht¹⁴³ - *aus der Rechtsgleichheit* den Gerichtsschutz als neues Verfahrensrecht "abgeleitet". Die Begründung dafür ist freilich knapp; sie nähert sich eher einer Behauptung, dass 'jeder zu seinem Recht'

¹⁴² BBl 1985 II 817 f., praktisch identisch das Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 224 f.; vgl. auch die 2. OG-Botschaft, BBl 1991 II 483 f.

¹⁴³ Vgl. N. 2/16.

kommen solle und dass die unterschiedliche Verfahrensorganisation in den Kantonen (ansonsten eine zu akzeptierende Folge der Bundesstaatlichkeit¹⁴⁴) Art. 4 BV beeinträchtigt. Art. 4 BV dient bei dieser "Ableitung" - wie bei den sonstigen Verfahrensrechten - als "Rechtsstaatsklausel". Vordergründig findet diese Massnahme des Bundesgesetzgebers eine Verfassungsgrundlage¹⁴⁵.

21 Die rechtsstaatlichen Bemühungen des Bundesrates und des Bundesgesetzgebers sind gewiss lobenswert; die konkrete Ausgestaltung des Art. 98a OG im System des Verwaltungsrechtsschutzes erhebt aber eine Reihe grundlegender Einwendungen, welche die "rechtsstaatlichen" Intentionen in Frage stellen. Art. 98a OG auferlegt den Kantonen die Verpflichtung, in Bundesverwaltungssachen, die der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegen, richterliche Vorinstanzen einzusetzen. Damit wird der Verwaltungsrechtsschutz im Sinne der rechtsstaatlichen Grundprinzipien (Rechtsgleichheit, Gerichtsschutz) wesentlich gestärkt. Im Anwendungsbereich der /34 Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht findet ein zweistufiger Gerichtsschutz statt¹⁴⁶. Um so krasser fällt aber die mangelhafte, bloss verwaltungsinterne Rechtspflege im Anwendungsbereich des umfangreichen Ausschlusskataloges der Art. 99-101 OG aus¹⁴⁷. Art. 98a OG hat eine richtiggehende *Schieflage* zwischen zweistufigem und gänzlich fehlendem Verwaltungsgerichtsschutz geschaffen¹⁴⁸. Aus derselben "rechtsstaatlichen" Notwendigkeit hätte auch der umfangreiche Ausnahmekatalog der Art. 99-101 OG zumindest gekürzt oder beseitigt werden müssen¹⁴⁹. Eine rechtsstaatlich begründete

¹⁴⁴ Vgl. BGE 104 Ib 394, 91 I 491, 80 I 350; Aubert, *Traité* II S. 643, N. 1781; G. Müller, *Kommentar*, N. 34 zu Art. 4 BV; Hangartner, *Staatsrecht* II 185; zurückhaltend Saladin, *Kommentar*, N. 173 zu Art. 3 BV.

¹⁴⁵ Vgl. Hangartner, *Staatsrecht* II 196; Thürer, *Willkürverbot* 434 machen zu Recht darauf aufmerksam, dass die "Ableitung" aus Art. 4 BV Ausdruck des Positivismus ist.

¹⁴⁶ Auch der Bund hat durch den Ausbau der Rekurskommissionen richterliche Vorinstanzen geschaffen, insofern sind Bund und Kantone der gleichen Anforderung unterstellt, vgl. Art. 71a ff VwVG.

¹⁴⁷ Soweit hier nicht ausnahmsweise Rekurskommissionen in die Lücke springen und für einen zumindest einstufigen Gerichtsschutz sorgen, vgl. Kley-Struller, *Anspruch* 23.

¹⁴⁸ Vgl. Kley-Struller, *Rechtsschutzgarantie* 102.

¹⁴⁹ Saladin, *Bund* 577 f. Anm. 82; Saladin, *Kommentar* zu Art. 3 BV, N. 106 Anm. 119 hat

Gerichtsschutzgarantie in Verwaltungssachen müsste ebenso *generell* gelten¹⁵⁰ wie die aus Art. 4 BV "abgeleiteten" Verfahrensgarantien.

22 Art. 98a OG lässt ausserdem eine erhebliche Diskrepanz zum Gerichtsschutz im kantonalen Verwaltungsrecht entstehen. Wie kann in weiten Bereichen des Bundesverwaltungsrechtes ein zweistufiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz ein dringendes Gebot des Rechtsstaates sein, währenddem beim *kantonalen Recht* eine immer noch ausgeprägt vorhandene verwaltungsinterne Rechtspflege bereits genügt? Art. 6 Abs. 1 EMRK führt zwar dazu, dass zum Teil bedeutsame Verwaltungssachen kantonalen Rechtes der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeführt werden müssen¹⁵¹. Gleichwohl hält sich in den Kantonen hartnäckig ein Bestand an Materien, die keiner Gerichtskontrolle unterliegen. Anders als der Bundesgesetzgeber mit seiner Begründung zum Erlass des Art. 98a OG hat das Bundesgericht bislang keine Rechtsschutzgarantie aus Art. 4 BV "abgeleitet" oder anerkannt. Diese neue Einschätzung /**35** des Bundesgesetzgebers, die mit Art. 98a OG zum Ausdruck gekommen ist, könnte Konsequenzen für die Rechtsprechung des Bundesgerichtes haben¹⁵².

23 Der Gerichtsschutz im Verwaltungsrecht kann nicht einfach "rechtsstaatlich" begründet werden, denn der gerichtliche Verwaltungsrechtsschutz ist ein Element des Rechtsstaatsbegriffs. Falls ein allgemeiner gerichtlicher Verwaltungsrechtsschutz sich aus Art. 4 BV zwingend ergeben sollte, so war das Vorgehen des Bundesgesetzgebers beim Erlass des Art. 98a OG inkonsequent. Denn als ein solcher Anspruch müsste

im Bereich der Art. 99-101 OG wenigstens eine kantonale Gerichtsbarkeit gefordert; a.A. Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 225, was damit gerechtfertigt wird, dass es "dort um wenig justitiable Bereiche geht, die auf kantonaler Ebene so wenig wie im Bund ohne weiteres für die gerichtliche gerichtliche Überprüfung geeignet sind", vgl. N. 18/4 ff. (Actes de Gouvernement), 18/25 ff. (v.a. unbestimmte Rechtsbegriffe), 18/39 ff. (Ermessen).

¹⁵⁰ Was auch der Bundesrat ohne weiteres anerkennt, vgl. 1. OG-Botschaft, BBl 1985 II 817 und Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 224.

¹⁵¹ Vgl. N. 10/5 ff. und 10/11 ff.

¹⁵² Vgl. N. 21/8 ff. Die rechtliche Beurteilung gleicher Rechtsfragen durch Bundesgericht und Bundesrat bzw. Bundesversammlung stimmt in der Praxis jedoch nicht immer überein, vgl. Hangartner Yvo, Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl 1969 337 ff., insb. 340 und BGE 101 Ia 346; Hangartner, Staatsrecht II 68.

der Gerichtsschutz Allgemeingültigkeit beanspruchen. Diese Inkonsequenzen im Geltungsbereich des Art. 98a OG zeigen deutlich, dass der Rechtsstaatsbegriff einen politischen Gehalt aufweist. Bundesgesetzgeber und Bundesrat haben die Rechtsstaatlichkeit *aus politischen Gründen* angerufen, um die Entlastung des Bundesgerichtes leichter verwirklichen zu können¹⁵³. Art. 98a OG entspricht dem Art. 40 Abs. 3 VE; letzterer unterlag noch 1977 massiven föderalistischen Einwänden¹⁵⁴. Der "rechtsstaatlich" veranlasste Gesinnungswandel zeigte sich bei den parlamentarischen Beratungen zu Art. 98a OG. Die Bundesversammlung hat dieser Bestimmung überaus deutlich zugestimmt; föderalistische Einwände sind nur am Rand gemacht worden¹⁵⁵. Das Föderalismusargument ist "rechtsstaatlich" (d.h. politisch) *beiseite geschoben* worden. Wer die Rechtsstaatlichkeit anruft, kann häufig einen politischen Erfolg verbuchen, weil potentielle Gegner eines "rechtsstaatlichen" Vorhabens zum vorneherein im Zwielficht stehen¹⁵⁶. Das Rechtsstaatargument wird in der politischen Praxis in den verschiedensten Zusammenhängen angerufen und vermag vielfältige Forderungen scheinbar juristisch zu untermauern. Zudem steht die entsprechende Forderung im Glorienschein der vom Rechts- /36 staat verkörperten Teilelemente, wie Grundrechte, Demokratie- oder Legalitätsprinzip.

¹⁵³ Vgl. Kley-Struller, Anforderungen 155 f. Die befürchteten Widerstände aus föderalistischen Kreisen blieben in den parlamentarischen Beratungen allerdings aus, vgl. Amtl Bull N 1987 373 ff. und S 1988 257 f.

¹⁵⁴ Vgl. N. 21/16.

¹⁵⁵ Vgl. Amtl Bull N 1987 373 ff., wo aus föderalistischen Überlegungen nur wenige und Amtl Bull S 1988 257 f., wo überhaupt keine Einwände erhoben wurden; Koller, Verwaltungsrechtspflege 394. Die in der 1. OG-Botschaft, BBl 195 II 737, insb. S. 951 vorgesehene Übergangsfrist von drei Jahren wurde im Parlament auf fünf Jahre verlängert, vgl. 2. OG-Botschaft, BBl 1991 II 465, insb. S. 574.

¹⁵⁶ Vgl. Imboden, Gestalt 465; Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 991 ("politische Programmatik"), 997; Stern, Staatsrecht I 782 ("Überstrapazierung").

3. Konventionsrechtliche Rechtsgleichheitsgebote

24 Im Unterschied zu Art. 14 EMRK enthält Art. 26 CCPR ein allgemeines Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot¹⁵⁷; der Anspruch auf Gleichbehandlung ist demnach nicht an andere Rechte aus dem Pakt gebunden¹⁵⁸. Die Schweiz hat jedoch dieses allgemeine, mit Art. 4 BV praktisch identische Rechtsgleichheitsgebot nicht angenommen und sich wegen des Anwendungsgebotes für Bundesgesetze (Art. 113 Abs. 3 und Art. 114bis Abs. 3 BV) mit einem Vorbehalt "abgeschirmt". Danach wird Art. 26 CCPR nur in Verbindung mit anderen im Pakt enthaltenen Rechten gewährleistet¹⁵⁹; für die Schweiz ist Art. 26 CCPR daher mit Art. 14 EMRK identisch. Art. 14 EMRK enthält nun weder ein Willkürverbot noch einen minimalen Katalog an Verfahrensrechten¹⁶⁰ und damit auch keinen Anspruch auf richterliche Beurteilung von Verwaltungstreitsachen¹⁶¹.

IV. Rechtsstaatsprinzip gemäss Art. 6 BV

25 Die Bundesverfassung schreibt den Kantonen in Art. 6 BV eine *geschriebene rechtsstaatliche Verfassung* im Sinn der kontinental-europäischen und amerikanischen Verfassungstradition vor¹⁶². Daraus ergibt sich eine Grundstruktur der kantonalen Organisation, die von

¹⁵⁷ Vgl. Mock Peter, Quelques réflexions sur les réserves déposées par la Suisse lors de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, AJP 1994, S. 984 ff., insb. S. 990 f.; van Dijk/van Hoof, Convention 532 f.; Botschaft betreffend den Beitritt zu den Menschenrechtspakten von 1966, BBl 1991 I 1201 m.w.H.

¹⁵⁸ Vgl. Nowak, CCPR-Kommentar, N. 21, 23 zu Art. 26 CCPR, S. 504 f.; Urteilsbesprechung von Yvo Hangartner von BGE 118 Ia 341, AJP 1993 845 ff., Ziff. 11.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. h. des Bundesbeschlusses vom 13.12.1991 betreffend den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, AS 1993 747.

¹⁶⁰ Vgl. Villiger, Handbuch 377 f.

¹⁶¹ Wegen der Art. 6 EMRK bzw. 14 CCPR wäre eine solche Herleitung von Verfahrensrechten auch unnötig, vgl. N. 10/1 ff. und 10/35 ff.

¹⁶² Vgl. Hangartner, Staatsrecht I 27, 34.

Bundesverfassungen wegen vorgeschrieben ist¹⁶³. Zu dieser Struktur gehört zweifellos der Grundsatz der Gewaltenteilung, der von den Kantonen zu beachten ist. Man kann nun Art. 6 BV durchaus als eine minimale Garantie einer gewissen Gewaltenteilung und damit einer Mindestzuständigkeit der Gerichte verstehen. Freilich will Art. 6 BV nicht eine uniforme Staatsorganisation realisieren. Die zum Teil grossen Unterschiede¹⁶⁴ in der kantonalen Organisationsstruktur sind möglich und vor dem Hintergrund des Art. 6 BV auch zulässig. In diesem Sinne kann Art. 6 BV *nicht* als subjektive Rechtsweggarantie verstanden werden, zumal gerade der Bund mit dem Ausbau des gerichtlichen Verwaltungsrechtsschutzes selbst lange Zeit zurückhaltend war¹⁶⁵.

V. Die europäische Menschenrechtskonvention als Teilkodifikation des Rechtsstaatsprinzips

26 Die Konventionsorgane gebrauchen die englischen und französischen Pendantbegriffe zum Rechtsstaat "prééminence du droit" bzw. "rule of law"¹⁶⁶ im Zusammenhang mit mehreren wichtigen Elementen des Rechtsstaatsbegriffes, welche von Konvention garantiert oder zumindest vorausgesetzt werden. Der Zugang zu Gerichten in Zivil-, Straf- und gewissen Verwaltungsrechtssachen (Art. 6 Abs. 1 EMRK)¹⁶⁷ und das Gesetzmässigkeitsprinzip (Präambel und Abs. 2 der Art. 8-11 EMRK)¹⁶⁸ stellen nach der Auffassung der Konventionsorgane wichtige Erscheinungsformen des "Rechtsstaates" dar.

¹⁶³ Vgl. Saladin, Kommentar, N. 10 zu Art. 6 BV.

¹⁶⁴ Siehe das Beispiel von Appenzell I.Rh. N. 3/8.

¹⁶⁵ Vgl. N. 2/11 ff.

¹⁶⁶ Vgl. z.B. Urteil Deweer, EGMR/A 35, § 49; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 1 Anm. 3 m.w.H.; vgl. auch N. 2/5.

¹⁶⁷ Vgl. z.B. Urteil Deweer, EGMR/A 35, § 49.

¹⁶⁸ Vgl. Urteil Kruslin, EGMR/A 176-A, § 30; vgl. Wildhaber, IntKom zu Art. 8 EMRK, N. 528 m.w.H.

Art. 6 EMRK als wichtigste Gewährleistung der Konvention implementiert in den Vertragsstaaten ein effektives Rechtsschutzsystem¹⁶⁹. Der Gerichtshof hat hervorgehoben, dass Art. 6 EMRK "le principe fondamental de la prééminence du droit"¹⁷⁰ bedeute. Deshalb besitze Art. 6 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft einen herausragenden Stellenwert; eine restriktive /38 Auslegung des Art. 6 EMRK entspreche nicht dem Zweck dieser Bestimmung¹⁷¹.

27 Der jeweils ähnlichlautende Abs. 2 der Art. 8-11 EMRK und Art. 2 ZP 4 EMRK gestattet Eingriffe u.a. nur gestützt auf eine *gesetzliche Grundlage*. Hier haben die Konventionsorgane in einer äusserst differenzierten Praxis die erforderlichen Massstäbe entwickelt, die sowohl im common law als auch in kontinentaleuropäischen Rechtssystemen gelten¹⁷². Dazu stellen die materiellen Konventionsrechte an sich ebenfalls unverzichtbare Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips dar. Auf diese Weise haben die Konventionsorgane Anforderungen einer gemeineuropäischen Rechtsstaatlichkeit entwickelt. Allerdings sind diese "rechtsstaatlichen" Anforderungen konkret; die Konventionsorgane anerkennen kein abstraktes Rechtsstaatsprinzip. Sie verstärken aber die *einzelnen Elemente der Rechtsstaatlichkeit massiv*. Es ist bereits hier hervorzuheben, dass die Konventionsorgane ein besonderes Augenmerk auf den gerichtlichen Schutz vor staatlicher Willkür gelegt haben¹⁷³.

VI. Weiteres Vorgehen

28 Die rechtsstaatliche "Begründung" für einen Gerichtsschutz im öffentlichen Recht verweist auf die Teilelemente des materiellen und formellen Rechtsstaates. Sie vermag den Gerichtsschutz selbst nicht zu begründen, aber sie nennt direkt die zu behandelnden Fragestellungen. Im

¹⁶⁹ Vgl. N. 10/1 ff.

¹⁷⁰ Urteil Sunday Times I, EGMR/A 30, § 55.

¹⁷¹ Vgl. Urteil Delcourt, EGMR/A 11, § 25, S. 14 f.; Urteil Airey, EGMR/A 32, § 24, S. 13; Urteil Deweer, EGMR/A 35, § 44, S. 23; Urteil De Cubber, EGMR/A 86, § 30, S. 16.

¹⁷² Vgl. Wildhaber, IntKom zu Art. 8 EMRK, N. 538 ff.

¹⁷³ Vgl. N. 5/7 ff., 10/1 ff. und 11/ff.

folgenden werden die übrigen Teilelemente des Rechtsstaatsprinzips - eben ausser der gerichtlichen Verwaltungskontrolle - daraufhin untersucht, ob und wieweit Lehre und Praxis in ihnen einen Gerichtsschutz gegen die Exekutive zuerkennen.

29 Ein Merkmal rechtsstaatlicher Staatsorganisation ist die *Gewaltenteilung*. Handelt es sich um ein Prinzip, das eine minimale Garantie gerichtlicher Zuständigkeit gewährleistet und als Grundrecht angerufen werden könnte? Oder hat andernfalls die Gewaltenteilung nicht doch eine zumindest staats- /**39** politische Bedeutung, wonach zu grosse Machtkonzentrationen etwa bei der Verwaltung zu vermeiden sind (§ 3)?

30 Im Rechtsstaat gilt auch das *Legalitätsprinzip*, das nicht nur die einzelnen, sondern auch alle staatlichen Instanzen bindet. Das Legalitätsprinzip ist freilich wertlos, wenn dessen Einhaltung nicht durchgesetzt und kontrolliert werden kann. Welchen Sinn hat das Legalitätsprinzip und die Kontrolle seiner Einhaltung durch Verwaltungsgerichte (§ 4)?

31 Der Rechtsstaat fordert ferner einen minimalen Bestand an *Grundrechten*, die ein Staat zu respektieren hat. Hier haben sich in der Rechtsprechung interessante Entwicklungen ergeben. Ist nicht selbst in der Gewährleistung der Grundrechte auch ein Bündel an zureichenden Verfahrensgarantien, namentlich ein Verfahren vor einer unabhängigen Instanz enthalten? Stellen die materiellen Grundrechte nicht selbst Verfahrensgarantien dar? Wäre dies der Fall, so hätten Bund und Kantone einen wirksamen, d.h. gerichtlichen Rechtsschutz zu schaffen, wenn immer Grundrechtsfragen in der Eingriffs- und Leistungsverwaltung betroffen sind (§ 5).

32 Die Antworten auf diese Fragen sind für das weitere Vorgehen bestimmend; sollte sich aus diesen Elementen des Rechtsstaatsprinzips nicht ein eindeutiges Ergebnis nachweisen lassen (vgl. § 6), so müsste der Gerichtsschutz gegen die Exekutive anderweitig begründet werden. Denn es wird sich zeigen, dass das Verfassungsrecht und die Konventionen zum Schutze der Menschenrechte nur in bestimmten Sektoren, aber nicht allgemein einen gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verwaltung gewährleisten (vgl §§ 7-12). Dabei wird ein Gedanke, den der Bundesrat in seiner OG-Revisionsvorlage

ausgedrückt hat, wegleitend sein. Er hielt dafür, dass die *Gerichte die Rechtsprechungsaufgabe besser erfüllten als Verwaltungsbehörden*. Aber warum ist dies der Fall? Um welche Art von Staatstätigkeit handelt es sich bei der Entscheidung von Verwaltungsrechtsstreitigkeiten (vgl. §§ 13-20)?
/40

§ 3. Gewaltenteilung und Gerichtsschutz

I. Vom traditionellen Gewaltenteilungsdogma zur umfassenden Gewaltenteilung

1 John Locke hat in seinem "Second Treatise of Government" (1690) die Idee der Gewaltenteilung postuliert¹⁷⁴. Er unterschied die legislative und exekutive Gewalt. Letzterer kamen noch zusätzliche "föderative" (ausserpolitische) Kompetenzen und die Prerogative (Kompetenz, um Notstände zu beheben) zu¹⁷⁵. Der Grundgedanke beruht also auf der Teilung der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Gesetzesvollzug. Diese beiden Funktionen sollen zum Zweck der Freiheitssicherung von zwei unterschiedliche Behörden - Legislative und Exekutive - wahrgenommen werden¹⁷⁶. Nach Locke ist die richterliche Gewalt nicht eigenständig, vielmehr gehört diese zur Exekutive. Der Gedanke einer kontrollierenden Gerichtsbarkeit scheint bei Locke jedoch an einer Stelle auf:

Legislative kann sich "nicht die Macht anmassen, durch willkürliche Massnahmeverordnungen zu regieren, sondern ist verpflichtet, nach öffentlich verkündeten stehenden Gesetzen und durch *anerkannte und autorisierte Richter* für Gerechtigkeit zu sorgen ... "¹⁷⁷.

2 Das *klassische Gewaltenteilungsprinzip hat Montesquieu formuliert*. In seinem *Esprit des Lois* (1748) umschrieb er es anlässlich der Beschreibung der freiheitlichen Verfassung Englands wie folgt:

"Es gibt in jedem Staat drei Arten von Vollmacht: die legislative Befugnis, die exekutive Befugnis in Sachen, die vom Völkerrecht

¹⁷⁴ Vgl. zur Ideengeschichte: Kägi, Gewaltenteilungsprinzip 13 ff.; Fleiner, Staatslehre 319 ff.; Oswald, Gewaltentrennung 407a ff.

¹⁷⁵ Vgl. Locke, Treatise § 147. Die Idee der föderativen Kompetenz und der Prerogative spielt auf die Actes de gouvernement an, vgl. N. 18/4 ff.

¹⁷⁶ Vgl. Locke, Treatise § 144.

¹⁷⁷ Locke, Treatise § 136 erster Satz.

abhängen, und die exekutive Befugnis in Sachen, die vom Zivilrecht abhängen.

Auf Grund der ersteren schafft der Herrscher oder Magistrat Gesetz auf Zeit oder für die Dauer, ändert geltende Gesetze oder schafft sie ab. Auf Grund der zweiten stiftet er Frieden oder Krieg, sendet oder empfängt Botschaften, stellt die Sicherheit her, sorgt gegen Einfälle vor. Auf Grund der dritten bestraft er Verbrechen oder sitzt zu Gericht über die Streitfälle der Einzelpersonen. Diese letztere soll richterliche Befugnis heissen, und die andere schlechtweg exekutive Befugnis des Staates. (...) /41

Alles wäre verloren, wenn ein und derselbe Mann bzw. die gleiche Körperschaft ... folgende drei Machtvollkommenheiten ausübte: Gesetze erlassen, öffentliche Beschlüsse in die Tat umsetzen, Verbrechen und private Streitfälle aburteilen"¹⁷⁸.

Die Freiheit Englands glaubte Montesquieu auf die funktionale Dreiteilung der Gewalten zurückführen zu können. Er bezog die richterliche Zuständigkeit *nur auf die Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen*¹⁷⁹, *nicht aber auf Verwaltungssachen*. Das klassische Gewaltenteilungsdogma führte in der älteren Lehre zu einer überbordenden Begrifflichkeit¹⁸⁰ und war für zahlreiche Missverständnisse verantwortlich¹⁸¹. Die dogmatischen Auseinandersetzungen hatten sich gänzlich vom Grundgedanken der Gewaltenteilung gelöst¹⁸² und waren deshalb unfruchtbar. So wurde namentlich in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts die Gewaltenteilung als Grund für die Ablehnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit angeführt. Letztere usurpiere eine Funktion, die eigentlich der Regierung gehöre. Damit würden die Kompetenzen und die

¹⁷⁸ Vgl. Montesquieu, Esprit, 11. Buch, 6. Kapitel am Anfang, S. 212 f.

¹⁷⁹ Vgl. Montesquieu, Esprit, XI. Buch, 6. Kapitel, S. 213; Oswald, Gewaltentrennung 410a; Kölz, Kommentar 3. Zur Zeit der französischen Revolution galten die Gerichte als Handlanger der Obrigkeit; die Zuweisung von Verwaltungssachen an die Gerichte war undenkbar.

¹⁸⁰ Vgl. G. Müller, Rechtsetzung 15 m.w.H; Fleiner, Staatslehre 323.

¹⁸¹ Vgl. Kägi, Dreiteilung 161 ff.; G. Müller, Rechtsetzung 15.

¹⁸² Vgl. Kägi, Dreiteilung 162.

Verantwortlichkeit der Verwaltung geteilt, was systemwidrig sei¹⁸³. Die Kantonsregierungen und der Bundesrat haben sich diese Begründung angesichts ihrer Machtinteressen gern zu eigen gemacht¹⁸⁴.

3 Die richtige Zuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu den drei Organgruppen war dogmatisch umstritten. Gehört die Verwaltungsgerichtsbarkeit zur zweiten Gewalt (Exekutive), zur dritten Gewalt (Gerichtsbarkeit) oder stellt sie eine im traditionellen Gewaltenteilungssystem nicht unterzubringen- /42 de "Contre-Pouvoir" dar¹⁸⁵? Im französischen Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der Conseil d'État der *zweiten Gewalt* zugewiesen¹⁸⁶. Die Anwendung des Verwaltungsrechts wird durch die gewissermassen zweigeteilte, mit Interorgan-Kontrollen versehene, zweite Gewalt erledigt. Bei den in der Schweiz verbreiteten "Rekurskommissionen", die heute meist mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet sind und damit als echte Spezialverwaltungsgerichte arbeiten¹⁸⁷, zeigt sich ein ähnliches Phänomen. Die entstehungsge-

¹⁸³ Vgl. Burckhardt, Kommentar 3. A., 797 f.; Burckhardt, Verwaltungsgerichtsbarkeit 257; Giacometti, Gewaltentrennung 12, 23 und Lehren 468 f. vertritt die paradoxe These, dass die Gewaltentrennung die Verwaltungsgerichtsbarkeit sowohl fordere als auch verbiete; Oswald, Gewaltentrennung 471a. A.A. Nef, Sinn 324a; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 907 Anm. 20 m.w.H.; Grisel, Extension 35; Brunschwiler, Gewalt 27; Ruck, Verwaltungsrecht 231; Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BBl 1965 II 1268. Eichenberger, Unabhängigkeit 163 nimmt sich mit Recht dieser "uferlosen Diskussion" nicht mehr an. Vgl. zur verwaltungsinternen Rechtsprechung als Aufsichtsmittel N. 17/37 ff.

¹⁸⁴ Vgl. z.B. Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege, BBl 1925 II 208; Bericht, Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, BBl 1937 III 25 und N. 16/10.

¹⁸⁵ Vgl. Rouiller, Protection 411 Anm. 530.

¹⁸⁶ Vgl. z.B. Moor, Droit administratif II 353; Fleiner, Überlegungen 663 m.w.H.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 71c Abs. 1 und 2 VwVG. Diese erfüllen als unabhängige Instanzen alle Voraussetzungen eines Gerichts, vgl. Eichenberger, Rechtsschutz 963; Moor, Droit administratif II 355; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 28, 113; Oeter, Landesbericht Schweiz 124 f.; Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 734. Eine Vielzahl abschliessend urteilender Rekurskommissionen birgt die Gefahr einer Zersplitterung der Rechtsprechung in sich, vgl. Eichenberger, Unabhängigkeit 192 f.; Häfelin/Müller, Grundriss 313; Übersax Peter, Zur Entlastung der eidgenössischen Gerichte durch

schichtlich bedingte Nähe der Rekurskommissionen zu den Regierungen¹⁸⁸ führte dazu, dass sie weniger den Anfechtungen der Verwaltung unterlagen. Sie gehörten zunächst der Verwaltung an; erst später wurden sie mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet. Daraus erklärt sich auch ihre Zuständigkeit zur Ermessensprüfung¹⁸⁹. Man könnte die Rekurskommission also als "kleine", schweizerische "Conseils d'État" ansehen¹⁹⁰.

4 Die neuere Lehre hat sich von den Dogmatisierungen und der "logizistisch-juridischen Deformation"¹⁹¹ der Lehre Montesquieus abgekehrt und vor allem den Zweck der Gewaltenteilung - so wie er von Montesquieu bereits formuliert worden war - hervorgehoben. Sie soll die Individualfreiheit schützen, und Machtkonzentrationen sollen möglichst vermieden werden¹⁹². Die /43 Aufteilung der Staatsfunktionen auf bestimmte Staatsorgane hat den vorrangigen Zweck, den Missbrauch der Macht zu behindern. Das klassische Schema ist heute nicht mehr der beherrschende Ordnungsrahmen, da die politischen Entwicklungen zu grossen faktischen Änderungen in der Macht-

eidgenössische Schieds- und Rekurskommissionen sowie durch die Neuregelung des verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens, AJP 1994, S. 1223 ff.

¹⁸⁸ Vgl. Eichenberger, Rechtsschutz 966; Votum Rhinow, Amtl Bull S 1988 232 ("Zwischen Exekutive und Justiz"); Oeter, Landesbericht Schweiz 130 f.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 49 lit. c VwVG; 1. OG-Botschaft, BBl 1985 II 810; Oeter, Landesbericht Schweiz 124 f., vgl. N. 18/40.

¹⁹⁰ Nachdem im letzten Jahrhundert die Schaffung derartiger Instanzen scheiterte, vgl. Kölz, Verfassungsgeschichte 147.

¹⁹¹ Kägi, Gewaltentrennungsprinzip 210.

¹⁹² Vgl. undogmatisch Montesquieu, Esprit, XI. Buch, Kapitel 1-4; Aubert, Kommentar, N. 16 zu Art. 71 BV; Hangartner, Staatsrecht I 97 f.; Fleiner, Grundzüge 249; Mastronardi, Kriterien 505 ff.; Kölz, Kommentar 1 ff.; Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 146; Friedrich, Verfassungsstaat 208; Kägi, Dreiteilung 157; Giacometti, Gewaltentrennung 10; Rouiller, Protection 411 Anm. 530; Eichenberger, Unabhängigkeit 163; Imboden Max, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, in: Imboden, Staat 55 ff., insb. S. 63 und S. 74; Saladin, Verantwortung 48; Bolz, Rechtsschutz 155; Aubert, Kommentar zu Art. 71 BV, N. 71; dies ist auch das bemerkenswerte Ergebnis rechtsvergleichender Untersuchungen, vgl. Walter Hannfried, Der gerichtliche Rechtsschutz des einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt im Rechts- und Verfassungssystem, GGE 3, 7 ff., insb. S. 14 f.; J.P. Müller, Gerechtigkeit 167 ff.

balance geführt haben¹⁹³. Die Frage der organisatorisch richtigen und freiheitsschützenden Zuordnung von Staatsfunktionen auf Staatsorgane stellt sich heute anders als in der Mitte des 18. Jahrhunderts¹⁹⁴. Zudem geht es nicht um ein beziehungsloses Nebeneinander verschiedener Staatsfunktionen, sondern vielmehr um die Kooperation und gegenseitige Kontrolle der Staatsorgane¹⁹⁵. Dadurch erfolgt eine wirksame Mässigung der staatlichen Macht, indem ein wechselseitiges System der Hemmungen und Kontrollen¹⁹⁶ effektiv wird. Die moderne, schweizerische Staatsrechtslehre hat sich der von Werner Kägi¹⁹⁷ vorgeschlagenen "Entdogmatisierung" angeschlossen und die Gewaltenteilung und Gewaltenverbindung als *umfassende, politische Ordnungs-idee*¹⁹⁸ aufgefasst. Erscheinungsformen dieser umfassenden, politischen Gewaltenportionierung sind beispielsweise: die Schaffung formeller Gesetze durch das Parlament, die Unabhängigkeit der Justiz, der Dualismus von Verfassungs- und gewöhnlichem Gesetzgeber, das Zweikammersystem, die innere Strukturierung der Exekutive nach Departementen und nach dem Kollegialitätsprinzip, die Begrenzung der Amtsdauer, der Mehrparteienstaat, /44 der Föderalismus oder der Dualismus von Staat und Kirche¹⁹⁹. *Der*

¹⁹³ Vgl. N. 16/18 ff.

¹⁹⁴ Vgl. Kägi, Rechtsstaat - Sozialstaat 140; Kägi, Dreiteilung 161 ff.; Kägi, Rechtsstaat 176; Kägi, Gewaltenteilungsprinzip 158 ff. A.A. Achterberg, Funktionenlehre 109 ff.

¹⁹⁵ Vgl. Aubert, Kommentar, N. 15 zu Art. 71 BV; J.P. Müller, Gerechtigkeit 169.

¹⁹⁶ Vgl. z.B. Friedrich, Verfassungsstaat 211, "checks" und "balances"; nach Imboden, Gewaltentrennung 116 bricht nicht die blosser Teilung der Macht die Staatsgewalt, vielmehr erst der Einbezug von Widersprüchen schafft Alternativen; Bolz, Rechtsschutz 155 ("wechselseitiges Verantwortlich-Sein"); Saladin, Verantwortung 47 m.w.H.; Bäumlin Richard, Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung und Verwaltung, ZSR 1966 II 238.

¹⁹⁷ Vgl. Kägi, Dreiteilung 162; Kägi, Gewaltentrennungsprinzip 210 ff.; Eichenberger, Rechtsetzungsfunktion 14.

¹⁹⁸ Vgl. Hangartner, Staatsrecht I 94 ff.; Hangartner, Kernfragen 312; Saladin, Verantwortung 46; Eichenberger, Rechtsetzungsfunktion 14; Eichenberger, Unabhängigkeit 64 ff.; Eichenberger, Staat 337; Aubert, Kommentar, N. 16 zu Art. 71 BV; Hug, Regierungsfunktion 294; Brunschweiler, Gewalt 27 Anm. 86; P. A. Müller, Verwaltungsrechtspflege 164.

¹⁹⁹ Vgl. Kägi, Dreiteilung 165; Kägi, Gewaltentrennungsprinzip 215 f.; Friedrich, Verfassungsstaat 215; Riklin Alois, Erfindungen gegen Machtmissbrauch, in: Festschrift für

*Grundgedanke der umfassenden Gewaltenteilung besteht darin, dass immer dort, wo sich die Macht konzentriert, nach Möglichkeiten einer funktionsgerechten Aufteilung mit gegenseitigen Abhängigkeiten gesucht werden muss: "Die Schwierigkeiten, die sich aus geteilten Gewalten ergeben, sind gross; die Folgen der konzentrierten Macht aber sind katastrophal"*²⁰⁰.

II. Verwirklichung in der schweizerischen Verfassungsordnung

5 Die meisten Kantonsverfassungen verankern den Grundsatz der Gewaltentrennung ausdrücklich in der Kantonsverfassung, indem die gesetzgebende, verwaltende und rechtsprechende Gewalt als getrennt erklärt werden²⁰¹. Die übrigen Kantonsverfassungen und die Bundesverfassung verwirklichen die Gewaltenteilung nur implizit, indem die klassischen drei Staatsfunktionen auf die drei Staatsorgane verteilt und Unvereinbarkeiten formuliert werden²⁰². Die Gewaltenteilung wurde indes nur gebrochen rezipiert und auf das geschichtliche Herkommen der zum Teil schon früh entstandenen Staatsorgane angepasst. Auf diese Weise blieben gewaltenmonistische Konzepte bis in unser Jahrhundert hinein lebendig²⁰³.

6 Im Bund sollte die Bundesversammlung nach der ursprünglichen Absicht des Verfassungsgebers eine beherrschende Stellung innehaben. Sie war nicht nur Gesetzgeber, sondern sollte die Politik selber bestimmen; der

Walter Adolf Jöhr, Tübingen 1980, S. 125 ff.; J.P. Müller, *Gerechtigkeit* 167 ff. Löwenstein, *Verfassungslehre* 21 f., 31 ff., insb. 39 f. unterscheidet drei neue Staatsfunktionen: 1. Policy determination, 2. Policy execution und 3. Policy control; vgl. auch Schlussbericht 573 ff.; Schilling, *Unterstellung* 57; Nef, *Sinn* 325a.

²⁰⁰ Friedrich, *Verfassungsstaat* 215.

²⁰¹ Vgl. § 18 KV LU, Art. 65 Abs. 1 VE BE, Art. 75 KV UR, Art. 45 KV OW, Art. 41 KV NW, Art. 73 KV GL, Art. 58 KV SO, § 8 KV BS, Art. 26 KV SH, Art. 101 KV SG, § 68 Abs. 2 KV AG, § 10 KV TG, Art. 30 VD, Art. 18 KV NE, Art. 55 KV JU.

²⁰² BGE 102 Ia 64; vgl. Aubert, *Kommentar*, N. 6 ff., 20 zu Art. 71 BV.

²⁰³ Vgl. N. 3/8.

Bundesrat war als gefügiges Vollzugsorgan der Bundesversammlung geplant worden. Ferner /45 war sie auch oberste Richterin²⁰⁴. Diese Vorrangstellung rührte daher, dass sie als Nachfolgerin der Tagsatzung als ein "Gouvernement d'assemblée"²⁰⁵ konzipiert war²⁰⁶. Erst der nach 1874 erfolgende Ausbau der direktdemokratischen Rechte im Bund und die Errichtung einer eigenständigen Bundesverwaltung relativierte die "Allmacht" der Bundesversammlung. Ausserdem wurden die Rechtsprechungskompetenzen der Bundesversammlung, nachdem sich der neue Bundesstaat etabliert hatte, allmählich auf das Bundesgericht übertragen²⁰⁷. Heute noch kann im Bund das Verhältnis der drei Gewalten nicht als "gleichgewichtig" bezeichnet werden; die Justiz ist nach wie vor "untergewichtig"²⁰⁸. Der Befund von Albert Venn Dicey über die Gewaltenbalance im Bund trifft daher im Kern immer noch zu:

"... according to any English standard, Swiss statesmanship has failed as distinctly as American statesmanship has succeeded in keeping the judicial apart from the executive department of government, and that this failure constitutes a serious flaw in the Swiss Constitution"²⁰⁹.

7 Die Westschweizer Kantone haben die Modellvorstellungen Montesquieus relativ modellgetreu rezipiert; Straf- und Zivilsachen haben sie von Anfang an den Gerichten übertragen. Bemerkenswert sind die vereinzelt Rechtsweggarantien für diese Materien in den

²⁰⁴ Vgl. N. 16/10.

²⁰⁵ Vgl. Guhl, Bundesgesetz 16; Kägi, Rechtsstaat 197; Riklin Alois, Die schweizerische Staatsidee, ZSR 1982 I 236.

²⁰⁶ Vgl. Kölz, Bedeutung 514 f.; Oswald, Gewaltentrennung 431a; Möckli Silvano, Politische Ideen in der Schweiz, Diss. St. Gallen 1985, S. 185.

²⁰⁷ Vgl. N. 7/9.

²⁰⁸ Vgl. Aubert, Kommentar, N. 23, 58 ff. zu Art. 71 BV; Kölz, Bedeutung 514 f.; Eichenberger Kurt, Richterstaat und schweizerische Demokratie, in: Eichenberger, Staat 11 ff., insb. S. 36; Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit 659 f. m.w.H.; Kley-Struller, Anspruch 42; Bericht, Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, BBl 1937 III 26.

²⁰⁹ Dicey, Introduction 170.

Westschweizer Verfassungen²¹⁰. Dagegen konnte sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Westschweiz nur schwer durchsetzen; das Pendant zum französischen Conseil d'Etat fehlte. So hatte der Kanton Waadt erst 1989 beschlossen, für kantonale Streitsachen ein Verwaltungsgericht einzusetzen²¹¹.

8 In den Deutschschweizer Kantonen, namentlich in den Landsgemeindekantonen, konnte sich die dritte Gewalt nur langsam durchsetzen. Eindrücklich ist der im Kanton Appenzell I.Rh. - bald nicht mehr - praktizierte *Gewaltenmon- /46 ismus*. Die Mitglieder der Standeskommission gehören nicht nur von Verfassungs wegen dem Kantonsparlament an²¹²; die Kantonsregierung war bis 1986 oberste Strafrichterin als Kassationsbehörde in Strafsachen²¹³, und in Zivilsachen war sie als Kassationsgericht zuständig²¹⁴. Ferner fehlt in kantonalen Verwaltungssachen eine allgemeine Gerichtsbarkeit. Bei einem solchen - zugegebenermassen extremen - Organisationsmodell fällt es schwer, überhaupt noch von Gewaltenteilung zu sprechen²¹⁵. Diese Machtkonzentration in den Händen der Standeskommission wird nun im Zuge der 1994 beschlossenen Verfassungsreform aufgehoben²¹⁶. Der Kanton Appenzell I.Rh. übernimmt damit das Modell der Gewaltenteilung.

²¹⁰ Vgl. N. 9/2 und 5/16 m.H.

²¹¹ Vgl. Loi sur la juridiction et la procédure administratives du 18.12.1989.

²¹² Vgl. Art. 22 Abs. 1 KV AI; allerdings gilt die Landsgemeinde als gesetzgebende Körperschaft, das Parlament gehört zur "Verwaltung".

²¹³ Vgl. Hauser Robert, Zur Totalrevision der Strafprozessordnung von Appenzell-Innerrhoden, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1987 228 ff., insb. S. 234.

²¹⁴ Vgl. Oswald, Gewaltentrennung 473a; dies war früher auch im Kanton St. Gallen gegeben, vgl. Kley-Struller, Privatrecht 31 f.

²¹⁵ Vgl. BGE 6, 230; 8, 244; Giacometti, Gewaltentrennung 11 f.

²¹⁶ Vgl. die an der Landsgemeinde 1994 beschlossene Änderung der Art. 22-29 KV AI sowie weiterer Bestimmungen, wonach die Regierungsmitglieder nicht mehr dem Parlament angehören.

9 Trotz der erheblichen Unterschiede ist die Gewaltenteilung ein wesentlicher Grundsatz für die Organisation der Behörden in Bund und Kantonen²¹⁷.

Zum Schutze der Stammfunktion eines Staatsorgans könnte die Gewaltenteilung als *Garantie einer minimalen Kompetenzzuweisung* verstanden werden. Für den Bereich der Gerichtsbarkeiten ergäbe sich daraus die Garantie einer minimalen sachlichen Zuständigkeits- und Überprüfungsbefugnis der Gerichte. Würde die Gewaltenteilung gar als verfassungsmässiges Recht verstanden, könnte sie als Rechtsschutzgarantie gegen die Verwaltung interpretiert werden.

III. Gewaltenteilung als verfassungsmässiges Recht?

10 Das Bundesgericht anerkennt die Gewaltentrennung im Verhältnis zwischen Parlament und Regierung und in bestimmten Konstellationen als ein *verfassungsmässiges Recht*. Regelt die Exekutive ohne oder in Überschreitung ihrer (delegierten) Kompetenz eine Materie, die in einem formellen Gesetz normiert werden müsste, so ist dagegen das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde gegeben. Ein Beschwerdeführer muss dabei die Rüge der Verletzung der Gewaltentrennung erheben; die Legitimation ist aber nur gegeben, wenn jemand in rechtlich geschützten Interessen betroffen ist²¹⁸. Delegiert hingegen der Gesetzgeber einen zu grossen Bereich seiner Zuständigkeit an die Exekutive, so ist dagegen die Rüge der Verletzung des politischen Stimmrechts im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde gemäss Art. 85 lit. a OG zulässig; hier ist jeder Stimmberechtigte zur Beschwerde

²¹⁷ Vgl. Hangartner, Staatsrecht I 94; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht N. 607 ff.; Beeler Werner, Personelle Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit in Bund und Kantonen, Diss. Zürich 1982, S. 85 ff., 99 ff., 105 ff., 114 ff.; Aubert, Kommentar, N. 24 zu Art. 71 BV.

²¹⁸ BGE 105 Ia 359, 112 Ia 138, vgl. Hangartner, Staatsrecht II 202; J.P. Müller, Grundrechte 382.

legitimiert²¹⁹. Die Lehre hat diese Praxis kritisiert und verlangt, dass unabhängig davon, ob die Exekutive die delegierten Kompetenzen überschreitet oder der Gesetzgeber zu viel delegiert, stets die *Stimmrechtsbeschwerde* gemäss Art. 85 lit. a OG offenstehen solle²²⁰.

11 Das Bundesgericht hat ferner festgehalten, dass Volksinitiativen auf Erlass von Verwaltungsakten im Zuständigkeitsbereich der Regierung die Gewaltentrennung verletzen können²²¹. Im Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichten und Exekutive hat das Bundesgericht die Gewaltentrennung bislang gerade *nicht* als Grundrecht anerkannt; es finden sich nur wenige Äusserungen, wonach aus dem wohlverstandenen Grundsatz der Gewaltentrennung einerseits Regierung und Verwaltung einen Ermessensspielraum zu belassen sind, und andererseits der Verwaltungsrichter auf die blossе Rechtskontrolle zu beschränken ist. Damit komme das Verwaltungsgericht seiner Aufgabe vollumfänglich nach²²². Diese Einschränkung des "Gewaltentrennungsgrundrechts" auf das Verhältnis zwischen Exekutive und Parlament ist auf die angeführte Praxis des Bundesgerichts zu den politischen Rechten zurückzuführen²²³. Würde das Bundesgericht den Forderungen der Lehre entsprechen, so entfielen im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde die Gewaltentrennung als ein Grundrecht. Denn sie hat als "Grundrecht" nur eine verfahrens- /48 rechtliche Bedeutung bei der staatsrechtlichen Beschwerde. Die Gewaltentrennung verteilt die Zuständigkeiten zwischen den obersten Staatsorganen nicht zwingend, sondern stellt ein *politisches Prinzip* dar, das auf unterschiedliche Weise verwirklicht werden kann. /49

²¹⁹ BGE 105 Ia 361 ff.; J.P. Müller, Grundrechte 382.

²²⁰ Vgl. Auer Andreas, Politische Rechte und Gewaltentrennung, ZBl 1981 346; J.P. Müller, Grundrechte 382.

²²¹ Vgl. BGE 108 Ia 39, 104 Ia 418, 111 Ia 120; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung I Nr. 5 B V, S. 38.

²²² Vgl. BGE 115 Ia 191; vgl. auch Schlussbericht 174.

²²³ Vgl. Huber, Grundrechte 222.

§ 4. Legalitätsprinzip und Gerichtsschutz

I. Demokratische Gesetzgebung als Garantie prozeduraler Freiheit

1 Das Misstrauen gegen die Übermacht der Exekutive rief nach dem Prinzip der *Gewaltenteilung*²²⁴. Die Regierung soll nach der Intention der französischen Revolutionsverfassungen "an das Gesetz, und nur an das Gesetz gebunden sein"²²⁵. Wichtigstes Anliegen war die Trennung von abstrakter Rechtsetzung und konkreter Rechtsanwendung. Das Legalitätsprinzip ist aus der Gewaltenteilungslehre entstanden²²⁶. Der bürokratischen Übermacht soll ein parlamentarisches Regulativ entgegengesetzt werden. Der Gesetzesvorbehalt wirkt daher nach dem ursprünglichen Konzept als eigentliche Garantie des gewaltenteiligen und damit freiheitsverbürgenden Staates. Dementsprechend galten die Freiheitserklärungen in den französischen Revolutionsverfassungen *gerade nicht* als inhaltliche, subjektive Abwehrrechte, sondern als programmatische Anweisungen an den demokratischen Gesetzgeber²²⁷. Nach der Konzeption der französischen Revolution sollte die parlamentarische Demokratie die Grundrechte verwirklichen²²⁸; diese werden durch das demokratische Gesetzgebungsverfahren zu "objektivem" Recht. Der Rechtsschutz wird durch die Verfahren der demokratischen Mitwirkung sichergestellt²²⁹.

2 Immanuel Kant hat in seiner Rechtsphilosophie das *klassische Verständnis* der Freiheitsrechte als Prinzipien *objektiver Ordnung* schon vor der französischen Revolution auf den Begriff gebracht, als er diese nicht als inhaltliche, sondern als *prozedurale Prinzipien* begründete. Nach Kant

²²⁴ Vgl. Hassemer, Recht 73.

²²⁵ Imboden, Gesetz 5.

²²⁶ Vgl. Imboden, Gesetz 8; Eichenberger, Unabhängigkeit 67 m.w.H.; Görlitz, Funktionen 73; Hassemer, Recht 73.

²²⁷ Vgl. z.B. Hangartner, Staatsrecht II 27; Löwenstein, Verfassungslehre 341; Maus, Theorie 299 f.; Maus, Justiz 132; Görlitz, Funktionen 73.

²²⁸ Vgl. Löwenstein, Verfassungslehre 341; Maus, Theorie 299 f.; Maus, Justiz 132; Hangartner, Staatsrecht II 9, 27; Redlob Robert, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, Leipzig 1912, S. 94 f.; J.P. Müller, Gerechtigkeit 172; J.P. Müller, Soziale Grundrechte 818; J.P. Müller, Privatrecht 88 ff., 169 ff.; Häberle, Grundrechte 129

²²⁹ Vgl. Goerlich, Verfahrensgarantien 231 ff.

bezeichnen Freiheit, Gleichheit und Selbständigkeit als "Prinzipien a priori"²³⁰, nicht Inhalte eines höheren Rechts, die als Massstab den positiven Gesetzen vorausliegen, *sondern das demokratische Gesetzgebungsverfahren selbst*. Kant definiert die Freiheit der Staatsbürger als solche, "keinem anderen Gesetz zu gehorchen, als zu welchem er seine Beistimmung gegeben hat"²³¹. Kants Freiheitsrechte bilden also nicht Rechte *gegen* Gesetzgeber und Exekutive als vielmehr *demokratische Teilhaberechte* an der Gesetzgebung. Die Bürger nehmen ihre Rechte wahr, indem sie am politischen Entscheidungsprozess teilnehmen. Kant sah in der "Freiheit der Feder das einzige Palladium der Volksrechte"²³². Die Kontrolle der Gesetzgebung war nach Kant nur "von unten"²³³ durch eine kritische Presse möglich.

3 Die *Verwaltungsgerichtsbarkeit* schliesst an diesen ursprünglichen Gedanken des Legalitätsprinzips unmittelbar an und entwickelt ihn weiter. Auch sie atmet einen demokratischen und freiheitsverbürgenden Geist. Bähr und Gneist - die beiden theoretischen Wegbereiter der Verwaltungsgerichtsbarkeit in deutschen Landen - haben die Unterwerfung der Exekutive unter das demokratische Gesetz gefordert²³⁴ und *zu diesem Zwecke* eine gerichtliche Kontrolle aller Exekutivakte postuliert. Damit sollte die Herrschaft des Gesetzes in Bereiche ausgedehnt werden, die bis anhin als freie "Ermessenskompetenz" der Exekutive galten. Auf diese Weise sollte der Zusammenhang mit der prozeduralen, objektivrechtlichen Konzeption der Freiheitsrechte wiederhergestellt werden. Otto Mayer bringt die demokratisch-prozedural motivierte Anbindung der Exekutive an den Gesetzgeber durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit deutlich zum Ausdruck:

²³⁰ Vgl. Kant, *Gemeinspruch* 145.

²³¹ Vgl. Kant Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, in: Weischedel Wilhelm (Hrsg.), *Werkausgabe Band VIII*, Frankfurt a.M. 1968, S. 301 ff., insb. S. 432.

²³² Vgl. Kant, *Gemeinspruch* 161. Zur Pressefreiheit als Kompensation fehlender Gerichtskontrolle vgl. N. 19/14.

²³³ Maus, *Theorie* 301; vgl. auch Maus, *Justiz* 143.

²³⁴ Wenngleich damals die Gesetzgeber noch nicht wirklich demokratisch organisiert waren, sondern bloss eine Art Vetorecht besaßen, vgl. Maus, *Theorie* 303.

"Was dadurch beschränkt wird, ist lediglich ... die vollziehende Gewalt. Und zwar in echt demokratischer Weise. Die wichtigsten Seiten, an welchen der Mensch und Bürger der Staatsgewalt gegenüber empfindlich ist, werden unter die Obhut des Gesetzes und damit der Nationalversammlung genommen, die dafür gut steht, dass es nicht allzuschlimm werde; das ist ihr Pakt mit der Masse. Das Gesetz kann alles; alle Freiheitsrechte, Art. 4 bis 11 der Erklärung, sind durch das Gesetz beschränkbar"²³⁵. /51

Das in der damaligen Diskussion häufig vorgebrachte Postulat der strikten Gesetzesbindung des Richters sollte der Exekutive die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit *politisch näherbringen*. Später verselbständigte sich dieses *ursprünglich politische* Argument und wurde zu einem Ansatz der juristischen Methodenlehre²³⁶.

4 In den Vereinigten Staaten setzte sich von Anfang an die Konzeption der Freiheitsrechte als *subjektive Rechte* durch²³⁷. Denn die "Founding Fathers" waren vom Parlament in London so sehr enttäuscht, dass sie kein grosses Vorschuss-Vertrauen in die Gesetzgebung setzten. Das *Misstrauen gegen den demokratischen Gesetzgeber* führte zur Einsetzung des Supreme Court mit der Befugnis, die Verfassungsmässigkeit der Gesetze zu prüfen²³⁸. Die *Verfassungsgerichtsbarkeit* tritt in Konkurrenz zur Demokratie auf, indem nicht der öffentliche Gesetzgebungsprozess, sondern die höhere Erkenntnis des Verfassungsgerichtes die Freiheit der einzelnen schützen soll. Die Ambivalenz zwischen Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit zeigt sich deutlich in der schweizerischen Entwicklung. Die Bundesverfassung von 1848 setzte das Parlament von 1848 bis zur Jahrhundertwende als obersten Verfassungsrichter

²³⁵ Mayer, Verwaltungsrecht 70 Anm. 12.

²³⁶ Vgl. N. 13/5.

²³⁷ Vgl. Hamilton Alexander/Madison James/Jay John, The Federalist Papers, No. 78: Hamilton, New York: Mentor Book 1961; Löwenstein, Verfassungslehre 250, 333 ff.

²³⁸ Siehe das berühmte Urteil Marbury vs. Madison von 1803, vgl. Haller, Supreme Court 121 ff.; Löwenstein, Verfassungslehre 249, 252 m.w.H.; Hangartner, Staatsrecht II 9.

ein²³⁹; ausserdem darf das 1874 eingesetzte Bundesgericht die Bundesgesetze nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen (Art. 113 Abs. 3 und 114bis Abs. 3 BV). Beide Vorkehren gaben der Bundesverfassung eine demokratische "Schlagseite"²⁴⁰, die auf den Ursprung einer dem Parlament anvertrauten Sicherung der Individualfreiheit zurückweist²⁴¹. /52

II. Relativierung des Gesetzmässigkeitsprinzips

5 Die zunehmende Bedeutung ökonomischer Ideen und Postulate in der Mitte des letzten Jahrhunderts wandelte die Begründung für das Gesetzmässigkeitsprinzip ab. Das Legalitätsprinzip wurde nicht mehr mit der Gewaltenteilung und dem Schutz der Freiheit durch das demokratische Parlament, als vielmehr mit dem persönlichen Eigentum und der ökonomischen Entfaltungsfreiheit des einzelnen begründet²⁴². Danach gehörten nur noch *Eingriffe in Freiheit und Eigentum* zum Vorbehalt des Gesetzes²⁴³. Das Gebot

²³⁹ Vgl. staatsrechtlicher Rekurs an die Bundesversammlung, allmählich an das Bundesgericht übertragen, vgl. N. 7/9.

²⁴⁰ Vgl. Kölz, Bedeutung 514; Hangartner, Staatsrecht I 198; Kälin, Verfahren 35; Burckhardt, Kommentar, 3. A., 789 f. Im Gegensatz dazu hat das deutsche Bundesverfassungsgericht inhaltliche Positionen, die in der Schweiz vom Parlament beschlossen werden, mit seiner "Grundgesetztheologie" (Seifert Jürgen, Grundgesetz und Restauration, Darmstadt/Neuwied 1974, S. 12) besetzt. Nach Ingeborg Maus behandelt das Bundesverfassungsgericht die Verfassung wie die Bibel, aus der "Schriftgelehrte" die richtigen Werte und Verhaltensweisen unmittelbar deduzieren (vgl. Maus, Justiz 131). Die Kontrolle der Staatstätigkeit "von unten" werde von der richterlichen Entscheidungstätigkeit abgelöst (vgl. Maus, Justiz 131; Maus, Theorie 307).

²⁴¹ Vgl. J.P. Müller, Kommentar, N. 139 zur Einleitung zu den Grundrechten; J.P. Müller, Gerechtigkeit 174; G. Müller, Kommentar, N. 6 zu Art. 4 BV. Vgl. zum Idealverlauf Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 168.

²⁴² Vgl. Voigt, Verrechtlichung 19 m.w.H.; Maus, Theorie 304; Maus, Justiz 127; Imboden, Gesetz 12 f.; Görlitz, Funktionen 75; Görlitz, Puissance 269; Löwenstein, Verfassungslehre 338.

²⁴³ Vgl. den Klassiker Mayer, Verwaltungsrecht 70; Imboden, Gesetz 12.

der Gesetzmässigkeit der Verwaltung löste und verselbständigte sich immer mehr aus dem Gewaltenteilungsprinzip²⁴⁴. Für die Leistungsverwaltung war daher kein formelles Gesetz notwendig; dieser Konzeptionswechsel veränderte im Zuge der Entwicklung zum Leistungsstaat die Kompetenzaufteilung zwischen Regierung und Parlament grundlegend. Die Exekutive konnte das Territorium ihrer "Ermessenskompetenz"²⁴⁵ unter dieser nurmehr beschränkten Gesetzesherrschaft behaupten und sogar noch ausweiten

6 Im modernen Sozial- und Interventionsstaat des ausgehenden 20. Jahrhunderts übernimmt das Recht nicht bloss die ursprüngliche Funktion der Konfliktregelung und der Koordination. Die gesellschaftliche und vor allem wirtschaftliche Entwicklung hat komplexe Sozialsysteme²⁴⁶ hervorgebracht, die in verschiedenster Hinsicht des Schutzes und der Stützung durch das Recht bedürfen. Dabei ist das Anwachsen des positiven Rechts infolge des stark gewachsenen Konfliktlösungsbedarfes und des allmählichen Abbaues traditioneller, ausserrechtlicher Konfliktlösungssysteme nicht nur ein quantitatives Phänomen. Vielmehr wird die hoheitliche, politische Lenkung der Gesellschaft durch das gesetzte Recht immer bedeutsamer²⁴⁷. Das Recht wird zum Instrument der Politik. Es erstaunt daher nicht, dass das öffentliche /53 Recht in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts in einem ungeheuren Masse angewachsen ist. Auch das Privatrecht wird immer mehr in den Dienst des politisch Wünschbaren gestellt und beispielsweise wird die Benützung privatrechtlicher Formen von öffentlichrechtlichen Bewilligungen abhängig gemacht²⁴⁸. Diese vielfach beschriebene Rechtsetzungsinflation soll die allgemeine Problemlö-

²⁴⁴ Vgl. Imboden, Gesetz 5; Görlitz, Funktionen 73.

²⁴⁵ Vgl. N. 18/10 lit. c.

²⁴⁶ Namentlich Niklas Luhmann hat Staat und Gesellschaft als soziales System analysiert und mit seinen Arbeiten einen grossen Einfluss auf die deutschsprachige Rechtswissenschaft ausgeübt, vgl. z.B. die Darstellung bei Görlitz, Funktionen 40 ff. m.w.H.

²⁴⁷ Diese sog. "Steuerungsfunktion" des Rechts ist mehrfach prägnant beschrieben worden, vgl. z.B. G. Müller, Rechtsetzung 6 ff.; Schmid, Funktionen 217 f. je m.w.H.

²⁴⁸ Vgl. z.B. den dringlichen Bundesbeschluss vom 6.10.1989 über eine Sperrfrist für die Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke und die Veröffentlichung von Eigentumsübertragungen von Grundstücken, AS 1989 1974, SR 211.437.1 (befristet bis 31.12.1994).

sungserwartung der Gesellschaft an den Staat befriedigen²⁴⁹. Die daraus resultierende Überforderung des Gesetzgebers machte eine umfangreiche exekutivische Rechtsetzung erforderlich²⁵⁰. Der Gesetzgebungsstaat des letzten Jahrhunderts ist durch den Exekutivstaat der Gegenwart abgelöst worden²⁵¹. Die durch das Bundesgericht 1977 vollzogene Rückdehnung des Gesetzesvorbehaltes auf die Leistungsverwaltung²⁵² konnte den exekutivischen Terraingewinn in der Rechtsetzung nicht rückgängig machen²⁵³. Die Folgen dieser Entwicklung treten im Hinblick auf den Individualrechtsschutz deutlich zu Tage. Die prozedurale Freiheitssicherung findet nur sehr beschränkt im demokratisch gewählten Parlament statt.

III. Ausblick: Wiederherstellung prozeduraler Freiheit im Medium der Sprache

7 Der kantische Gedanke prozeduraler Freiheit lässt sich unter den Bedingungen des Exekutiv- und Leistungsstaates in seiner ursprünglichen Konzeption nicht mehr verwirklichen. Die Gewährleistung der Freiheit ist aber ein derart zentrales Anliegen des demokratischen Rechtsstaates, dass es auf eine andere Weise verwirklicht oder - falls es verlorengegangen ist - wiederhergestellt werden muss. Soll die Freiheit im Sinne von Kant und den französischen Revolutionsverfassungen verfahrensrechtlich geschützt werden, so muss das in der Gesetzgebung Versäumte oder nicht Mögliche nachgeholt werden. In welchem Stadium der Rechtsverwirklichung ist dies möglich oder vom Legalitäts- und Gewaltenteilungsprinzip her sogar gefordert? Diese Frage kann nur beantwortet werden, wenn das methodische *Problem der Rechtsanwendung und Rechtsprechung* geklärt ist.

²⁴⁹ Vgl. N. 16/20 ff.

²⁵⁰ Vgl. N. 16/21.

²⁵¹ Vgl. N. 16/26.

²⁵² Vgl. BGE 103 Ia 369.

²⁵³ Vgl. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 122.

8 Die Rechtsstaatsbewegung des letzten Jahrhunderts hat die *strikte Gesetzesbindung* der Exekutive und des Verwaltungsrichters als ein *politisches* Argument benützt. Später ist dieses Postulat von der juristischen Methodenlehre aufgenommen worden. Danach ist die Rechtsanwendung ein formallogischer Deduktionsvorgang. Benützt man nur den richtigen Methodenkanon, so ist die Gesetzesbindung einfach herstellbar. Ist dieser Ansatz richtig, wenn vor allem in Betracht gezogen wird, dass Gesetzgebung und Gesetzesanwendung sich im Medium der Sprache abspielen?

9 Das aus der Gewaltenteilungslehre herrührende Legalitätsprinzip verlangt, dass die gesetzgebende Versammlung ihre Lösungen der politischen und gesellschaftlichen Sachprobleme förmlich "*zur Sprache*" und an die Öffentlichkeit bringt²⁵⁴. Will das Parlament ein politisches Problem mit einer gesetzgeberischen Massnahme lösen, so resultiert aus der Verhandlung ein geschriebener Gesetzestext als Kondensat der vorgängigen, politischen Erörterungen. Kant spricht diesen Sprachvorgang mit seinem prozeduralen Verständnis der abstrakten Gesetzgebung an²⁵⁵.

In der konkreten Rechtsanwendung werden mit den Mitteln der mitmenschlichen Kommunikation der Sachverhalt, die Bedeutung des Gesetzes und die daraus zu ziehenden Schlüsse erörtert. Die Beteiligten sollen das soziale Handeln im Rahmen des Kommunikationskontextes *verstehen und sich verstanden fühlen* können. Das gesetzte Recht strukturiert diesen *Kommunikationsprozess*. Es veranlasst den Rechtsanwender und die Parteien eines Rechtsstreites zur sprachlichen Auseinandersetzung anhand des Sachverhaltes²⁵⁶. Wieweit das Recht das Ergebnis vorherbestimmen kann, ist aus den Erkenntnissen der modernen, juristischen Methodenlehre, der Sprachphilosophie, der Rechtssoziologie und politikwissenschaftlicher Ansätze zu unter-

²⁵⁴ Die Sprache als Medium des Rechts tritt in den letzten Jahren zunehmend in den Blickwinkel der Methodenlehre: Vgl. Hassemer, *Recht* 71 f.; Zäch, *Recht* 45 ff.; vgl. den Sammelband: Grewendorf Günther (Hrsg.), *Rechtskultur als Sprachkultur*, Frankfurt a.M. 1992; Busse, *Semantik*.

²⁵⁵ Vgl. N. 4/2.

²⁵⁶ Vgl. N. 15/23.

suchen²⁵⁷. Ist indessen diese "Anbindung" der Rechtsanwendung an das /55
Gesetz aus methodologischen Gründen unmöglich, so *muss* die prozedurale
Freiheitssicherung in die Rechtsanwendung hinein verlagert werden. /56

²⁵⁷ Vgl. N. 13/1 ff., 14/1 ff., 15/1 ff. und 16/1 ff.

§ 5 Grundrechte als Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien?

I. Grundgedanke

1 Die Grundrechte enthalten nach dieser modernen Weiterentwicklung²⁵⁸ nicht nur Freiräume, sondern zugleich effiziente Verfahren zur Entscheidung von Grundrechtsstreitigkeiten. Die Grundrechte sind - um eine berühmte Formulierung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes aufzunehmen - in ihrer *personenhaften Bezogenheit*²⁵⁹ nicht etwa Sach- sondern *Rechtsträgergarantien*, welche dem einzelnen die prozessual durchsetzbare Befugnis verleihen, "jede ungerechtfertigte Einwirkung auf den Bestand der geschützten Güter abzuwehren"²⁶⁰. Eine Grundrechtsstreitigkeit muss daher in einem *gerichtlichen, fairen und kontradiktorischen Verfahren* ausgetragen werden. Auf diese Weise halten die Grundrechtsgewährleistungen selbst eine effektive, verfahrensrechtliche Sicherung ihrer Inhalte bereit. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Eigentumsgarantie hat diesen Gedanken schon früh aufgenommen.

II. Ansätze in der schweizerischen Grundrechtsprechung

2 Die Eigentumsgarantie war in allen Kantonsverfassungen garantiert, als das Bundesgericht sie 1959²⁶¹ anerkannte. 1969 wurde die Eigentumsgarantie als Art. 22ter in die Bundesverfassung eingefügt. Die grundsätzlich als Bestandesgarantie konzipierte Eigentumsgarantie wandelt sich in Art. 22ter Abs. 3 BV /57 zur *Vermögenswertgarantie*²⁶², wenn die Voraussetzungen der

²⁵⁸ Die Grundidee ist freilich alt, vgl. z.B. Hattenhauer Hans (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Frankfurt a.M./Berlin 1970, S. 54, § 94: "Wem die Gesetze ein Recht geben, dem billigen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann"; Eichenberger, Unabhängigkeit 59.

²⁵⁹ Vgl. zur Personalität im Verfahren N. 17/15 ff.

²⁶⁰ Vgl. BVerfGE 24, 400, vgl. ausführlicher N. 5/12 ff.

²⁶¹ Vgl. BGr v. 11.5.1960, ZBl 1961 72 unter Hinweis auf zwei nicht publizierte Entscheide aus dem Jahr 1959.

²⁶² Vgl. G. Müller, Kommentar, N. 18 zu Art. 22ter BV; Hangartner, Staatsrecht II 159; so

materiellen oder formellen Enteignung erfüllt sind²⁶³. Denn Art. 22ter Abs. 3 BV sieht vor, dass zulässige Beeinträchtigungen der Bestandesgarantie *voll* zu entschädigen sind.

Das Bundesgericht hat in seiner nicht immer konsequent durchgehaltenen Rechtsprechung²⁶⁴ zur Enteignung festgehalten, dass die Kantone von *Verfassung wegen ein gerichtliches Verfahren* vorzusehen haben, in welchem der Enteignete seine Entschädigungsansprüche geltend machen kann²⁶⁵. Diese *aus der Eigentumsgarantie entnommene Gerichtsschutzgarantie* war zunächst von den Kantonen zu erfüllen. Das Bundesgericht *inkorporierte*²⁶⁶ dabei die Möglichkeit der staatsrechtlichen Beschwerde in das kantonale Gerichtsverfahren. Es prüfte nur, ob es dem Betroffenen möglich war, die Entschädigung auf gerichtlichem Weg geltend zu machen²⁶⁷. War diese Möglichkeit vorhanden, so trat das Bundesgericht auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht ein. Bestand jedoch keine Gerichtsschutzgarantie oder wurde die Entschädigungspflicht von vorneherein ausgeschlossen²⁶⁸, so prüfte das Bundesgericht, ob eine materielle Enteignung vorliege. Später hat es diese Rechtsprechung geändert und für die Beurteilung der Zulässigkeitsfrage und der Entschädigungsfrage je eine staatsrechtliche Beschwerde verlangt. Bei Verfahren, in denen die Verfassungsmässigkeit einer Eigentumsbeschränkung bestritten wurde, prüfte das Bundesgericht zunächst nur, ob eine gesetzliche Grundlage, das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit gegeben war. Der Entschädigungsanspruch war in einer allfälligen zweiten staatsrechtlichen Beschwerde zu klären, wenn die kantonale Gerichtsinstanz diesen verneint hatte²⁶⁹. /58

auch die grundsätzliche Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, BVerfGE 35, 361; 24, 397.

²⁶³ Hangartner, Staatsrecht II 159; J.P. Müller, Grundrechte 333 ff., 338 ff.

²⁶⁴ Vgl. Saladin, Grundrechte 176 Anm. 192.

²⁶⁵ Vgl. BGE 120 Ia 213, 112 Ib 177 f. m.w.H., BGE 98 Ia 33 und BGr v. 10.10.1973, ZBl 1974 174 (allerdings zu § 9 Abs. 2 KV LU, vgl. N. 5/4); Saladin, Grundrechte 176.

²⁶⁶ Trotz der Rechtsweggarantie des Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, die an sich vom Bundesgericht selber zu erfüllen ist, vgl. N. 7/9.

²⁶⁷ Vgl. z.B. BGE 43 I 206, 68 I 157 f., 81 I 347 f. und 350, 82 I 161 f., 84 I 176, 91 I 337 f., 93 I 137.

²⁶⁸ Vgl. BGE 69 I 234.

²⁶⁹ Vgl. Grisel André, Droit administratif, 1. A., Neuchâtel 1970, S. 407; Zimmerli Ulrich, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur materiellen Enteignung, ZBl 1974 137 ff., insb. S. 139.

3 Mit gutem Grund wurde aus der Eigentumsgarantie, und nicht aus einem ideellen Grundrecht, ein Anspruch auf gerichtliche Beurteilung von Grundrechtsstreitigkeiten zwischen individuellem und Gemeinwesen hergeleitet. Die vermögensrechtlichen Ansprüche wurden als so bedeutsam angesehen²⁷⁰, dass ein effizientes Verfahren zu deren Beurteilung bereitgestellt werden sollte. Das war auch insofern gerechtfertigt, als zur Beurteilung dieser vermögenswerten Frage die Verwaltung als Richter in eigener Sache eine denkbar ungeeignete Instanz war²⁷¹. Diese interessante verfahrensrechtliche Absicherung der Eigentumsgarantie ist ursprünglich nicht einem autonomen, schweizerischen "Due-Process-Denken"²⁷² zu verdanken, sondern der im letzten Jahrhundert stark verbreiteten *Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen* auf das im Entstehen begriffene öffentliche Recht²⁷³.

4 Die Rechtsweggarantie für Enteignungsentschädigungen wurde ursprünglich in den Regenerationsverfassungen verankert²⁷⁴ und hielt sich bis heute in

²⁷⁰ Vgl. N. 17/22.

²⁷¹ Vgl. Leibholz/Rinck/Hesselberger, Grundgesetz-Kommentar zu Art. 14 GG, N. 1206.

²⁷² Der Due Process kann hier aus Raumgründen nicht weiterverfolgt werden. In den USA ist von Laurence H. Tribe (vgl. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 61 ff.; Goerlich Helmut, Zur strukturellen Gerechtigkeit der amerikanischen Verfassung, AöR 1978 425 ff., insb. 461 ff.) ein interessanter Ansatz entwickelt worden, der zusätzlich zum materiell- und verfahrensrechtlichen Grundrechtsschutz eine dritte Kategorie verfassungsrechtlicher Begrenzung hoheitlichen Handelns entwickelt: Danach müssen die Verfahren, in denen Hoheitsakte formuliert werden, so *strukturiert* werden, dass sie eine echte Partizipation der Betroffenen am Entscheidungsprozess ermöglichen. J.P. Müller hat diesen Gedanken des Structural Due Process (vgl. J. P. Müller, Anforderungen 173; J.P. Müller, Verfassungsgerichtsbarkeit 79 ff.) in der Schweiz fruchtbar gemacht (vgl. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 63). Danach beurteilt sich die "Legitimität einer Massnahme nach der Sachgerechtigkeit des Entscheidorgans, des Entscheidverfahrens und der Begründung. Das für Beurteilungen von Grundrechtseinschränkungen zuständige Organ soll durch seine Zusammensetzung, die Art seiner Wahl und die ihm eigene Verfahrensart (z.B. eben durch persönliche Anhörung) die grösstmögliche Gewähr für jene Individualisierung und Beachtung aller relevanten Gesichtspunkte bieten, die der gerade in Frage stehende Sachbereich und Eingriff verlangt" (ähnl. Rhinow, Rechtsetzung 191 f.).

²⁷³ Vgl. N. 17/21 ff.

²⁷⁴ Beispielsweise in den Kantonen St. Gallen und Zürich gilt diese Garantie seit 1831, vgl. Art. 15 aKV SG (1831), Text: Gesetzes-Sammlung 1803-1839, St. Gallen 1842, S. 20 ff.; Art. 15 aKV ZH (1831), Text: Nabholz/Kläui, Quellenbuch 243 ff. Dies geschah

den noch geltenden älteren Kantonsverfassungen²⁷⁵. Der garantierte Rechts- /59 weg für die Entschädigung wurde selbst als untrennbarer Bestandteil der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie angesehen²⁷⁶. Das Bundesgericht dehnte die Rechtsweggarantie mit der Anerkennung der Eigentumsgarantie 1959 auf sämtliche Kantone und den Bund aus. Der Bundesgesetzgeber hat schliesslich im Raumplanungsgesetz von 1979 die Gerichtsschutzgarantie zur Festsetzung der Enteignungsentschädigung anerkannt und das Bundesgericht zur Erfüllung dieser Verfahrensgarantie beauftragt. Beim Tatbestand der "Entschädigungen als Folge von Eigentumsbeschränkungen"²⁷⁷ ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen, selbst wenn *keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG* vorliegt²⁷⁸. Es ist für jede Rechtsweggarantie charakteristisch, dass sie den Zugang zum Richter *unabhängig* von der vorausgegangenen verwaltungsbehördlichen Handlungsform gewährt²⁷⁹. Art. 34 Abs. 1 RPG hat diesen interessanten Ansatz einer verfahrensmässigen Absicherung eines Grundrechtes einfachgesetzlich "*aufgehoben*"²⁸⁰. Die schweizerische Grundrechtsprechung hat diesen Ansatz ansonsten bei keinem andern Grundrecht, insbesondere auch nicht bei der wichtigen persönlichen Freiheit²⁸¹, fruchtbar gemacht.

gerade zur Zeit eines theoretisch umfassenden Gerichtsschutzes, vgl. z.B. Art. 10 Abs. 2 aKV ZH (1831); vgl. dazu Kölz, Kommentar 5 f.

²⁷⁵ Von den noch in Kraft stehenden alten Kantonsverfassungen nennen sie: § 9 Abs. 2 KV LU (und dazu BGr v. 10.10.1973, ZBl 1974 174); Art. 31 Abs. 2 KV SH; Art. 4 KV ZH; Art. 6 Abs. 2 KV GE und Art. 89 Abs. 2 aKV BE, während die neue Verfassung dies nicht mehr vorsieht. Art. 4 Abs. 2 KV AI sieht interessanterweise (vgl. N. 19/17 ff.) eine möglichst "gütliche Einigung", aber keinen Gerichtsschutz vor.

²⁷⁶ Vgl. Sträuli Hans, Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich v. 18.4.1868, Kommentar, Winterthur 1902, S. 43; BGE 15 184.

²⁷⁷ Art. 34 Abs. 1 RPG.

²⁷⁸ Übliches Anfechtungsobjekt wären an sich Verfügungen gestützt auf "öffentliches Recht des Bundes" gemäss Art. 5 VwVG i.V.m. Art. 97 OG; vgl. Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, EJPD, Bern 1981, S. 360, vgl. N. 1/10.

²⁷⁹ Vgl. N. 20/1 in fine.

²⁸⁰ Vereinzelt verwendet das Bundesgericht bei Art. 34 RPG den Begriff Rechtsweggarantie, der auf diese alte Rechtsprechung zurückgeht, vgl. z.B. BGE 113 Ib 216, 114 Ib 146 m.w.H. auf den gerichtlichen Rechtsschutz zur Beurteilung der Enteignungsentschädigung, vgl. Huber Felix, Die Beiladung, insbesondere im Zürcher Baubewilligungsverfahren, ZBl 1989 233 ff., insb. Anm. 56.

²⁸¹ Vgl. N. 11/25.

5 Die schweizerische Rechtsordnung hatte stets - von der Eigentumsgarantie einmal abgesehen - Verfahren und inhaltliches Postulat der Grundrechte getrennt. Der fast lückenlose bundesgerichtliche Grundrechtsschutz gegen die Kantone war seit 1874 zügig ausgebaut worden: Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV garantiert den Zugang zum Bundesgericht²⁸². Für das Bundesgericht bestand aus dieser vorgegebenen Trennung von Institutionen und materiellem **/60** Gehalt der Grundrechte zunächst kein dringender Anlass, seine Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie als Verfahrensgrundrecht auf weitere Grundrechte auszudehnen.

6 Die Kommission zur Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung hatte den verfahrensrechtlichen Aspekt der Grundrechte breit diskutiert. Art. 24 VE (1977) schlug vor, dass die Grundrechte in der ganzen Gesetzgebung, *besonders auch in Organisations- und Verfahrensvorschriften* zur Geltung kommen sollen. Damit wurde der programmatische und verfahrensrechtliche Charakter von Freiheit in der Verfassung hervorgehoben²⁸³. Die Vorschrift ging auf einen Vorschlag von Richard Bäumlin zurück²⁸⁴, der ursprünglich die sozialstaatliche Dimension der Grundrechte²⁸⁵ verankert wissen wollte. Es ist bemerkenswert, dass die Kommission vor allem die *Relevanz der Organisations- und Verfahrensvorschriften* für die Grundrechte betonte. Hier liegt im Kern bereits die beschriebene Rechtsprechung zu den Grundrechten als Verfahrensrechte begründet. Das Bundesgericht könnte dank einer solchen Vorschrift²⁸⁶ Grundrechte als Verfahrensgrundrechte entwickeln.

²⁸² Vgl. N. 7/9.

²⁸³ M.a.W. die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte, vgl. J.P. Müller, Kommentar, N. 21 ff. zur Einleitung zu den Grundrechten; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 357 ff.; vgl. auch bereits Eichenberger, Unabhängigkeit 59.

²⁸⁴ Vgl. Bericht 55; Richard Bäumlin, *Lebendige oder gebändigte Demokratie?* Basel 1978, S. 54 ff., 102 ff.

²⁸⁵ Vgl. N. 20/15.

²⁸⁶ Gegenwärtig bestehen nur auf kantonaler Ebene derartige Vorschriften: vgl. § 14 Abs. 1 KV BL, Art. 20 Abs. 1 KV SO, Art. 27 Abs. 1 KV BE und Art. 22 Abs. 1 KV AR, die aber bloss die "Rechtsordnung" erwähnen.

III. Materielle EMRK-Rechte als Verfahrensgrundrechte in der Rechtsprechung der Konventionsorgane

7 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat aus den in Art. 8-2 EMRK erwähnten Eingriffen in das Privat- und Familienleben, die zum Schutz einer "demokratischen Gesellschaft" notwendig sind, das Prinzip der "rule of law" bzw. "prééminence du droit" anerkannt gesehen²⁸⁷. Der Gerichtshof führte im Urteil Klass²⁸⁸ (betreffend Abhörung des Telefonverkehrs gemäss Art. 10 GG) in Übereinstimmung mit der englischen Lehre²⁸⁹ aus, dass dieses Prinzip eine *effektive Kontrolle von Eingriffen der Exekutive in die Rechte des Individuums verlange*. Diese Kontrolle müsse zumindest in letzter Instanz von Gerichten ausgeübt werden, weil die gerichtliche Kontrolle die besten Garantien für Unabhängigkeit und ein ordnungsgemässes Verfahren biete. Es ist bemerkenswert, dass sich der hinreichende Rechtsschutz nach Auffassung des Gerichtshofes auf die Begriffe "in accordance with the law" bzw. "prévüe par la loi" des Art. 8 Abs. 2 EMRK abstützt. Eine richterliche Kontrolle der exekutivischen Eingriffe in Art. 8 Abs. 1 EMRK vermag die genügend bestimmten, aber immer noch grossen Ermessensspielräume des Gesetzes zu legitimieren. Der Gerichtshof knüpft mit dieser Überlegung an den ursprünglichen, demokratischen Gedanken der Verwaltungsgerichtsbarkeit an: nämlich die Durchsetzung des Legalitätsprinzips gegen die Exekutive und letztlich die Sicherung der Freiheitsrechte durch Verfahren²⁹⁰.

²⁸⁷ Vgl. z.B. Urteil Klaas, EGMR/A 28, § 55; vgl. Kley-Struller, Schutz N. 35.

²⁸⁸ Vgl. EGMR/A 28, § 55; vgl. bereits das Urteil Golder, EGMR/A 18, § 34 am Ende; bestätigt im Urteil Silver a.o., EGMR/A 61, §§ 88, 90, 113. Der Gerichtshof hat später in zahlreichen Urteilen zu Art. 8 EMRK diese Rechtsprechung - allerdings nicht mehr so deutlich - bestätigt, vgl. z.B. Urteil Malone, EGMR/A 82, § 67; Urteil Kruslin und Huvig, EGMR/A 176-A, § 30; Urteil Margareta and Roger Andersson, EGMR/A 226, § 75. In einer Reihe von Entscheiden betreffend Schweden hatte der Gerichtshof geprüft, ob nach einem auf Gesetz und Ermessen beruhenden Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK wenigstens ein Rechtsschutz durch die Gerichte vorhanden war: vgl. Urteil Olsson I, EGMR/A 130, § 62; Urteil Eriksson, EGMR/A 156, § 60; Urteil Rieme, EGMR/A 226-B, § 61; vgl. Wildhaber/Breitenmoser, IntKom N. 576 zu Art. 8 EMRK m.w.H.; Hangartner, Beschwerde 4.

²⁸⁹ Vgl. Galeotti, Control 238 m.w.H.

²⁹⁰ Vgl. N. 4/3.

Der Gerichtshof hat die getroffenen Massnahmen im Urteil *Klass* auch auf die Vereinbarkeit mit der Rechtsweggarantie des Art. 6 Abs. 1 EMRK und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK geprüft. Auf diese Weise hat er den gerichtlichen Rechtsschutz gewissermassen *verdoppelt*.

8 Die frühe Rechtsprechung zu diesem aus Art. 8 EMRK abgeleiteten Verfahrensrecht macht deutlich, dass es nicht ohne Art. 6 Abs. 1 EMRK gedacht werden kann. Materielles und Verfahrensgrundrecht sind derart ineinander verschränkt, dass eine Verletzung des einen von selbst eine solche des andern nach sich zieht²⁹¹. Diesen wichtigen Zusammenhang hat die spätere Rechtsprechung etwas verschleiert, weil sie das Verfahrensgrundrecht nur noch in Art. 8 EMRK verankert. Der Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 EMRK macht auf das verfahrensrechtliche Grundrechtsdenken aufmerksam. Mit dem Art. 6 EMRK erhält ein *spezifisch angelsächsisches Verfahrensdenken im Bereich der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit* Einfluss auf die schweizerische Rechtsordnung²⁹². Die Konventionsorgane haben nämlich materielle Grundrechte und Verfahrensanforderungen in ihrer Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK *verknüpft*²⁹³.

9 Der aus der "rule of law" bzw. "prééminence du droit" abgeleitete und begründete Gerichtsschutz hat uralte Wurzeln. Diese Rechtsprechung effektuiert den am Anfang der Entwicklung des Verfassungsstaates stehenden Gedanken einer prozeduralen Freiheitssicherung²⁹⁴.

Die Ableitung des Gerichtsschutzes aus weiteren materiellen Konventionsrechten als nur Art. 8 EMRK liegt deshalb nahe²⁹⁵, weil die Art. 9 Abs. 2 (Religionsfreiheit), Art. 10 Abs. 2 (Meinungsausserungsfreiheit), Art. 11 Abs. 2 (Versammlungsfreiheit) und Art. 2 und 3 ZP 4 EMRK (Niederlassungsfreiheit) mit denselben Worten Einschränkungen zulassen, welche vom "Gesetz" in einer "demokratischen Gesellschaft" im öffentlichen Interesse vorgesehen werden. Der Zugang zu einem Gericht wird auf diese Weise nicht nur in Art. 6

²⁹¹ Vgl. Urteil *Golder*, EGMR/A 18, §§ 34 ff. und B 4451/70 *Sidney Elner Golder against United Kingdom*, EGMR/B 16, 9 ff., §§ 111 ff., insb. §§ 122 und 123.

²⁹² Vgl. N. 10/13 ff.

²⁹³ Vgl. N. 10/39 zur Bewertung.

²⁹⁴ Vgl. N. 4/1 ff.

²⁹⁵ Gl. A. Frowein/Peukert, Kommentar, N. 6 zu Vorbem. Art. 8-11 EMRK, S. 190.

Abs. 1 EMRK verbrieft, sondern zugleich in materiellen Garantien der Konvention verankert.

10 Die Überlegungen des Gerichtshofes blieben aber nicht nur auf das in den jeweiligen Abs. 2 der Art. 8-11 EMRK vorausgesetzte *Legalitätsprinzip* als Garantie prozeduraler Freiheit beschränkt. Er hat die verfahrensrechtliche Absicherung der Grundrechte vielmehr auch autonom im *Grundrecht der Eigentumsgarantie* verankert gesehen. Im Urteil Sporrang und Lönnroth²⁹⁶ hatte der Gerichtshof verfahrensrechtliche Anforderungen aus der Eigentumsgarantie (Art. 1 ZP 1 EMRK) hergeleitet, obwohl zugleich auch eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu behandeln war. Aus Gründen der Städtebauplanung hatte die Stadt Stockholm den Beschwerdeführern eine Enteignung angekündigt und über deren Grundstücke Bauverbote verhängt, /63 die insgesamt zwischen acht und 25 Jahren andauerten. Der Gerichtshof sah in dieser Massnahme zwar keine Enteignung, gleichwohl führte er aus, die Achtung des Eigentums verlange, dass ein Gleichgewicht zwischen den öffentlichen Interessen und der Individualfreiheit gewahrt werde. Dem Gesetzgeber stehe zwar ein grosser Gestaltungsspielraum zu, der Gerichtshof müsse aber gleichwohl diese Interessenabwägung überprüfen. Sodann führte er aus:

"Der Gerichtshof verkennt nicht das Interesse, das die Stadt Stockholm daran hatte, im Genuss der Befugnis zu stehen, Liegenschaften zur Verwirklichung ihrer Pläne zu enteignen. Trotzdem kann er sich nicht erklären, warum die schwedische Gesetzgebung die Möglichkeit ausschliessen musste, *in vernünftigen Zeitabständen* während der langen Dauer, für die jede dieser Genehmigungen erteilt und aufrechterhalten wurde, *die Interessen der Stadt mit denjenigen der Eigentümer neu abzuwägen*"²⁹⁷.

11 Der Gerichtshof sieht das erwähnte Gleichgewicht durch die Enteignungserlaubnis und das langjährige Bauverbot gestört. Die Beschwerdeführer hätten einen ganz besonders schwerwiegenden Eingriff zu ertragen, der nur durch die Möglichkeit hätte legitimiert werden können, eine Aufhebung der Enteignungsgenehmigung zu beantragen oder eine

²⁹⁶ EGMR/A 52, §§ 69 ff.; vgl. auch Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 30.

²⁹⁷ Vgl. EGMR/A 52, § 70 (= EuGRZ 1983 526).

Entschädigung zu verlangen²⁹⁸. Die fehlenden verfahrensrechtlichen Möglichkeiten waren also der ausschlaggebende Grund für die vom Gerichtshof festgestellte Verletzung des Art. 1 ZP 1 EMRK. Darüber hinaus prüfte der Gerichtshof auch, ob der schwedische Staat den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt hat. Da keinerlei gerichtlicher Rechtsschutz vorgesehen war, wurde auch Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt²⁹⁹. An dieser verfahrensrechtlichen Tragweite der Eigentumsgarantie ist frappierend, dass sie wörtlich die Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 4 EMRK (betreffend Freiheitsentziehungen aufgrund veränderlicher Umstände³⁰⁰) übernimmt und diese auf dem Gebiet des Privateigentums weiterführt³⁰¹. Demnach genügt bei jahrzehntelangen Enteignungsmassnahmen ein nachträglicher gerichtlicher Rechtsschutz nicht, sondern ein *begleitender* verfahrensrechtlicher Schutz wird notwendig. /64

²⁹⁸ Vgl. EGMR/A 52, § 73.

²⁹⁹ Vgl. N. 10/16.

³⁰⁰ Vgl. N. 11/2 ff.

³⁰¹ Dies zeigt schon der Wortlaut der Urteile, vgl. EGMR/A 52, § 70: "à des intervalles raisonnables pendant la longue durée" bzw. "reassessing at reasonable intervals during the length of the periods" und z.B. Urteil van Droegenbroeck, EGMR/A 50, § 48: "puis à des intervalles raisonnables" bzw. "once a certain period has elapsed since the detention began and thereafter at reasonable intervals"; siehe dazu N. 11/13.

IV. Exkurs: Grundrechte als Verfahrensgrundrechte in Deutschland

12 Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat - wie erwähnt³⁰² - den Gedanken des Grundrechtsschutzes durch Verfahren wie das Bundesgericht ebenfalls an der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG entwickelt. Das Gericht erklärte "nach der grundgesetzlichen Konzeption" sei "ein effektiver - den Bestand des Eigentums sichernder - Rechtsschutz ein wesentliches Element des Grundrechts selbst"³⁰³. Dieser Ansatz wurde später vom Bundesverfassungsgericht - im Gegensatz zum Bundesgericht - auf weitere Grundrechte, so auf Art. 12³⁰⁴, Art. 2 Abs. 1³⁰⁵ und Abs. 2³⁰⁶, und Art. 16 Abs. 2 Satz 2³⁰⁷ GG übertragen³⁰⁸. Die Grundrechtsgewährleistungen fordern nach dieser Rechtsprechung eine Gestaltung, Auslegung und Anwendung des Verfahrensrechts, die dem betreffenden Grundrecht tatsächliche Wirksamkeit verschaffen. Den Grundrechten wächst dadurch eine teilweise leistungsrechtliche Komponente zu³⁰⁹.

13 Diese Rechtsprechung hat in der deutschen Lehre zunächst eine "gewisse Ratlosigkeit"³¹⁰ ausgelöst. Das Konkurrenzverhältnis zwischen Art.

³⁰² Vgl. N. 5/1.

³⁰³ Vgl. erstmals BVerfGE 24, 401 (Hamburger Deich), vgl. ferner BVerfGE 35, 361; 37, 148; 45, 297, 322, 326, 330 ff.; BVerfGE 50, 336 ff.; 51, 156; 79, 84; vgl. Papier, Rechtsschutzgarantie 1240; Lorenz, Gebot 395; Goerlich, Verfahrensgarantien 57. Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG erklärt für die Bemessung der Entschädigung ebenfalls - zusätzlich zu Art. 19 Abs. 4 GG - den Richter zuständig.

³⁰⁴ BVerfGE 39, 294; 50, 30.

³⁰⁵ BVerfGE 50, 1; 51, 146; 52, 206.

³⁰⁶ BVerfGE 53, 30.

³⁰⁷ BVerfGE 52, 407; 56, 244.

³⁰⁸ Vgl. Goerlich, Verfahrensgarantien 61 ff. m.w.H.; Papier, Rechtsschutzgarantie 1240; Lorenz, Gebot 395 ff.

³⁰⁹ Vgl. Lorenz, Anspruch 639 f.; im Urteil Airey hat der Gerichtshof ähnlich festgehalten, dass Art. 8 EMRK einen hinreichenden Rechtsschutz in jedem Ehetrennungsverfahren verlange. Dieser sei aber nicht gegeben, wenn ein Staat für bedürftige Personen keine unentgeltliche Rechtsvertretung gewähre, vgl. Urteil Airey, EGMR/A 32, § 33; gl. A. Weidmann, Gerichtshof 213 f.

³¹⁰ Schmidt-Assmann, Rechtsstaatsprinzip 3; Papier, Rechtsschutzgarantie 1240 warnt vor

19 Abs. 4 GG und grundrechtsmittelbarem Gerichtsschutz war nur schwer in eine sinnvolle Ordnung zu bringen³¹¹, wollte man den Gerichtsschutz nicht ein- /65 fach verdoppeln oder Art. 19 Abs. 4 GG gar obsolet werden lassen³¹². Das Bundesverfassungsgericht hatte nun aber im Beschluss vom 20.4.1982³¹³ diese Rechtsprechung relativiert, indem es die verfahrensrechtlichen Grundrechtswirkungen nunmehr wieder bei Art. 19 Abs. 4 GG ansiedelte. Das Gericht erklärte, dass die verfahrensrechtliche Besonderheit eines Grundrechtes nicht dazu führen könne, "die allgemeinen gerichtlichen Verfahrensordnungen ... in ein aktionenrechtliches Verfahrensgflecht aufzulösen. ... Dem aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 *wie* aus etwaigen materiellen Grundrechtsverbürgungen folgenden Schutzanspruch" sei genügt, wenn die gerichtliche Verfahrensordnung eine umfassende Nachprüfung und angemessene Entscheidung gewährleiste. Auch für Grundrechtsbeeinträchtigungen bleibt damit Art. 19 Abs. 4 GG mit den daraus abgeleiteten Verfahrensanforderungen der Hauptträger der Gerichtsschutzgarantie. Die deutsche Lehre hat diese Richtungsänderung mit Genugtuung zur Kenntnis genommen³¹⁴.

14 Es ist bemerkenswert, dass sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch das Bundesgericht diese Rechtsprechung *an der Eigentumsгарantie* entwickelt haben. Das ist insoweit kein Zufall, dass gerade die in der Nähe des Privatrechtes befindlichen vermögensrechtlichen Rechte einem ähnlichen Verfahren unterworfen wurden, wie privatrechtliche Ansprüche. Allerdings wollte das Bundesgericht mit seiner Gerichtsschutzgarantie aus der ungeschriebenen Eigentumsгарantie *nur* die Frage der Entschädigung gerichtlich beurteilt haben, nicht aber die Enteignungsmassnahme. Das Bundesverfassungsgericht hat hingegen aus dem Art. 14 GG eine umfassende, für alle Eigentumsstreitigkeiten geltende Gerichtsschutzgarantie abgeleitet. Beide Gerichte haben sich in ihrer Rechtsprechung auf bereits geltende Vorbilder (Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG bzw.

"übersteigter 'Verfahrenseuphorie'".

³¹¹ Siehe zu den unterschiedlichen Vorschlägen: Schmidt-Assmann, Rechtsstaatsprinzip 3 f. m.w.H.

³¹² Vgl. Lorenz, Gebot 396.

³¹³ BVerfGE 60, 297 und 301.

³¹⁴ Vgl. Lorenz, Gebot 396 f.; Schmidt-Assmann, Rechtsstaatsprinzip 4; vgl. auch Papier, Rechtsschutzgarantie 1241; a.A. Goerlich, Verfahrensgarantien 62 und passim.

kantonale Eigentums- und Verfahrensgarantien) abgestützt und sich von ihnen anregen lassen. Interessanterweise hat das Bundesverfassungsgericht auch auf Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG hingewiesen³¹⁵, der den kantonalen Rechtsweggarantien für die Enteignungsentschädigungen entspricht. Es erachtete diese Garantie jedoch als ungenügend und dehnte den Gerichtsschutzanspruch auf *alle* Eigentumsstreitigkeiten aus. /66

15 Eine wichtige Konsequenz dieser Interpretation der Grundrechte als Verfahrensrechte besteht darin, dass die Gerichtsschutzgarantie nicht nur gegen die Exekutive Bestand hat, sondern sie gilt *auch im Privatrecht*³¹⁶. In den Ordnungen der europäischen Verfassungsstaaten wird dadurch aber nicht mehr Rechtsschutz erreicht, denn dies verlangt Art. 6 Abs. 1 EMRK uneingeschränkt³¹⁷.

V. **Bewertung: Rechtspolitische Relevanz der Grundrechte als Verfahrensgarantien**

16 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Eigentumsgarantie als einem Verfahrensrecht hätte den Ausgangspunkt zu einer bemerkenswerten Entwicklung bilden können, nämlich der *Ausdehnung dieser* Rechtsprechung auf weitere Grundrechte. Die Eigentumsgarantie wäre eine "Insel" gewesen, von der aus weitere gerichtsschutzgesicherte Territorien (persönliche Freiheit³¹⁸, Handels- und Gewerbefreiheit) hätten anerkannt werden können. Die Kantonsverfassungen kannten bei besonders schwerwiegenden Massnahmen weitere Gerichtsschutzgarantien, so bei der Absetzung von Beamten oder beim Zivil- und Strafrecht³¹⁹. Bis 1955 hatte der weit ausgelegte Art.

³¹⁵ Vgl. BVerfGE 24, 401.

³¹⁶ Vgl. Lorenz, Gebot 396.

³¹⁷ Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 23 f.

³¹⁸ Erst Art. 5 Abs. 4 EMRK, vgl. N. 11/25 führte zu einer Gerichtsschutzgarantie.

³¹⁹ Vgl. z.B. Art. 16 Abs. 1 aKV BE (Beamte); § 7 (Zivilrecht), § 10 Satz 2 KV SZ (Anklagen betreffend Missbrauch der Meinungsäusserungsfreiheit); Art. 55 (Zivil- und Strafrecht), Art. 63 KV NE (Absetzung von Richtern); Art. 76 Abs. 2 KV VD (Steuerstrafen); Art. 105 Abs. 3 KV UR (Verwaltungsstrafen).

110 BV auch vermögensrechtliche Ansprüche zwischen Privaten und einem Gemeinwesen (Bund oder Kantone) einer bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugeführt³²⁰. Diese Rechtsprechung erfolgte in ganz ähnlicher Weise wie diejenige zu Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, um den einzelnen einen grösstmöglichen Schutz zu gewähren³²¹. Die Praxisänderung von 1955 hätte ein Anlass sein können, zumindest bei der Eigentumsgarantie und bei der Handels- und Gewerbefreiheit den Anspruch auf Rechtsschutz durch ein Gericht anzuerkennen. Dass /67 das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie als einem Verfahrensrecht nicht weiterentwickelt hat, ist Ausdruck seiner Stellung im schweizerischen Staatssystem³²².

17 Die Rechtsprechung zu den Grundrechten als Verfahrensrechte könnte aktuell werden, wenn sich die Einführung einer relativ umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund oder Kantonen verzögern sollte³²³. Das Terrain für eine anzuerkennende Gerichtsschutzgarantie im öffentlichen Recht ist heute gesetzgeberisch gut bearbeitet. Freilich gilt Art. 6 Abs. 1 EMRK bereits im gesamten verwaltungsstrafrechtlichen, zivilrechtlichen (freiwillige Gerichtsbarkeit) sowie vor allem *wirtschaftlichen und sozialen* Bereich als Rechtsweggarantie gegen die öffentliche Gewalt³²⁴. Zudem habe einige Kantone den *Anspruch auf Rechtsschutz* in ihren Verfassungen anerkannt³²⁵. Die Figur der Grundrechte als Verfahrensgrundrechte könnte indes in einzelnen defizitären Sachbereichen wohl einen hinreichenden Gerichtsschutz gegen die Exekutive begründen. /68

³²⁰ Vgl. Birchmeier, Handbuch N. 2 zu Art. 41, N. 2 zu Art. 42 OG; BGE 81 I 274 (Änderung der Rechtsprechung); Riva, Hauptfragen 14 ff.; Haller, Kommentar N. 1 f. zu Art. 110 BV.

³²¹ Vgl. N. 17/21 ff. zur Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen.

³²² Vgl. N. 3/6 m.H.

³²³ Vgl. zu den Bemühungen der Totalrevision der Bundesverfassung, vgl. N. 21/14 ff.

³²⁴ Vgl. N. 10/1 ff.

³²⁵ Vgl. N. 9/1 ff.

§ 6 Allgemeine Rechtsweggarantie aus dem Rechtsstaatsprinzip?

1 Das Rechtsstaatsprinzip hat keinen abstrakten Gehalt, dem sich eine allgemeine Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Verwaltung entnehmen lässt. Das Rechtsstaatsprinzip ist vielmehr ein Oberbegriff für *konkrete rechtsstaatliche Forderungen*. Dazu gehört namentlich die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung³²⁶.

2 Die Gewaltenteilung ist kein Dogma, sondern ein staatspolitisches Prinzip, das eine freiheitssichernde und machthemmende Aufteilung der Staatsaufgaben auf die Staatsorgane fordert. Dem Gewaltenteilungsprinzip lässt sich daher in keiner Weise die Garantie einer minimalen Gerichtszuständigkeit entnehmen³²⁷. Das wichtigste Mittel zur Verwirklichung der Gewaltenteilung ist das Legalitätsprinzip. Von daher ist die Kompetenzaufteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung von grosser Bedeutung.

3 Kant und das Staatskonzept der französischen Revolution sahen die Menschenrechte nicht etwa durch die Gerichte, sondern durch den demokratischen Rechtsetzungsvorgang im Parlament gesichert³²⁸. Die Menschenrechte sollten also nicht als subjektive Rechte, sondern als objektives Recht in der Gesetzgebung zum Ausdruck kommen. Die prozedural-freiheitssichernde Gesetzgebung hatte indessen die Erwartungen nicht erfüllen können. Kann das demokratische Parlament nicht für Freiheitsschutz sorgen, so sind andere Mittel der Freiheitssicherung beizuziehen. Der im Gesetzmässigkeitsprinzip enthaltene Gedanke prozeduraler Freiheit muss demnach auf andere Weise verwirklicht werden.

4 Das Verfahrendenken der modernen Grundrechtstheorie verlagert das ursprüngliche Gesetzmässigkeitsprinzip in die Grundrechte. Enthalten

³²⁶ Vgl. N. 2/9.

³²⁷ Vgl. N. 3/9 ff.

³²⁸ Vgl. N. 4/1 ff.

diese nicht selbst den Anspruch, dass Streitigkeiten zwischen einzelnen und Staat über Grundrechtsfragen vom Richter entschieden werden müssen? Das Bundesgericht hatte diesen überaus fruchtbaren Gedanken *für den Bereich der 169 Eigentumsgarantie effektiert*³²⁹. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist indessen erheblich weiter gegangen und hat beispielsweise in der Freiheit des Familienlebens (Art. 8 EMRK) selbst einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung staatlicher Einschränkungen anerkannt³³⁰.

5 Die Aussage der Lehre, wonach das schweizerische Staatsrecht und die Praxis der obersten Staatsorgane keine allgemeine Rechtsweggarantie gegen die öffentliche Verwaltung kennt³³¹, ist auch heute noch richtig. In keinem der rechtsstaatlichen Prinzipien ist ein unmittelbarer Anspruch auf richterliche Beurteilung von Verwaltungstreitsachen enthalten. Auch im Katalog der aus Art. 4 Abs. 1 BV "hergeleiteten" Verfahrensrechte fehlt die Rechtsweggarantie³³². Die Ergänzung der Verfahrensrechte um einen *grundsätzlichen Gerichtszugang* auf dem Weg der bundesgerichtlichen Rechtsschöpfung oder der formellen Verfassungsrevision liegt deshalb nahe.

6 Die Annahme einer in Art. 4 Abs. 1 BV³³³ "enthaltenen" oder durch Verfassungsgebung zu schaffenden Rechtsweggarantie kann im Rahmen dieser Untersuchung erst nach einer Gesamtbeurteilung der Notwendigkeit, Funktionen, Implikationen und Auswirkungen einer solchen Garantie erfolgen. Beim jetzigen Stand der Überlegungen hätte etwa die Annahme einer ungeschriebenen Garantie lediglich den Rang einer bestenfalls plausiblen Behauptung. Diese *rechtsprechungspolitische* bzw. *rechtspolitische Frage* wird erst nach methodologischen und funktionalrechtlichen Überlegungen beantwortet werden können³³⁴.

³²⁹ Vgl. N. 5/2 ff.

³³⁰ Vgl. N. 5/7.

³³¹ Vgl. Saladin, *Verwaltungsverfahrenrecht* 16; Saladin, *Verfassungsprinzip* 69; Biaggini, *Verfassung* 211.

³³² Vgl. N. 2/16.

³³³ So aber Rossinelli, *Protection* 225.

³³⁴ Vgl. die Teile IV mit N. 13/1 ff. und V mit N. 17/1 ff.

7 Im folgenden Teil II sind am Beispiel der Schweiz die verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundlagen des richterlichen Rechtsschutzes gegen die Exekutive darzulegen. Es zeigt sich dabei, dass der sachliche Umfang eines verfassungs- und menschenrechtlich abgesicherten Gerichtsschutzes beachtlich, aber (noch) nicht umfassend ist.

Teil III

Verfassungs- und konventionsrechtliche

Grundlagen

des richterlichen Rechtsschutzes

am Beispiel der Schweiz

§ 7. Rechtsschutzgarantie bei Verletzung verfassungsmässiger und konventioneller Rechte (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV)

I. Grundlagen

1 Nach Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV beurteilt das Bundesgericht "Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger sowie über solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen". Diese Kompetenzzuweisung zur Behandlung staatsrechtlicher Beschwerden belässt dem Bundesgesetzgeber keinen Spielraum, deren *sachlichen Anwendungsbereich* einzuschränken. Diese Auslegung wird vor allem durch die Tatsache gestützt, dass der Verfassungsgeber dem Bundesgesetzgeber die genauere Umschreibung des Gerichtszugangs bei der Berufung sowie der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde überlassen³³⁵ hat.

2 Bei der *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* hat der *Bundesgesetzgeber* ebenfalls die Zuständigkeit des eidgenössischen Verwaltungsgerichts zu bestimmen (Art. 114bis Abs. 1 BV); eine Rechtsschutzgarantie enthält diese Bestimmung damit nicht. Freilich ist zu beachten, dass die Kantone in einem weiten Umfang das Bundesverwaltungsrecht vollziehen; ihre darauf abgestützten Verfügungen sind kantonale Hoheitsakte, die grundsätzlich in den Geltungsbereich der staatsrechtlichen Beschwerde fallen würden. Das geltende System des gerichtlichen Rechtsschutzes bei der Anwendung des Bundesverwaltungsrechts sieht jedoch in diesen Fällen gemäss der Generalklausel des Art. 97 OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht vor (Art. 98 lit. g OG), womit die staatsrechtliche Beschwerde ausgeschlossen wird. Dabei ist die Rüge, eine kantonale Verfügung verletze verfassungsmässige Rechte, zulässig; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde

³³⁵ Diese Rechtsmittel stützen sich auf die blosser Ermächtigung des Art. 114 BV, vgl. Haller, Kommentar, N. 8, 12 zu Art. 114 BV; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 229 ff., insb. S. 237.

erfüllt also in dieser Konstellation die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde³³⁶. /74

3 Das nach Art. 113 Abs. 1 BV bestehende, kompetenzmässige Rechtsprechungsmonopol des Bundesgerichts bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden wird von Abs. 2 zurückgenommen, indem die sog. "Administrativstreitigkeiten" vom Bundesrat zu beurteilen sind (Art. 102 Ziff. 2 BV) und an die Bundesversammlung weitergezogen werden können (Art. 85 Ziff. 12 BV)³³⁷. Es liegt am Bundesgesetzgeber, den Begriff der "Administrativstreitigkeiten" näher zu bestimmen. Dieser hat es scheinbar in der Hand, durch eine extensive Interpretation dieses Begriffs, den grundsätzlichen Zugang zum Bundesgericht zu unterlaufen und stattdessen die Zuständigkeit der politischen Bundesbehörden festzulegen. Insgesamt garantiert aber die Bundesverfassung bei der Verletzung verfassungsmässiger Rechte, von Konkordaten und Staatsverträgen³³⁸ - namentlich den Menschenrechtskonventionen - einen *lückenlosen Instanzenzug* an die Bundesbehörden. Dieses System hat seine verfassungsrechtliche Grundlage nicht nur in den angeführten Bestimmungen, vielmehr ist der Bund gemäss Art. 5 BV gegenüber den Kantonen verpflichtet, "die verfassungsmässigen Rechte der Bürger" zu *gewährleisten*. Art. 5 BV enthält eine *Weiterzugsgarantie an eine Bundesbehörde*³³⁹, wenn ein Kanton verfassungsmässige oder konventionelle Rechte einzelner verletzt werden sollte.

³³⁶ Vgl. BGE 110 Ib 257, 108 Ib 382, 104 Ib 120 m.w.H.; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 232; 1. OG-Botschaft, BBl 1985 II 779; Kälin, Beschwerde 133; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren 31; Brunswiler, Verwaltungsgerichtsbeschwerde 267 ff.

³³⁷ Vgl. Schoch, Rekurs 533 f.

³³⁸ Die Staatsvertragsbeschwerde ist im Geltungsbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention und der beiden UNO-Pakte zugleich eine Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Bis zur Änderung von Art. 86 Abs. 1 OG (AS 1992 294) hat dies das Bundesgericht durch das Erfordernis der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges berücksichtigt, vgl. z.B. BGE 102 Ia 203 und Kälin, Beschwerde 122 m.w.H. Im folgenden ist die Staatsvertragsbeschwerde wegen Verletzung der EMRK und des CCPR (betreffend konventionelle Rechte) stets mit eingeschlossen, wenn von der Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte die Rede ist.

³³⁹ Vgl. Bericht, Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, BBl 1937 III 28; Haller, Kommentar, N. 85 zu Art. 113 BV; J.P. Müller, Kommentar, N. 4 zur Einleitung zu den Grundrechten; Kälin, Beschwerde 30 f.; Knapp, Kommentar, N. 20 zu Art. 5 BV; Widmer, Wahl- und Abstimmungsfreiheit 71; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 237;

4 Der Bundesgesetzgeber hat den Anwendungsbereich der staatsrechtlichen Beschwerde von Anfang an *auf kantonale Akte beschränkt*, obwohl der Nationalrat zunächst auch die staatsrechtliche Beschwerde gegen Akte der Bundesbehörden vorgesehen hatte³⁴⁰. Es war stets unbestritten, dass der Wortlaut von Art. 113 BV auch den Einbezug von Verfügungen der Bundesbehörden */75* erlaubt hätte³⁴¹. Diese Beschränkung auf kantonale Akte war anfänglich unproblematisch, weil dem einzelnen von der Seite der Kantone die Beeinträchtigung seiner verfassungsmässigen Rechte drohte³⁴². In der Zwischenzeit hatte der Bund seine Kompetenzen in erheblichem Umfang ausgebaut. Der Bundesgesetzgeber hat die veränderte Machtkonstellation nicht mit der staatsrechtlichen Beschwerde, sondern mit dem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit kompensiert. Ein gewisses Rechtsschutzdefizit bleibt allerdings durch die umfangreichen Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Art. 99-101 OG)³⁴³ und die in Art. 114bis Abs. 3 BV ausgesprochene Bindung des eidgenössischen Verwaltungsgerichts an die Bundesgesetze bestehen³⁴⁴. Die Überführung vieler Sachbereiche in die Zuständigkeit des Bundes entzog die Gesetzgebung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.

Rohner, Kognition 53; Rohner, Probleme 284 f.

³⁴⁰ Vgl. den wichtigen Hinweis von Schweizer, Errichtung 306.

³⁴¹ Wildhaber, Annahmeverfahren 274; Pfister, Bemerkungen 407; Haller, Verwaltungsgerichtsbarkeit 501 Anm. 3. Fleiner, Bundesstaatsrecht 443 sah dies als "verfassungswidrig" an.

³⁴² Vgl. Kälin, Beschwerde 133.

³⁴³ Vgl. N. 1/9. Zu Recht fragte Huber, Grundrechte 212, ob der Bund die richterliche Beaufsichtigung nicht ebenso nötig wie die Kantone hätte.

³⁴⁴ Vgl. J.P. Müller, Gerechtigkeit 173.

II. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV als Rechtsschutzgarantie?

1. Problem

5 Zur Entlastung des Bundesgerichts wurde zu Beginn der 80er Jahre vorgeschlagen, die besonders zahlreich eingehenden staatsrechtlichen Beschwerden einem *Annahme- oder Zulassungsverfahren* zu unterwerfen³⁴⁵. In dieser Diskussion entfaltete sich eine Kontroverse um die verfassungsrechtliche Tragweite des Art. 113 Abs. 1 und 2 BV, in der die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten wurden. /76

2. Art. 113 Abs. 1 BV als grundrechtliche Rechtsschutzgarantie

6 Die ältere und neuere schweizerische Lehre³⁴⁶ hat zusammen mit dem Bundesrat³⁴⁷ in dieser Diskussion überwiegend angenommen, dass Art. 113

³⁴⁵ Vgl. Bericht Expertenkommission Dubs 31 ff.; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 218 ff.; 1. OG-Botschaft, BBl 1985 II 737 ff.

³⁴⁶ Vgl. Haller Walter, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Starck Christian/Weber Albrecht (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, Baden-Baden 1986, S. 179 ff., insb. S. 216 f.; Haller Walter, Zum Annahmeverfahren vor Bundesgericht, NZZ vom 20.5.1986, Nr. 113, S. 19; Haller, Kommentar, N. 84 f. zu Art. 113 BV; J.P. Müller, Kommentar, N. 4 zur Einleitung zu den Grundrechten; Ruf, Staats- und Verwaltungsrechtspflege 17; Schweizer Rainer J., Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt, AJP 1994 739 ff., insb. S. 740; Pfister, Bemerkungen 407; Rohner, Probleme 286 f.; Kälin, Beschwerde 30 f., 330 Anm. 223; Thürer, Willkür 426 Anm. 15; Auer, Verfassungsgerichtsbarkeit 113; Auer, Procédure, 105 ff.; Auer, Jurisdiction 239; Schibli, Zulassungsbeschränkungen 187; Müller Peter Alexander, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, Länderbericht Schweiz, VII. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, Lissabon 1987, S. 8 (vervielfältigte Unterlage); Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 90 Anm. 2; Andreas Kley-Struller, Besprechung von BGE 119 Ia 88, AJP 1993 1253, Ziff. 5; Ziegler Martin, Der Rechtsschutz des Angehörigen der Armee in der Schweiz, Diss. Basel 1988, S. 8; Wildhaber, Annahmeverfahren 276. Auch Peter Saladin vertrat in der vorbereitenden Nationalratskommission diese Meinung (Amtl Bull N 1987 365); Ulrich Zimmerli hielt das Annahmeverfahren für eine verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit (Amtl Bull S 1988 243).

Abs. 1 Ziff. 3 BV eine *Rechtsweggarantie an das Bundesgericht* darstelle. Zunächst sehe schon Art. 5 BV dem in seinen verfassungsmässigen Rechten betroffenen einzelnen den Beschwerdeweg an eine eidgenössische Instanz vor, da der Bund die Garantie dieser Rechte übernommen habe³⁴⁸. Die Bundesverfassung verpflichte das Bundesgericht, "auf Beschwerde hin tätig zu werden"³⁴⁹; es müsse alle rechtzeitig erhobenen, formell zulässigen staatsrechtlichen Beschwerden materiell behandeln³⁵⁰. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV sei ein verfassungsrechtlicher Ausdruck der tief im Volksempfinden verwurzelten Überzeugung, dass der einzelne, sei es auch nur für eine Bagatelle, sein (verfassungsmässiges) Recht letztlich beim Bundesgericht in Lausanne finden könne³⁵¹. Hans Huber sprach im Zusammenhang mit der staatsrechtlichen Beschwerde anschaulich von einem "formalisierten Widerstandsrecht"³⁵². Die Einführung von Zulassungsbeschränkungen nach amerikanischem oder deutschem Vorbild bedürfe daher einer formellen Verfassungsrevision³⁵³.

³⁴⁷ Vgl. 1. OG-Botschaft, BBl 1985 II 781 f.; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 240; Bericht Expertenkommission Dubs.

³⁴⁸ Vgl. N. 7/3.

³⁴⁹ Kälin, Beschwerde 30 f. und 229 f.; Rohner, Kognition 53.

³⁵⁰ Vgl. Schibli, Zulassungsbeschränkung 187; ähnlich Auer, Verfassungsgerichtsbarkeit 114.

³⁵¹ Vgl. Huber, Grundrechte 190; Auer, Verfassungsgerichtsbarkeit 114. Es war nur folgerichtig das die Expertenkommission zur Totalrevision der Bundesverfassung an dieser Bestimmung in Art. 109 Abs. 1 lit. a VE festhielt, vgl. Bericht der Expertenkommission 181.

³⁵² Huber, Grundrechte 220; übernommen von Saladin, Fairness 85; Huber Hans, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR 1936 1a ff, insb. S. 169a; Kley, Grundpflichten 147.

³⁵³ Vgl. Bericht Expertenkommission Dubs 35; Kälin, Beschwerde 330 Anm. 223; Schibli, Zulassungsbeschränkung 187; Auer, Verfassungsgerichtsbarkeit 114; Auer Andreas, Zweifel an der Verfassungsmässigkeit des Vorprüfungsverfahrens, NZZ vom 20.3.1990, Nr. 66, S. 23.

3. Art. 113 Abs. 1 BV als Rechtsschutzgarantie unter Gesetzesvorbehalt

7 Der Bundesrat und das Bundesamt für Justiz haben jedoch in Abweichung zur mehrheitlichen Lehre die Auffassung vertreten, dass der Bundesgesetzgeber und das Bundesgericht in seiner Praxis bei der Ausgestaltung des Schutzes der verfassungsmässigen Rechte *einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum* besitzen. Sie hätten nach geltendem Recht nebst formellen auch *materielle Zugangsschranken* errichtet³⁵⁴. Gesetzliche Zulassungsbeschränkungen seien deshalb ohne weiteres zulässig.

4. Art. 113 Abs. 1 BV als reine Kompetenznorm

8 Nur wenige Autoren haben angenommen, Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV stelle keine Individualrechtsgarantie, sondern eine *blasse Kompetenznorm* dar, die vom Gesetzgeber konkretisiert werden müsse³⁵⁵. Dies ergebe sich aus der /78 Entstehungsgeschichte der Bestimmung und sei auch vom Bundesgesetzgeber stets so verstanden worden. Daher könne der Bundesgesetzgeber näher bestimmen, welche Kompetenzen dem Bundesgericht in der Verfassungsrechtspflege zustehen.

³⁵⁴ Vgl. z.B. Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 243 ff.; 1. OG-Botschaft, BBl 1985 III 781 f.

³⁵⁵ Vgl. Wildhaber, Annahmeverfahren 274 f. widersprach damit dem Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 240, wonach die fragliche Norm unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht darstellt; nach Jenny, Staatsleitung 74 enthält Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV keine Rechtsweggarantie im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG. Arthur Haefliger, Ein griffiges Annahmeverfahren zur Entlastung des Bundesgerichts, NZZ vom 15.5.1986, Nr. 110, S. 35 behandelte das Problem der Verfassungsmässigkeit nicht. Vor der zuständigen Nationalratskommission hielt Häfliger Art. 113 Abs. 1 BV für eine reine Kompetenznorm (vgl. Amtl Bull N 1987 365, Votum Kopp); auch Kurt Eichenberger vertrat diese Meinung (vgl. Amtl Bull N 1987 354, Votum Iten und 365 Votum Kopp), früher offenbar a.A., vgl. Eichenberger, Rechtsschutz 983; vgl. auch Votum Rhinow Amtl Bull S 1988 249.

5. Beurteilung der unterschiedlichen Auffassungen

9 Die Meinung, Art. 113 Abs. 1 BV könne aus dem entstehungsgeschichtlichen Zusammenhang und der frühen Praxis des Bundesgesetzgebers nur als *reine* Kompetenznorm verstanden werden³⁵⁶, lässt sich angesichts des fast erdrückenden historischen Materials nicht aufrecht erhalten³⁵⁷. Der Verfassungsgeber wollte dem einzelnen einen *unbedingten Zugang zum Bundesgericht*, mit der einzigen Ausnahme der gemäss Art. 113 Abs. 2 BV nicht justitiablen (politischen) Fragen, eröffnen. Diese Aussage wird durch die Beratungen zu Art. 113 BV im Jahr 1872 eindeutig belegt³⁵⁸. Auch der Bundesgesetzgeber hat nach 1874 die bundesgerichtliche Zuständigkeit zur Beurteilung staatsrechtlicher Rekurse vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund kontinuierlich ausgebaut. Das Bundesgericht wurde vom Gesetzgeber allmählich in die volle Kompetenz entlassen, als es beispielsweise seit 1893 über die Niederlassungs-, Glaubens- und Gewissensfreiheit und seit 1911 über Beschwerden betreffend politische Rechte sowie die Handels- und Gewerbefreiheit entscheiden konnte³⁵⁹. Der einzelne erhielt auf gesetzlicher Ebene einen unbedingten Zugang zum Bundesgericht. Die dem Bundesrat vorbehaltenen "Administrativstreitigkeiten" sind damit nachgerade bedeutungslos geworden³⁶⁰. Die Macht des Bundesgerichts war freilich durch Art. 113 Abs. 3 BV gebändigt, der bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze den Interpretationsspielraum in der Hand der demokratisch gewählten Bundesversammlung behielt³⁶¹. /79

³⁵⁶ Vgl. N. 7/8.

³⁵⁷ Vgl. z.B. Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 237 m.w.H.; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 62, 887; Poledna Tomas/Widmer Stephan, Die Wahl- und Abstimmungs-freiheit - ein verfassungsmässiges Recht des Bundes? ZBl 1987 281 ff. insb. S. 289.

³⁵⁸ Vgl. Schweizer, Errichtung 300; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 238 f.

³⁵⁹ Vgl. Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 239 f.; Schweizer, Errichtung 308 f.; Haller, Kommentar, N. 137 zu Art. 113 BV m.w.H.

³⁶⁰ Vgl. Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 241.

³⁶¹ Vgl. Lachenal Paul, La séparation des pouvoirs dans la Confédération Suisse, ZSR 1943 339a ff, insb. S. 346a f oder z.B. Schoch, Rekurs, ZSR 1886 553: Würde die Bundesversammlung "finden, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtes ... bestimmt gegen den Sinn und Geist der Verfassung verstosse, so hätte sie ja, ... stetsfort die Klinke der Gesetzgebung in der Hand und könnte ... Wandel schaffen"; Auer, Ver-

10 Schliesslich spricht ein weiterer, beachtlicher Grund für Art. 113 Abs. 1 als eine Rechtsweggarantie an das Bundesgericht. Bei Art. 113 Abs. 1 BV fehlt nämlich ein Gesetzesvorbehalt, im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde und zu den zivil- und strafrechtlichen Bundesrechtsmitteln³⁶². Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV stellt somit verfassungsrechtlich einen Kernbereich bundesgerichtlicher Kompetenz sicher³⁶³, der vom Gesetzgeber nicht angetastet werden darf. Die relativ rigide Zuständigkeitsnorm für das Bundesgericht stellt eine wichtige Sicherung einer *minimalen Gewaltenteilung* dar. Aus diesem Grunde haben die kantonalen Verfassungsgeber bei der Kompetenzzuweisung an die Verwaltungsgerichte stets einen Vorbehalt zugunsten der (abweichenden) Gesetzgebung geschaffen³⁶⁴, wenn gewisse Materien nicht durch das Verwaltungsgericht, sondern abschliessend durch Verwaltungsbehörden beurteilt werden sollten. Sie stellen eine zumindest marginale Verwaltungsrechtsprechung durch die politischen Behörden sicher.

11 Der Begriff der Administrativstreitigkeiten in Art. 113 Abs. 2 BV erlaubt es nicht, die bundesgerichtliche Generalzuständigkeit des Art. 113 Abs. 1 BV auszuhöhlen³⁶⁵. Dies stand freilich bis zur ersten OG-Vorlage von 1985 nie zur Diskussion, da der Bundesgesetzgeber bis 1911 den umgekehrten Weg gegangen war³⁶⁶. Art. 113 Abs. 2 BV kann daher gerade nicht als ein Gesetzesvorbehalt verstanden werden, sondern ist vielmehr eine durch die Entwicklung überholte Ausnahmeklausel für im letzten Jahrhundert noch nicht justitiable Rechtsfragen³⁶⁷.

12 Damit kann die These von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV als eine der gesetzlichen Gestaltung zugänglichen, reinen Zuständigkeitsnorm nicht mehr aufrecht erhalten werden. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV ist in seiner relativ lückenlosen Kompetenzzuweisung zugleich ein *Grundrecht*. Er gewährt dem

fassungsgerichtsbarkeit 121; Auer, Rückwirkungen 216.

³⁶² Vgl. N. 7/1.

³⁶³ Vgl. N. 20/3.

³⁶⁴ Vgl. N. 20/2.

³⁶⁵ Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 152 Anm. 78; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 241.

³⁶⁶ Vgl. N. 7/9.

³⁶⁷ Vgl. N. 7/9.

einzelnen, der die verfahrensrechtlichen und formalen Voraussetzungen erfüllt, den Zugang zum Bundesgericht bei der Verletzung verfassungsmässiger Rechte. /80 In diesem Sinne stellt Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV eine durch Bundesgesetzgeber und Bundesgericht zu gewährende *grundrechtliche Rechtsschutzgarantie für verfassungsmässige und konventionelle Rechte* dar.

III. Inhalt von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV

13 Die Charakterisierung von Art. 113 Abs. 1 als Rechtsweg- oder Rechtsschutzgarantie besagt noch wenig über deren genauen *Inhalt*. Im folgenden soll knapp auf die inhaltliche Bedeutung von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV als Rechtsweggarantie eingegangen werden.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

14 Art. 113 Abs. 1 BV bedarf wie jede Rechtsweggarantie einer hinreichenden gesetzlichen Infrastruktur. Zunächst hat der Gesetzgeber das Bundesgericht als Institution einzusetzen und das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde zu ordnen³⁶⁸. Die bundesgerichtliche Sachzuständigkeit ist in Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV festgeschrieben: Art. 84 Abs. 1 lit. a-c OG wiederholt die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsnorm, beschränkt aber den Gerichtszugang auf kantonale Hoheitsakte³⁶⁹. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV ist daher eine zur unmittelbaren Anwendung geeignete

³⁶⁸ Vgl. N. 1/5.

³⁶⁹ Vgl. N. 7/4. Art. 84 Abs. 1 lit. a-d OG fügt dem Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV zusätzlich noch den Gehalt der lit. d zu, wonach auch die Verletzung bundesrechtlicher Kompetenzabgrenzungen unterverfassungsrechtlicher Stufe ebenfalls einen Beschwerdegrund bildet. Insofern kann man also tatsächlich von einer (marginalen) Konkretisierung sprechen, vgl. Rohner, Kognition 53.

Zuständigkeitsnorm und damit - nach der Intention des Verfassungsgebers³⁷⁰ - zugleich ein Grundrecht.

2. Art. 113 Abs. 1 BV hat keinen materiellrechtlichen Gehalt

15 Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV sagt nichts aus über den Kreis der zu schützenden "verfassungsmässigen" Rechte, sondern *setzt diese Rechte vielmehr voraus*³⁷¹. Art. 113 Abs. 1 BV hat selbst keinen materiellrechtlichen Gehalt. Die inhalt- /**81** liche Sachzuständigkeit wird also durch die Grundrechtskataloge festgesetzt. Dabei hat es das Bundesgericht in der Hand, seine Kompetenz zu erweitern, wenn es etwa ein neues verfassungsmässiges Recht anerkennt³⁷². Die Grundrechte gehören nicht nur den nationalen Rechtsordnungen an, sondern ihr Schutz wird zunehmend durch das Völkerrecht übernommen. Daher hat der Beitritt der Schweiz zur EMRK die Sachzuständigkeit des Bundesgerichtes am 28.11.1974 erheblich erweitert³⁷³. Da das Bundesgericht die Rechtsprechung der Konventionsorgane durchgehend beachtet, bestimmt ein internationales Organ durch seine Rechtsprechung über die in der Konvention verankerten Grundrechte den Umfang der Rechtsschutzgarantie des Art. 113 Abs. 1 BV.

3. Art. 113 Abs. 1 BV als institutionelle Garantie

16 Der Bundesgesetzgeber hat notwendigerweise das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger und konventioneller Rechte zu *gestalten*, da Art. 113 Abs. 1 BV eine *institutionelle*

³⁷⁰ Vgl. N. 7/9.

³⁷¹ Vgl. N. 10/28 f. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und N. 20/16 f. allgemein.

³⁷² Was heute bei vier Freiheitsrechten zutrifft: persönliche Freiheit (BGE 97 I 45, 104 Ia 39), Meinungsäusserungsfreiheit (BGE 87 I 117), Sprachenfreiheit (BGE 91 I 485) und Versammlungsfreiheit (BGE 96 I 224). Insbesondere das Willkürverbot hat die Sachzuständigkeit erheblich erweitert, vgl. N. 7/24.

³⁷³ Vgl. Schweizer, Grundrechtsschutz 69; J.P. Müller, Kommentar, N. 9 zur Einleitung zu den Grundrechten; vgl. zur Effektivität der internationalen Kontrollmechanismen N. 24/1 ff.

Garantie ist³⁷⁴. Diese Regelungen erscheinen nur vordergründig als Einschränkung des Gerichtszugangs³⁷⁵, denn das Bundesgericht kann nur in einem geordneten Verfahren überhaupt tätig werden. Im Hinblick darauf dienen Form-, Frist-, Vertretungs- und weitere Regelungen dem Aufbau des Bundesgerichtszugangs und sind deshalb nicht nur zulässig, sondern sogar unbedingt notwendig. Freilich wohnt diesen gestaltenden Regelungen die Gefahr inne, dass sie bei einer entsprechenden Ausgestaltung die "Ordnungs-idee" geradezu ersticken³⁷⁶. /82

4. **Art. 113 Abs. 1 BV als Gebot eines effektiven Schutzes verfassungsmässiger und konventioneller Rechte**

17 Ein *effektiver Rechtsschutz*³⁷⁷ durch das Bundesgericht bedeutet, dass der einzelne nicht einfach ein formales Recht und die theoretische Möglichkeit hat, das Bundesgericht wegen Verletzung verfassungsmässiger und konventioneller Rechte anzurufen³⁷⁸. Vielmehr hat der einzelne einen substantiellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame bundesgerichtliche Kontrolle der Rechtsfrage, ob ein verfassungsmässiges oder Konventionsrecht verletzt wurde. Dabei darf der Bundesgesetzgeber den Zugang zum Bundesgericht weder in grundsätzlicher Weise ausschliessen noch in unzumutbarer Weise erschweren oder behindern. Auch das Bundesgericht hat sich in seiner Praxis vom Gebot eines effektiven Gerichtszugangs leiten zu lassen. Im Ergebnis muss der einzelne mit dem Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde seine Rechte unter Beachtung der prozessrechtlichen Voraussetzungen³⁷⁹ vor Bundesgericht durchsetzen können.

³⁷⁴ Vgl. N. 1/5.

³⁷⁵ So aber die 1. OG-Botschaft, BBl 1985 II 782, Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 243.

³⁷⁶ Vgl. N. 20/14 allgemein.

³⁷⁷ Vgl. N. 1/16 ff. m.H.

³⁷⁸ In der Lehre wurde diese wichtige Problematik kaum angesprochen, einzig hat m.W. Zimmerli Ulrich, Das Vorprüfungsverfahren im Einklang mit der Verfassung, NZZ vom 20.3.1990, Nr. 66, S. 23 dafür gehalten, dass Art. 113 BV nicht mehr sein könne als eine Mindestgarantie für einen Rechtsschutz, der effizient sein müsse.

³⁷⁹ Vgl. N. 5/16.

18 Kann sich der Beschwerdeführer subjektiv und objektiv der Verfahrensordnung unterziehen, so sind diese Regelungen unbedenklich. Werden freilich bestimmte Fallkonstellationen oder Einzelfälle von Verletzungen verfassungsmässiger oder konventioneller Rechte durch die Verfahrensordnung faktisch vom Gerichtszugang ausgenommen, so ist die Rechtsweggarantie des Art. 113 Abs. 1 BV verletzt. Der Bundesgesetzgeber darf mit seinen verfahrensrechtlichen Vorschriften den Zugang zum Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren³⁸⁰. Wann diese unzumutbare Erschwerung gegeben ist, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Die geltenden Regelungen des Organisationsgesetzes haben Art. 113 Abs. 1³⁸¹ /83 BV auf grundsätzlich verfassungstreue Weise als prozessuales Grundrecht konkretisiert³⁸². Eine verfeinerte Konkretisierung des Gerichtszugangs erfolgt durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

19 Jeder Rechtsweggarantie sind besondere Verfahrensrechte immanent, die sie erst effektiv machen³⁸³. Art. 113 Abs. 1 BV ist das "Reservoir" für Effektivitätsgrundsätze, falls sich im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde prozessuale Mängel, etwa wegen Regelungsdefiziten, zeigen. Damit besteht für das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde neben den Art. 4 BV und Art. 6 EMRK³⁸⁴ auch Art. 113 Abs. 1 BV als subsidiäre Quelle grundlegender Verfahrensgarantien. Wenn sich beispielsweise das Bundesgericht bei einer staatsrechtlichen Beschwerde zuviel Zeit nimmt, ohne dass dies die Komplexität des Falles oder das Verhalten des Beschwerdeführers rechtfertigen, so verletzt es selbst das Rechtsverzögerungsverbot des Art. 4

³⁸⁰ So das deutsche BVerfG in seiner ständigen Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 4 GG, vgl. E 10, 267 f.

³⁸¹ Für das Bundesgericht lag es näher, die Verfahrensgrundrechte auf Art. 4 Abs. 1 BV abzustützen, denn Art. 4 BV beansprucht eine umfassende Geltung. Die gut ausgebauten Verfahrensordnung des Organisationsgesetzes machte ausserdem einen Rückgriff auf Art. 113 BV unnötig. Als weitere Ansprüche kommen die einzelnen verfassungsmässigen Rechte auch als Verfahrensgrundrechte in Frage, vgl. N. 5/1 ff.

³⁸² Vgl. Kälin, Beschwerde 169 ff. zu den weitgehenden Kognitionsbeschränkungen. Vgl. zur Beschränkung auf kantonale Akte: N. 7/4.

³⁸³ Vgl. N. 1/16 f.

³⁸⁴ Vgl. N. 10/34.

BV, Art. 6 EMRK und auch eben Art. 113 Abs. 1 BV³⁸⁵. Diese zusätzliche Anspruchsgrundlage in Art. 113 Abs. 1 BV könnte es dem Bundesgericht gestatten, spezifische Garantien im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde anhand des Art. 113 Abs. 1 BV zu entwickeln.

20 Dies soll nur am Beispiel des ausserordentlichen Rechtsmittels der *Revision bundesgerichtlicher Urteile* dargelegt werden. So wäre bei qualifizierten, aber nicht in den Art. 136-139a OG festgehaltenen Gründen, die Revision direkt gestützt auf Art. 113 Abs. 1 BV trotzdem zuzulassen. Das Bundesgericht hätte daher schon vor Erlass des Art. 139a OG die Revision gestatten können, um eine von den Strassburger Organen festgestellte Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention zu beheben. Denn in jenen Fällen hat der Zugang zum Bundesgericht zwar stattgefunden; das Bundesgericht hatte aber eine andere Auffassung als die Konventionsorgane. Indem die Schweiz die Rechtsprechung der Konventionsorgane mit der Ratifikation und der Abgabe der Erklärungen gemäss Art. 25 und 46 EMRK akzeptiert hat, wird dem staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, welches gerade diese Rechte schützen soll, das internationale Verfahren "aufgesetzt". Die Zugangs-/84 garantie muss daher in ihrem Vollsinn dahin ausgelegt werden, dass sie die Konventionsrechte in jener Auslegung schützen muss, wie sie die Strassburger Organe festlegen. Aus diesem Grunde wäre nach einer Verurteilung der Schweiz eine Revision direkt aus Art. 113 Abs. 1 BV als "Verfahrensreserve" begründbar gewesen. Durch die Regelung des Art. 139a OG ist dieses Problem heute allerdings akademischer Natur.

5. Kognition als Konkretisierung der bundesgerichtlichen Sachzuständigkeit

21 Die *Überprüfungsbefugnis* des Bundesgerichtes beruht auf seiner *sachlichen Zuständigkeit*³⁸⁶. Diese darf nicht enger, aber auch nicht weiter sein als der Anwendungsbereich der verfassungsrechtlich eröffneten

³⁸⁵ Rohner, Kognition 53 f. und Auer, Jurisdiction 239 halten nur das Rechtsverweigerungsverbot bzw. Art. 4 BV verletzt, währenddem Kälin, Beschwerde 329 f. richtigerweise Art. 4 BV und 113 Abs. 1 BV für verletzt hält.

³⁸⁶ Vgl. z.B. Gygi, Kognition 445.

Sachzuständigkeit³⁸⁷. Die Rechtsweggarantie des Art 113 Abs. 1 BV beschränkt diese Zuständigkeit von vorneherein auf die *Rechtsfrage*, ob ein verfassungsmässiges oder ein Recht der Menschenrechtskonventionen verletzt ist³⁸⁸. Das Bundesgericht ist aber *nicht* mit der richtigen oder fehlerhaften Anwendung des einfachen Gesetzesrechts befasst³⁸⁹. Ebensowenig können in allgemeiner Weise tatbeständliche Fragen mit der staatsrechtlichen Beschwerde dem Bundesgericht vorgelegt werden³⁹⁰.

22 Die Lehre hat aus Formulierungen des Bundesgerichtes zwei Arten der bundesgerichtlichen Kognition unterschieden³⁹¹. Mit der sog. "freien Kognition" prüft das Bundesgericht die vorgelegten Fragen frei, gewissermassen wie eine erste Instanz. Mit der prozessualen Willkürkognition - die vom materiellrechtlichen Willkürverbot unterschieden wird - werden die vorgelegten Rechtsfragen hingegen einzig auf eine qualifizierte Unrichtigkeit überprüft³⁹². Wann nun die beiden Kognitionsarten zum Zuge kommen, ist äusserst unklar /85 und nicht einmal "Eingeweihten" bekannt³⁹³. Diese beiden Kognitionsarten und das damit verbundene Kognitionsproblem gehen auf unglückliche Formulierungen des Bundesgerichtes zurück. So heisst es in einer ständigen Praxis, das Bundesgericht prüfe "die Auslegung und Anwendung kantonalen Gesetzesrechts" oder die "gesetzliche Grundlage" von Eingriffen nur auf Willkür³⁹⁴. Bei schweren Grundrechtseingriffen prüfe es die gesetzliche Grundlage "frei"³⁹⁵. Vor dem Hintergrund der von Art. 113 Abs. 1

³⁸⁷ Vgl. Gygi Fritz, Freie und beschränkte Prüfung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 191 ff., insb. S. 192.

³⁸⁸ Die übrigen Beschwerdegründe gemäss Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV (betreffend die Verletzung von Konkordaten und sonstigen Staatsverträgen) spielen nur eine untergeordnete Rolle und werden in dieser Untersuchung nicht näher behandelt.

³⁸⁹ Vgl. Rohner, Kognition 64; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 91.

³⁹⁰ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 276 m.w.H.; Rohner, Kognition 41 zu den Ausnahmen.

³⁹¹ Vgl. z. B. Aubert, *Traité N.* 1717; Hangartner, Staatsrecht II 197 f.; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 548.

³⁹² Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 197 ff.; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 548.

³⁹³ Vgl. Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 548: "Die Praxis des Bundesgerichtes zur Frage der Kognition ist sehr komplex und zum Teil nicht klar durchschaubar". Votum von Christoph Rohner an den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, ZSR 1987 II 617 ff., 619: "Nimbus esoterischer Geheimwissenschaft".

³⁹⁴ Vgl. z.B. BGE 115 Ia 15, 116 Ia 92, 116 Ia 438, 112 Ia 162 f. m.w.H.

³⁹⁵ Vgl. z.B. 118 Ia 387, 116 Ia 45, 113 Ia 440 m.w.H.

Ziff. 3 BV eröffneten Sachzuständigkeit des Bundesgerichtes ist die Aussage in dieser allgemeinen Form nicht richtig. Art. 113 Abs. 1 BV verpflichtet das Bundesgericht alle Rechtsfragen betreffend die verfassungsmässigen und Konventionsrechte "frei" zu prüfen. Würde das Bundesgericht hier bloss eine Willkürprüfung vornehmen, so beginge es eine Rechtsverweigerung. Die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts ist beispielsweise *auch dann* eine verfassungsrechtliche Frage, wenn eine bestimmte Gesetzesauslegung ein Grundrecht verletzt³⁹⁶, ganz unabhängig davon wie schwer der Eingriff ist. Das entsprechende gilt für die Frage, ob für eine grundrechtseinschränkende Massnahme eine formellgesetzliche Grundlage erforderlich ist. Es handelt sich um eine Frage der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung und dem gleich einem Grundrecht anrufbaren Grundsatz der Gewaltenteilung³⁹⁷. Auch hier ist eine "freie" Prüfung erforderlich.

Diese fragwürdige Praxis rührt wohl daher, dass die frühere Rechtsprechung bei besonders schweren Grundrechtseingriffen eine klare gesetzliche Grundlage verlangte³⁹⁸. Dies beruht auf der Überlegung, dass schwere Eingriffe strikte das Legalitätsprinzip zu beachten haben. Es handelt sich um eine verfassungsrechtliche Fragestellung im Zuständigkeitsbereich des Bundesgerichts. /86 Das Bundesgericht hat aber diese Praxis aufgegeben³⁹⁹ und stattdessen ohne Begründung die kritisierte Formel geschaffen und seither verwendet⁴⁰⁰.

23 Aubert und Kaufmann haben aus der Willkür-Rechtsprechung eine Theorie der Prüfungsgenauigkeit oder bildlich gesprochen der *Sichtschärfe*⁴⁰¹ abgeleitet. Danach ist die Willkürprüfung mit einer "Milchglasbrille" vorzunehmen, d.h. der Rechtsfehler muss so schwerwiegend sein, dass er selbst mit einem Blick durch ein trübes Glas erkannt werden kann. Umgekehrt vollzieht

³⁹⁶ Es müsste dann eine verfassungskonforme Auslegung erfolgen, vgl. J.P. Müller, Kommentar, N. 46 ff. zur Einleitung zu den Grundrechten.

³⁹⁷ Vgl. genauer N. 3/10 f.

³⁹⁸ Vgl. BGE 74 I 156, 77 I 218 f., 91 I 125; vgl. Rohner, Kognition 171; Kälin, Beschwerde 192.

³⁹⁹ BGE 96 I 133 f.

⁴⁰⁰ Vgl. BGE 103 Ia 375, E. 3 a). Die Ankündigung von Bundesrichter Rouiller, Protection 287 (1987), diese Praxis werde aufgegeben, hat sich nicht bewahrheitet, vgl. BGE 118 Ia 367.

⁴⁰¹ Aubert, Traité N. 1717, Kaufmann Otto Konstantin, Die beiden Brillen des Bundesgerichts, in: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 165 ff.

sich die freie Prüfung mit einer "Klarsichtbrille", leichtere und schwerere Rechtsfehler werden erkannt. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Sachzuständigkeit des Bundesgerichtes erweist sich auch die *Sichtschärfentheorie* als überflüssig. Denn *stets* hat das Bundesgericht gemäss Art. 113 Abs. 1 BV eingehend ("frei") zu prüfen, ob ein verfassungsmässiges oder ein Konventionsrecht verletzt wurde; für andere Rechtsfragen ist es hingegen überhaupt nicht zuständig⁴⁰². Eine bloss unrichtige Anwendung des Gesetzesrechts oder der Feststellung des Sachverhalts verletzt noch kein verfassungsmässiges oder konventionelles Recht und fällt danach nicht in die Sachzuständigkeit des Bundesgerichtes. Die Auslegung und Anwendung des einfachgesetzlichen Rechts darf daher nicht einmal mit einer "Milchglasbrille" geprüft werden.

Die Theorie der Sichtscharfe hält vor Art. 113 Abs. 1 BV nicht stand. Die sogenannte Willkürkognition ist allein ein materiellrechtliches Problem. Steht in einer Beschwerde kein besonderes Grundrecht zur Verfügung, so kann subsidiär immer noch das *Willkürverbot als ein verfassungsmässiges Recht* angerufen werden. Das Bundesgericht hat ("frei!")⁴⁰³ zu prüfen, ob der angefochtene Akt willkürlich ist; es besitzt dann eine "Willkürkognition". Es handelt sich eben um die materielle und verfassungsrechtliche Frage, ob ein Staatsakt mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine offensichtlich schwere Rechtsverletzung beinhaltet oder offensichtlich unver-/87 nünftig und ungerecht ist⁴⁰⁴. Die Anerkennung dieses Willkürverbotes als

⁴⁰² Vgl. Rohner, Kognition 54, 64; Gygi, Kognition 449 und N. 7/21.

⁴⁰³ Vgl. Rohner, Kognition 65.

⁴⁰⁴ Vgl. aus der reichen Rechtsprechung: BGE 118 Ia 130, 117 Ia 15, 106, 122, 139, 294, 114 Ia 27, 112 Ia 122, 111 Ia 178, 109 Ia 22. Die Lehre hat zu Recht festgehalten, dass nicht jede einfache Rechtsverletzung oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes als Verletzung des Willkürverbotes gelte, denn dadurch würde das Bundesgericht zu einem "Oberverwaltungsgericht" in kantonalen Angelegenheiten (Hangartner, Staatsrecht II 197; Gygi, Kognition 448 f.; Kälin, Beschwerde 172 und das Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 244 sprechen von "Superappellationsinstanz"). Nur eine offensichtlich schwere Rechtsverletzung oder qualifiziert falsche Sachverhaltsfeststellung (vgl. BGE 111 Ia 19, 111 Ia 89, 112 Ib 253, 114 Ia 27 m.w.H., 114 Ia 218) verletzt das *Willkürverbot als materielles Grundrecht* (BGE 111 Ia 19, 111 Ia 89, 114 Ia 27 m.w.H., 114 Ia 218).

ungeschriebenes oder aus Art. 4 BV⁴⁰⁵ abgeleitetes Grundrecht weitete also die Prüfungszuständigkeit des Bundesgerichtes aus.

24 Aus der geschichtlichen Entwicklung der Willkürrechtsprechung wird ersichtlich, dass die *Prüfung auf Willkür* nicht etwa eine Einschränkung der Kognition und damit des Rechtsschutzes bedeutete. Vielmehr hat die Anerkennung eines neuen verfassungsmässigen Rechts, wie es etwa das materiellrechtliche Willkürverbot darstellt, richtig besehen zu einer Ausweitung der bundesgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 113 Abs. 1 BV geführt⁴⁰⁶. Deshalb wurde die Willkürrechtsprechung in ihren Anfängen als antiföderalistischer Eingriff in die kantonale Eigenständigkeit gewertet⁴⁰⁷ und nicht als *Einschränkung der bundesgerichtlichen Kognition*. Je nach Praxis kann das Willkürverbot in der Tat zu stark in die Gestaltungsfreiheit des (kantonalen) Gesetzgebers eingreifen. Deshalb wollte Giacometti, der eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit befürwortete, die Art. 4 BV-Beschwerden gegen den Gesetzgeber davon ausgenommen haben. Denn das Bundesgericht erhebe sich dadurch zu einem Richter über die Gerechtigkeit und mische sich dadurch zu sehr in die Politik ein⁴⁰⁸.

25 Die in einem Teil der Literatur vertretene Auffassung über die "beschränkte" Willkürkognition und die "freie" Kognition beruht also auf einem Missverständnis. Zu Beginn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war diese Einsicht noch klar vorhanden⁴⁰⁹; sie ist heute durch die überbordende Begrifflichkeit im Rahmen der sog. "Kognitionstheorien" förmlich verschüttet /88 worden⁴¹⁰. Die moderne Lehre hat sich der von Rohner⁴¹¹ entwickelten, durch die historische Entwicklung kaum zu widerlegende Anschauung über die Kognition als ein rein materiellrechtliches Problem angeschlossen⁴¹².

⁴⁰⁵ Hinweis: Art. 26 CCPR beinhaltet für die Schweiz kein Willkürverbot: vgl. N. 2/24.

⁴⁰⁶ Vgl. Rohner, Kognition 63 f. m.w.H. auf die frühe bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁴⁰⁷ Vgl. Soldan, Déni 479; Schoch, Rekurs 562 ff.; Fischli, Auswirkungen 32 ff. m.w.H.

⁴⁰⁸ §Vgl. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit 89.

⁴⁰⁹ So Rohner, Kognition 56 ff.; Fischli, Auswirkungen 30 ff.

⁴¹⁰ Rohner, Kognition 65.

⁴¹¹ Vgl. Rohner, Kognition, insb. S. 50 ff.

⁴¹² Vgl. Kälin, Beschwerde 172 ff.; Auer, Jurisdiction 247 ff.; Haller, Kommentar N. 99 zu Art. 113 BV; Gygi, Kognition 445 ff.; Brunswiler, Verwaltungsgerichtsbarkeit 271;

26 Die *grundsätzlich eingehende* Prüfung der Rechtsfrage, ob ein kantonaler Akt ein verfassungsmässiges oder ein konventionelles Recht verletzt, verbietet es freilich nicht, dass das Bundesgericht unterschiedliche *Prüfungsdichten* ansetzt. So lassen sich je nach angefochtenem Hoheitsakt, betroffenen Grundrechten und Sachlage in den Urteilen unterschiedliche Massstäbe feststellen. Sie erlauben es dem Bundesgericht, seine spezifische Aufgabe als Hüter der verfassungsmässigen Rechte wahrzunehmen. In diesem Sinne bestehen bestimmte Kategorien zurückhaltender Prüfung aus föderalistischer Rücksichtnahme, bei der Auslegung des kantonalen Verfassungsrechts⁴¹³, bei Ermessensfragen⁴¹⁴ oder bei politischen Fragen⁴¹⁵. Die letztere Kategorie verdient in bezug auf Art. 113 Abs. 2 BV eine besondere Erwähnung.

27 Die in Art. 113 Abs. 2 vorbehaltenen Administrativstreitigkeiten bilden eine Klausel, die es dem Bundesgesetzgeber erlaubt, *politische, nicht justitiable Fragen oder eigentliche Actes de gouvernement* den politischen Bundesbehörden zur Beurteilung zuzuweisen⁴¹⁶. Mit der zunehmenden Festigung der dritten Gewalt im Bund seit 1874 erschien eine *generell-abstrakte* Zuweisung von staatsrechtlichen Beschwerden mit politischer Tragweite an die politischen Bundesbehörden überflüssig⁴¹⁷. Dies freilich bedeutet umgekehrt, dass das Bundesgericht bei ausgesprochen politischen oder nicht justitiablen Fragen gerade wegen seiner Generalzuständigkeit darauf Rücksicht nehmen soll und die Entscheidung besonders wichtiger oder umstrittener Fragen dem Verfassungs- oder Gesetzgeber überlassen darf⁴¹⁸. In den Urteilen finden sich **/89** freilich nur selten Hinweise auf politisch motivierte Rücksichtnahmen⁴¹⁹ oder die *Actes-de-gouvernement-Lehre*⁴²⁰. Im

Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 548 f. stellen die konträren Lehrmeinungen kommentarlos dar.

⁴¹³ Vgl. BGE 104 Ia 286, 99 Ia 181, vgl. Kälin, Beschwerde 184 f., 205 f.

⁴¹⁴ Vgl. BGE 99 Ia 563; Rohner, Kognition 176 differenziert. Siehe zu weiteren Kognitionsbeschränkungen Kälin, Beschwerde 169 ff.

⁴¹⁵ Vgl. Kälin, Beschwerde 206 f.

⁴¹⁶ Vgl. Schweizer, Errichtung 300; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 241; Haller, Kommentar zu Art. 113 BV, N. 134 ff.; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 903 m.w.H.

⁴¹⁷ Vgl. N. 7/11.

⁴¹⁸ Vgl. Rohner, Kognition 148; vgl. N. 18/4 ff. allgemein.

⁴¹⁹ Vgl. die raren Beispiele: BGE 83 I 173 (Waadtländer Frauenstimmrechtsfall) und Gegenbeispiel BGE 116 Ia 359 (Appenzell I.Rh. Frauenstimmrechtsfall); BGE 103 Ia 377, Recht auf Bildung; vgl. Huber, Grundrechte 213; Kälin, Verfahren 206.

staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren kommt es daher bloss abgeschwächt zu einer Rücksichtnahme auf - ohnehin seltene⁴²¹ - kantonale Actes de gouvernement, wenn sich das Bundesgericht bei politisch stark eingefärbten Entscheiden einer gewissen Zurückhaltung befleissigt; das Bundesgericht fällt aber deswegen keinen Nichteintretensentscheid.

28 Die Zurückhaltung in *politischen Fragen* büsst im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren zunehmend an Bedeutung ein. Die Grundrechte und die darauf abgestützte Rechtsprechung bieten in den letzten Jahrzehnten eine immer überzeugendere Legitimationsgrundlage zu richterlicher Rechtsgestaltung. Mit dem Individualismus einher ging zweifellos eine verstärkte gesellschaftliche Überzeugungskraft der Grundrechte, die den konkurrierenden Grundwerten Föderalismus und Demokratie⁴²² als zumindest ebenbürtige Argumente gegenüberreten. Durch diese gesellschaftspolitische Entwicklung erfährt das Bundesgericht als Hüter der verfassungsmässigen und konventionellen Rechte eine bedeutende Stärkung seiner Stellung.

IV. Bewertung

29 Die Auseinandersetzung um Art. 113 Abs. 1 BV als Garantie eines bundesgerichtlichen Schutzes hat das ursprüngliche Konzept der Schöpfer der Bundesverfassung erneuert. Heute ist es nahezu unbestritten, dass Art. 113 Abs. 1 BV nicht nur eine Kompetenznorm, sondern auch zugleich eine grundrechtliche Garantie auf Zugang zum Bundesgericht gegen kantonale Staatsakte darstellt⁴²³. Lückenlose Kompetenznorm und Verfahrensgrund- /90 recht bedingen sich wechselseitig und stärken das politische Prinzip der Gewaltenteilung in einem entscheidenden Punkt.

⁴²⁰ In der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichtes oblag es ausschliesslich dem Bundesrat zu entscheiden, ob ein völkerrechtlicher Vertrag noch gilt, ob durch Staattennachfolge ein anderer Staat eingetreten ist oder ob ein Vertrag zur Retorsion vorübergehend nicht angewendet werden soll, vgl. BGE 49 I 197, 58 I 110 ff., 64 I 266.

⁴²¹ Vgl. N. 18/11.

⁴²² Vgl. J.P. Müller, Verfassungsgerichtsbarkeit 70.

⁴²³ Vgl. N. 7/9 ff.

Mit der zunehmenden Ansammlung der Bundeskompetenzen wurde auch der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit unbedingt notwendig. Hier übernahm die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die gemäss Art. 97 OG generell zulässig ist, materiell die Funktion der staatsrechtlichen Beschwerde im Bund⁴²⁴. Allerdings hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 97 ff. OG am Garantiegehalt von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV nicht Anteil, da die Beschränkung auf kantonale Akte generell als zulässig angesehen wird⁴²⁵. Die Wirksamkeit dieses Rechtsmittels blieb indes durch die Art. 99-101 OG und Art. 113 Abs. 3 bzw. 114bis Abs. 3 BV beschränkt. Je nach Lehrmeinung zu Art. 113 Abs. 3 BV⁴²⁶ gestatten die Verwaltungsgerichtsbeschwerde und die staatsrechtliche Beschwerde eine teilweise Überprüfung der Bundesgesetzgebung auf die Verletzung konventioneller Rechte.

Bei der Rechtsweggarantie des Art. 113 Abs. 1 BV scheint die Kategorie der heute praktisch kaum mehr bedeutsamen, nicht justiziablen (politischen) "Administrativstreitigkeiten" auf. Ähnlich wie die Fragen der nationalen Sicherheit bei Art. 6 Abs. 1 EMRK⁴²⁷, stellt sich zumindest das Problem der grundsätzlichen Berechtigung solch "gerichtsfreier" Akte (*Actes de gouvernement*). Dieser wichtige Punkt soll im funktionalrechtlichen Teil der Untersuchung weiterverfolgt werden⁴²⁸.

30 Die Grundrechtssprechung, die 1911 von den politischen Bundesbehörden fast vollständig auf das Bundesgericht übergang, hat die Schweiz zu einer Rechts- und insbesondere *Grundrechtsgemeinschaft integriert*⁴²⁹. Dieser grundrechtliche Integrationsprozess wurde mit dem Beitritt der Schweiz zur EMRK (1974) und zu den beiden Weltpakten (1992) auf nationalem und internationalem Niveau erheblich verstärkt. Das Bundesgericht wurde 1974 und 1992 auch für die primäre Beurteilung betreffend Verletzung "konventioneller" Rechte zuständig⁴³⁰. Dieser durch die staatsrechtliche Beschwerde unterhalte- /91 ne Integrationsprozess besteht heute noch fort⁴³¹.

⁴²⁴ Vgl. N. 7/2.

⁴²⁵ Vgl. N. 7/4.

⁴²⁶ Vgl. N. 20/8 m.H.

⁴²⁷ Vgl. N. 10/27.

⁴²⁸ Vgl. N. 18/4 ff.

⁴²⁹ Vgl. Müller, Elemente 41; Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 179.

⁴³⁰ Vgl. N. 7/15.

⁴³¹ Vgl. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 180 etwa betreffend die Art. 31, 46 Abs. 2 BV

Es handelt sich um eine Entwicklung, die gegenwärtig auch auf *europäischer Ebene* in Gang ist. Die erwähnte Kritik der Föderalisten am "integrierenden" Bundesgericht zeigt eine bemerkenswerte Parallele zur Gegenwart auf. Die Föderalisten hatten argumentiert, das Bundesgericht überschreite mit seinem aus Art. 4 BV "abgeleiteten" Willkürverbot und dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung seine Kompetenzen und schränke die Kantone in ihrer Autonomie zu sehr ein⁴³². Dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wird ebenso vorgeworfen, er betrete mit seiner Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK - also wiederum bei Verfahrensanforderungen - Neuland, die von der Konvention, so wie sie ratifiziert worden ist, nicht mehr gedeckt sei⁴³³. Der Gerichtshof überschreite mit seiner "extensiven" Interpretation von Art. 6 Abs. 1 EMRK betreffend die gerichtliche Nachkontrolle von Verwaltungsentscheidungen seine Kompetenzen, denn kein Staat habe sich vertraglich dazu verpflichten wollen. Der Gerichtshof hat ähnlich wie das Bundesgericht mit seiner "autonomen" Interpretation der Konvention einen gemeineuropäischen Grundrechtsstandard geschaffen, dessen Wert für die Stärkung und Fortentwicklung der Menschenrechte nicht hoch genug eingeschätzt werden kann.

Zwischen dem Bundesgericht und den Konventionsorganen besteht im Hinblick auf die Zugangsgarantie des Art. 113 Abs. 1 BV eine weitere Parallele. Denn der einzelne hat auch nach dem Recht der Konvention einen unbedingten, prozessualen Anspruch darauf, mit einer Beschwerde an die Europäische Kommission für Menschenrechte zu gelangen⁴³⁴. Der Gerichtshof hat Art. 25 EMRK selbst als ein *prozessuales Individualrecht* verstanden, obwohl diese Bestimmung ausserhalb des Rechtekataloges der Art. 2 bis 14 EMRK steht. Als weitere Parallelität zu Art. 113 Abs. 2 BV sind die "Rechtsprechungskompetenzen" des (politischen) Ministerkomitees hervorzuheben. Sie sollen im Zuge der Reformbestrebungen abgeschafft werden⁴³⁵.

31 Die lückenlose, bundesgerichtliche Kontrolle der Kantone und der kantonalen Exekutiven hat einen beachtlichen Umfang erreicht. *Faktisch* hatte das

oder Art. 2 Üb. Best. BV und vor allem Art. 5, 6 und 8 EMRK.

⁴³² Vgl. N. 7/25.

⁴³³ Vgl. z.B. Villiger, Handbuch 27 f.; die deutsche Regierung im Verfahren Ruiz-Mateos, EGMR/A 262, § 56; Votum Münger, in: Matscher, Verfahrensgarantien 171.

⁴³⁴ Vgl. Urteil Cruz Varas, EGMR/A 201, § 99; Kley-Struller, 9. Zusatzprotokoll 1484.

⁴³⁵ Vgl. Kley-Struller, 9. Zusatzprotokoll 1486.

staatsrechtliche Beschwerdeverfahren in vielen Punkten die fehlenden kantonalen verwaltungsgerichtlichen Verfahren partiell zu kompensieren vermocht⁴³⁶, obwohl es sich dabei lediglich um eine Verfassungsbeschwerde handelt.

Rechtlich sichert die staatsrechtliche Beschwerde dem einzelnen freilich *keinen hinreichenden Gerichtszugang*, weil dem Bundesgericht nur die Frage vorgelegt werden kann, ob ein verfassungsmässiges Recht, inklusive das Willkürverbot oder ein konventionelles Recht, verletzt worden ist. Fragen der gewöhnlichen Rechtsanwendung sind, wenn dadurch Grundrechte nicht betroffen werden, unüberprüfbar; dasselbe gilt auch für sämtliche Sachverhaltsfragen. Aus diesem Grunde kann ein staatsrechtliches Beschwerdeverfahren den im Kanton nicht erfolgten Gerichtszugang in aller Regel *nicht heilen*, es sei denn, im kantonalen Verfahren seien lediglich Grundrechtsfragen strittig gewesen.

⁴³⁶ Gl. A. Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 427; Brunschwiler, Verwaltungsgerichtsbarkeit 268.

§ 8. Garantie des verfassungsmässigen Richters (Art. 58 Abs. 1 BV)

I. Bedeutung

1 Art. 58 Abs. 1 BV sowie viele Kantonsverfassungen⁴³⁷ gewährleisten einen *rechtssatzmässig zuständigen, unvoreingenommenen, unabhängigen und unparteiischen Richter*⁴³⁸. Art. 58 Abs. 1 BV *verhindert eine sachfremde Beeinflussung (schieds-⁴³⁹)richterlicher Entscheide*, indem das Verfahren und die Zuständigkeit der Gerichte im voraus - unabhängig von den vorgelegten Fällen - generell-abstrakt bestimmt sind⁴⁴⁰. Der Richter soll ein "rechter Mittler" sein⁴⁴¹.

Das in Art. 58 Abs. 1 BV verbotene Ausnahmegericht hat keine selbständige Bedeutung; es ist das historische Beispiel eines parteiischen ad hoc oder ad personam bestellten Gerichts⁴⁴².

2 Das Bundesgericht liess Art. 58 Abs. 1 BV lange Zeit mit dem Willkürverbot des Art. 4 Abs. 1 BV zusammenfallen. Nach dieser älteren Rechtsprechung garantierte Art. 58 Abs. 1 BV nur, dass die kantonale Gesetzgebung über Gerichtsorganisation und -verfahren nicht willkürlich gehandhabt wurde⁴⁴³.

1965⁴⁴⁴ hat es Art. 58 BV in einem weiteren Sinne interpretiert, indem es einen Anspruch auf den nach generell-abstrakten Normen allgemein zuständigen

⁴³⁷ Vgl. z.B. Art. 16 Abs. 1 KV GL; Art. 9 Abs. 1 KV JU; Art. 3 Abs. 1 KV NW; Art. 11 Abs. 2 KV OW; Art. 69 KV VD; Art. 131 Abs. 4 KV GE oder § 6 Abs. 1 KV ZG, die nicht über Art. 58 BV hinausgehen und deshalb keine selbständige Bedeutung haben.

⁴³⁸ Vgl. z.B. 117 Ia 325 f., 117 Ia 173, 117 Ia 183 f., BGE 105 Ia 161 m.w.H.

⁴³⁹ BGE 117 Ia 166 (gilt auch für öffentlichrechtliche Schiedsgerichte).

⁴⁴⁰ Vgl. Eichenberger, Unabhängigkeit 272 m.w.H.; J.P. Müller, Grundrechte 309; J.P. Müller, Garantie 249; Hangartner, Staatsrecht II 208 f.

⁴⁴¹ BGE 33 I 146; 117 Ia 173, 117 Ia 183 f.; 115 Ia 36 f., 115 Ia 175; Piquerez Gérard, Le droit à un juge indépendant et impartial, SJ 1989 114 ff., insb. S. 116; Eichenberger, Unabhängigkeit 22: "unbeteiligter Dritter".

⁴⁴² Vgl. Graven, Garantie 217. Ein solches Ausnahmegericht war etwa das vom Freiburger Regierungsrat 1853 zur Beurteilung des Aufstandes vom 22.4.1853 eingesetzte Kriegsgericht, vgl. Ullmer, Praxis I Nr. 295; vgl. ferner BGE 7 219, 19 168, 24 438, 27 35.

⁴⁴³ BGE 54 I 381, 83 I 85; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 867; Hangartner, Staatsrecht II 208 f.; J.P. Müller, Garantie 258 ff.

⁴⁴⁴ BGE 91 I 399; seither ständig bestätigt, vgl. kürzlich BGE 117 Ia 323.

Richter und die *richtige Besetzung des Gerichts* anerkannte. Art. 58 Abs. 1 BV gewährleistet damit *selbständig eine unabhängige Beurteilung einer Streitsache*⁴⁴⁵.

3 Die Kantone ordnen die Zuständigkeiten und Verfahren ihrer Gerichte unter Vorbehalt der Anforderungen des Art. 58 Abs. 1 BV frei. Eine Verletzung dieser unterverfassungsrechtlichen Gerichtsorganisations- und -verfahrensnormen bedeutet nicht zugleich eine Verletzung von Art. 58 Abs. 1 BV⁴⁴⁶. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters schützt die kantonale Gerichtsorganisation nicht verfassungsrechtlich⁴⁴⁷. Art. 58 Abs. 1 BV garantiert weder eine bestimmte Gerichtsorganisation, noch ein bestimmtes Gerichtsverfahren oder einen bestimmten Gerichtsstand⁴⁴⁸.

4 Art. 58 Abs. 1 BV als Garantie richterlicher Unabhängigkeit ist ein notwendiger Bestandteil der Gewaltenteilung⁴⁴⁹, indem die generell-abstrakte Ausscheidung der Rechtsprechung von den andern Staatsfunktionen in organisatorischer, persönlicher oder anderer Hinsicht geschützt wird. Die richterliche Gewalt wird damit wirksam gegen Übergriffe der beiden andern Gewalten gesichert⁴⁵⁰. Ohne die Garantie des Art. 58 BV müsste auf die Gewaltenteilung als Grundrecht⁴⁵¹ zurückgegriffen werden. Im Verhältnis zwischen Regierung und Gesetzgeber hat das Bundesgericht den Grundsatz der Gewaltentrennung als verfassungsmässiges Recht anerkannt, um die Kompetenzen des Gesetzgebers gegen legislative Übergriffe der Regierung zu schützen⁴⁵². /95

⁴⁴⁵ Vgl. BGE 99 Ia 402, 117 Ia 325. Siehe eingehend J.P. Müller, Grundrechte 311 ff.; Kölz, Kommentar, N. 16 ff. zu Art. 58 BV.

⁴⁴⁶ BGE 91 I 402, 50 I 51; 35 I 346; Hangartner, Staatsrecht II 209; J.P. Müller, Garantie 259.

⁴⁴⁷ Vgl. Kölz, Kommentar, N. 9 zu Art. 58 BV; J.P. Müller, Garantie 259. Anders als beim politischen Stimmrecht, das nur punktuell in der Kantonsverfassung angelegt ist, aber von der Gesetzgebung näher ausgestaltet wird, vgl. Hangartner, Staatsrecht II 268.

⁴⁴⁸ BGE 117 Ia 191, 114 Ia 53 f., m.w.H.; Kölz, Kommentar, N. 66 zu Art. 58 BV m.w.H.; Burckhardt, Kommentar, 3. A., 533.

⁴⁴⁹ Huber, Grundrechte 222; BGE 112 Ia 55 spricht von der Ergänzung der Gewaltenteilung oder Saladin, Fairness 79 spricht von einer engen wechselseitigen Verwandtschaft.

⁴⁵⁰ Grundlegend BGE 114 Ia 55 f.

⁴⁵¹ Vgl. N. 3/10 f.

⁴⁵² Vgl. N. 3/10.

II. Geltung gegenüber Verwaltungsbehörden

5 Der in Art. 58 Abs. 1 BV verankerte Anspruch auf den *unabhängigen und unparteiischen Richter* bezieht sich nur auf Verfahren vor gerichtlichen Instanzen⁴⁵³. Der Anspruch auf den *zuständigen gesetzlichen Richter* kann selbstverständlich auch gegenüber dem Entscheid einer Verwaltungsbehörde angerufen werden⁴⁵⁴. Ansonsten könnte sich der Betroffene gegen einen unzulässigen Übergriff einer Verwaltungsbehörde auf die den Gerichten vorbehaltene Rechtsprechung gar nicht wehren. Einen Anspruch auf die richtige Zusammensetzung der entscheidenden Verwaltungsbehörden beinhaltet aber Art. 4 BV⁴⁵⁵.

6 In BGE 112 Ia 144 hat das Bundesgericht in einer bedeutsamen Änderung seiner langjährigen Rechtsprechung Art. 58 Abs. 1 BV neu für Strafuntersuchungs- und Anklagebehörden gelten lassen, wenn diese in *richterlicher Funktion* tätig sind. Eine solche richterliche Funktion bejahte das Bundesgericht, wenn die Strafuntersuchungsbehörde einen vorläufigen Strafbefehl erlasse, eine Untersuchung einstelle oder wenn die Staatsanwaltschaft als Rekursinstanz gegen Verfügungen und gegen das Verfahren der Untersuchungsbehörden amte⁴⁵⁶. Die Behörde nehme die Rolle eines eigentlichen Richters ein, denn sie müsse die Vorbringen in unabhängiger und unparteiischer Weise prüfen. Im vorgelegten Fall hatte das Bundesgericht die Anwendung des Art. 58 Abs. 1 BV auf die Begutachtung des Staatsanwaltes im Revisionsverfahren abgelehnt. Damit bleiben die Folgen einer vollen Anwendung des Art. 58 Abs. 1 BV auf eine Verwaltungsbehörde ungeklärt⁴⁵⁷. Müsste die betreffende Behörde - wie ein echtes Gericht - aus der Verwaltung ausgegliedert werden, um Weisungsfreiheit sicherzustellen? Art. 58 Abs. 1 BV würde damit zu einer *partiellen Rechtsweggarantie*, wenn immer eine Verwaltungsbehörde ein *richterliche Funktion* wahrnimmt.

⁴⁵³ BGr vom 2.5.1979, ZBl 1979 485.

⁴⁵⁴ BGr vom 2.5.1979, ZBl 1979 486; BGE 50 I 50, 54 I 381; BRB v. 5.3.1937, VEB 1937 Nr. 161; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 868 Anm. 75.

⁴⁵⁵ Vgl. N. 2/15.

⁴⁵⁶ BGE 112 Ia 144, 146 f.

⁴⁵⁷ J.P. Müller, Grundrechte 315. Das Bundesgericht bezog sich in BGE 112 Ia 144 ausschliesslich auf unpublizierte Praxis.

7 Es ist charakteristisch, dass das Bundesgericht in *heiklen Bereichen des Straf- und Strafprozessrechtes* eine Geltung des Art. 58 Abs. 1 BV als Rechtsweg- /96 garantie angenommen hat. Bei der Einstellung der Strafverfolgung wenden die Strafverfolgungsorgane auch materielles Strafrecht an; eine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit steht in diametralem Gegensatz zur Strafrechtspflege, die bei den Gerichten konzentriert ist. Bei Beschwerden gegen die strafprozessuale Verfahrensführung liegen häufig einschneidende Massnahmen und Verfügungen vor; sie sollten wie Freiheitsentziehungen⁴⁵⁸ letztlich vom Richter ausgehen. Die Anwendung von Art. 58 Abs. 1 BV ist also zumindest vom *individuellen Schutzbedürfnis* her gefordert⁴⁵⁹. Damit stellt Art. 58 Abs. 1 BV bei schweren Eingriffen in Freiheitsrechte, namentlich in die persönliche Freiheit, eine partielle Garantie ursprünglicher Gerichtszuständigkeit dar, welche eine durch Art. 5 Abs. 4 und 6 Abs. 1 EMRK offen gehaltene Lücke⁴⁶⁰ schliesst. Es wäre wünschenswert, wenn das Bundesgericht die Tragweite dieser Garantie deutlicher und öffentlich durch die publizierte Praxis herausstellen würde. Das Bundesgericht hat freilich Art. 58 Abs. 1 BV auf enge Sachverhalte beschränkt; eine relativ allgemeine Rechtsweggarantie wird damit nicht ausgesprochen.

III. Art. 58 Abs. 1 BV als allgemeine Rechtsschutzgarantie?

8 Art. 58 BV setzt - wie etliche Bestimmungen der Bundesverfassung⁴⁶¹ - zwar voraus, dass richterliche Behörden existieren, postuliert aber selber keine richterliche Gewalt, falls diese nicht existieren sollte⁴⁶². Die Erwähnung des

⁴⁵⁸ Vgl. N. 11/1 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. allgemein N. 17/3 ff.

⁴⁶⁰ Strafprozessuale Handlungen werden durch Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht abgedeckt, vgl. N. 10/26; immerhin gilt Art. 5 Abs. 4 EMRK für den wichtigen Tatbestand der Freiheitsentziehung, vgl. N. 11/1.

⁴⁶¹ Art. 64 Abs. 3 und Art. 64bis Abs. 2 BV; Art. 59 Abs. 1 (Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes), Art. 60 (Gleichbehandlung aller Kantonsbürger).

⁴⁶² Vgl. Burckhardt, Kommentar 1. A., 585; Kölz, Kommentar, N. 3 zu Art. 58 BV; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 98. Art. 58 BV konnte also nicht verhindern, dass echte Zivilstreitigkeiten (vgl. Kley-Struller, Privatrecht 31 f.) durch Verwaltungsbehörden beurteilt werden, vgl. anschaulich BGE 10 228.

Wortes "Richter" oder "gerichtlich" in den Art. 58 und 59 Abs. 1 BV hat nach der Intention des historischen Verfassungsgebers und ständiger Praxis keine Bedeutung der Garantie einer Gerichtsorganisation oder gar einer /97 grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie⁴⁶³. Für eine solche Auslegung bestand nie ein Bedürfnis, weil alle Kantone seit jeher eine zwar unterschiedliche, aber relativ vollständige Zivil- und Strafgerichtsbarkeit unterhalten. Die Anerkennung einer allgemeinen Rechtsweggarantie gegen die Exekutive⁴⁶⁴ durch eine neue Auslegung von Art. 58 Abs. 1 BV hätte sich wegen des dogmatisch verstandenen Gewaltenteilungsprinzips⁴⁶⁵ nicht realisieren lassen. Das Bundesgericht konnte deshalb einen derartigen Weg nicht beschreiten⁴⁶⁶. /98

⁴⁶³ Vgl. Burckhardt, Kommentar 533; Egli Jean-François, La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente, Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise 1990, 9 ff., insb. S. 13 (auf das Verwaltungsrecht bezogen); Hangartner, Staatsrecht II 209; Beyeler, Recht 38; Kölz, Kommentar, N. 66 zu Art. 58 BV. Ebensovienig sichert Art. 58 BV ein Recht auf einen Instanzenzug zu, vgl. Beyeler, Recht 39; Kölz, Kommentar, N. 66 zu Art. 58 BV.

⁴⁶⁴ So das Postulat von Beyeler, Recht 39; Arndt Adolf, Die Gesetzlichkeit des Richters als Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt, JZ 1956 633. Arndt konnte dies freilich vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 und 92 GG leicht tun.

⁴⁶⁵ Vgl. N. 3/3 f.

⁴⁶⁶ Vgl. N. 3/6 zum politischen Gewicht des Bundesgerichtes.

§ 9. Anspruch auf richterlichen Rechtsschutz in neuen Kantonsverfassungen

I. Vorbemerkung

1 Die Kantone geben sich nach und nach neue Verfassungen. Dies ist geschehen in Obwalden (1965), Nidwalden (1968), Jura (Kantonsgründung 1977), Aargau (1980), Basel-Land (1984), Uri (1984), Solothurn (1986), Glarus (1988), Thurgau (1988) und Bern (1993). Im Moment laufen in zahlreichen Kantonen solche Revisionsbestrebungen⁴⁶⁷. Diese Bewegung ist unter anderem eine Betrachtung wert, weil die kantonalen Staatswesen in gewisser Weise als verfassungsrechtliche "Experimentierfelder" dienen, wo unterschiedliche Antworten auf aktuelle Problemstellungen "erprobt" werden. So erstaunt es nicht, dass die meisten kantonalen Verfassungsgeber das Problem der gewachsenen Macht der Exekutive erkannt haben und als Antwort darauf die verfahrensrechtliche Stellung der Betroffenen verbesserten. Mehrere neue Kantonsverfassungen garantieren eine *Rechtsweggarantie in Verwaltungssachen* oder einen *Anspruch auf Rechtsschutz*.

II. Verankerung

2 Die Nidwaldner Kantonsverfassung enthält in ihrem Grundrechtsteil die folgende Rechtsweggarantie: "Verwaltungssachen des kantonalen Rechts sind im Rahmen von Art. 68 vom Richter überprüfbar"⁴⁶⁸. Im Kanton Nidwalden

⁴⁶⁷ Etwa in St. Gallen, Appenzell A.Rh., Luzern, Freiburg oder Tessin.

⁴⁶⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 4 KV NW und dazu Odermatt Paul, Grundzüge der Gerichtsorganisation und der Zivilrechtspflege im Kanton Nidwalden, Diss. Zürich, Luzern 1971, S. 3 f.; Ruf, Staats- und Verwaltungsrechtspflege 14 ff.; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 99. Weit geht auch Art. 79bis Abs. 1 KV VD; Abs. 2 nimmt allerdings alle Verfügungen des Staatsrates davon aus. Die älteren Kantonsverfassungen garantieren vereinzelt den

besteht somit im kantonalen öffentlichen Recht ein relativ lückenloser Gerichtsschutz. Der Gerichtsschutz wird ferner dadurch verstärkt, dass Akte der Regierung und des Landrates, die vom ordentlichen Gerichtsschutz gemäss Art. 68 KV NW ausgenommen sind, der Kontrolle durch das kantonale Ver- / 99 fassungsgericht unterliegen (Art. 69 KV NW). Der Kanton Nidwalden hat damit, lange bevor das Problem in den andern Kantonen durch das Urteil *Bellos* akut geworden ist⁴⁶⁹, eine bemerkenswerte und unter dem Gesichtspunkt des Individualrechtsschutzes vorbildliche Lösung getroffen⁴⁷⁰.

3 Der Begriff "Verwaltungssache" in Art. 3 Abs. 4 KV NW umfasst alle Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit des Kantonsparlamentes, des Regierungsrates und der Verwaltung fallen⁴⁷¹. Art. 68 KV NW⁴⁷² erlaubt in *Ausnahmefällen*, die Rechtsprechung in die Hand des Landrates oder der Regierung zu legen. Diese Einschränkung stellt die Garantie aber nicht unter einen Gesetzesvorbehalt mit der Möglichkeit, sie uneingeschränkt auszuschliessen. Vielmehr muss der Ausschluss die allgemeinen Voraussetzungen zur Einschränkung von Freiheitsrechten erfüllen⁴⁷³.

4 Art. 4 Abs. 1 Satz 1 der gescheiterten Basler Wiedervereinigungsverfassung⁴⁷⁴ (1969) garantierte "in allen Streitigkeiten über die Beschränkung von Freiheitsrechten" einen letzten Entscheid des Richters. Diese Rechtsweggarantie gegen die Eingriffsverwaltung wurde vom Basler Verfassungsrat diskussionslos angenommen. Aus heutiger Sicht müsste sie um den gerichtlichen Rechtsschutz in der ebenfalls bedeutsamen Leistungsverwaltung ergänzt werden⁴⁷⁵.

469 Rechtsweg in Zivil- und Strafsachen, vgl. N. 5/16 m.H.

Vgl. N. 10/3 m.H.

470 Der Kanton Nidwalden führte in der durch BGE 118 Ia 473 hinfällig gewordenen Vorbehaltsliste zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, S. 10 keine Verwaltungsstreitsachen auf; er hat sich autonom zum gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verwaltung bekannt.

471 Vgl. Ruf, Staats- und Verwaltungsrechtspflege 15.

472 Vgl. ähnlich Art. 28 Abs. 2 GerG NW.

473 Vgl. Ruf, Staats- und Verwaltungsrechtspflege 16.

474 Text: Häberle, Verfassungen 522 ff.

475 Vgl. N. 4/6 in fine.

5 Die Verfassungen von Basel-Land, Uri, Solothurn und Thurgau gewähren in fast gleichlautenden Formulierungen: "Jeder hat Anspruch auf Rechtsschutz. Für Minderbemittelte ist der Rechtsschutz unentgeltlich"⁴⁷⁶. Der normative Gehalt des "Anspruchs auf Rechtsschutz" ist unklar. Es ist deshalb entscheidend zu wissen, wie der neue Verfassungsbegriff entstanden ist und welche Intentionen die Verfassungsgeber dabei verfolgten. /100

III. Herkunft des Begriffs

6 Der Begriff *Anspruch auf Rechtsschutz*, der in den Kantonsverfassungen neu aufscheint, entstammt den vorbereitenden Arbeiten zur Totalrevision der Bundesverfassung. Die Expertenkommission hatte die Anregung mehrerer Kantone⁴⁷⁷ aufgenommen und in Art. 20 VE unter der Überschrift "Anspruch auf Rechtsschutz" folgende Verfahrensgrundrechte kodifiziert:

¹Jedermann hat Anspruch auf Rechtsschutz. Für Minderbemittelte ist der Rechtsschutz unentgeltlich.

²Die Gerichte sind unabhängig.

³Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sind untersagt.

⁴Die Parteien haben in allen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör und auf eine begründete Entscheidung innert angemessener Frist.

⁵Gegen Verfügungen der Verwaltung kann der Betroffene in letzter Instanz bei einem Gericht Beschwerde führen; das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen.

⁶Der Staat fördert die Rechtskenntnis und die Erteilung unentgeltlicher Rechtsauskünfte.

⁴⁷⁶ § 9 Abs. 1 KV BL (welcher zitiert ist); Art. 13 KV UR; Art. 18 Abs. 1 KV SO; § 13 KV TG.

⁴⁷⁷ Vgl. N. 21/14 m.H.

7 Nach der Expertenkommission⁴⁷⁸ hätten mit Art. 20 VE die aus Art. 4 BV abgeleiteten *und* in Art. 6 EMRK statuierten Verfahrensrechte festgehalten werden sollen. Die Expertenkommission sah im "Anspruch auf Rechtsschutz" einen "allgemeinen, den gesamten Artikel beherrschenden Grundsatz"⁴⁷⁹. Die Abs. 1 Satz 2 bis Abs. 4 des Art. 20 VE haben in der Tat die bereits geltende (und aus Art. 4 BV "abgeleitete") Rechtslage festgehalten. Die neue Rechtsweggarantie gegen die Exekutive des Abs. 5 gibt den zentralen Gehalt - nämlich den von effektiven Verfahrensgarantien begleiteten Gerichtszugang - des Abs. 1 Satz 1 wieder. Das neue Grundrecht wird durch Art. 40 Abs. 3 VE partiell verstärkt, der eine kantonale Gerichtsbarkeit zur Beurteilung u.a. des *Bundesverwaltungsrechts* vorschreibt. Art. 98a OG hat dieses Postulat des Verfassungsentwurfes von 1977 nun gesetzlich verwirklicht⁴⁸⁰.

8 Der Anspruch auf Rechtsschutz löst also Art. 4 BV als verfassungsrechtlichen "Aufhänger" der grundlegenden Verfahrensgarantien ab; zudem *beinhaltet der Anspruch auf Rechtsschutz auch eine Rechtsweggarantie in Verwaltungssachen*⁴⁸¹. Dieses Ergebnis wird durch Art. 21 VE offensichtlich bestätigt, der /101 den "Rechtsschutz für Inhaftierte und Internierte" regelt. Entsprechend zu Art. 5 Abs. 3 und 5 Abs. 4 EMRK wird eine Gerichtskontrolle jeder Freiheitsentziehung mit begleitenden Verfahrens- und Informationsrechten garantiert. *Anspruch auf Rechtsschutz i.S. von Art. 20 Abs. 5 VE umfasst daher notwendigerweise einen Anspruch auf Gerichtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung und angemessene Verfahrensgarantien.*

⁴⁷⁸ Vgl. Bericht der Expertenkommission 49 ff.

⁴⁷⁹ §Bericht der Expertenkommission 50.

⁴⁸⁰ Vgl. N. 2/18 ff.

⁴⁸¹ Vgl. Bericht der Expertenkommission 49 f.

IV. "Anspruch auf Rechtsschutz" als Rechtsweggarantie?

9 Es fragt sich, ob der in den vier Kantonsverfassungen verankerte Anspruch auf Rechtsschutz⁴⁸² die gleiche Bedeutung wie in Art. 20 VE besitzt, oder ob die kantonalen Verfassungsgeber von einem eingeschränkteren Konzept ausgegangen sind. Den basellandschaftlichen, Solothurner, Urner und Thurgauer Materialien lässt sich eindeutig entnehmen, dass der Anspruch auf Rechtsschutz dem einzelnen dazu verhelfen soll, seine Rechte gegen die öffentliche Verwaltung in einem effektiven Verfahren tatsächlich durchzusetzen⁴⁸³. Der Anspruch auf Rechtsschutz gebietet also nicht bloss eine formale und bloss theoretisch mögliche Rechtsgewährleistung; daher müssen Verwaltungsrechtsstreitigkeiten schliesslich vor ein Verwaltungsgericht oder eine unabhängige Rekurskommission gebracht werden können⁴⁸⁴. Der Anspruch /102 auf Rechtsschutz entspricht in diesen Kantonsverfassun-

⁴⁸² Vgl. N. 1/3 zur ethymologischen Begriffsbestimmung.

⁴⁸³ Vgl. z.B. Verhandlungen des Verfassungsrates des Kantons Solothurn, Protokoll S. 562 ff., 1068 und 1192 ff. Vgl. Kanton Solothurn, Begleitbericht zur Verfassungsvorlage vom 8.6.1986, S. 10 und fast gleichlautend Begleitbericht zum Verfassungsentwurf 1982; Verfassungsrat des Kantons Basel-Landschaft, Liestal o.J., S. 11; Verfassung des Kantons Thurgau, Bericht des Regierungsrates vom 24.3.1987, S. 12; vgl. zum Kanton Uri: Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 99 Anm. 4.

⁴⁸⁴ Besonders deutlich ergibt sich dies aus den Solothurner Materialien: Der Kanton Solothurn forderte schon im Vernehmlassungsverfahren der Arbeitsgruppe zur Totalrevision der Bundesverfassung einen richterlichen Schutz aller Rechte, die den einzelnen nach Verfassung und Gesetz zustehen (vgl. Antworten auf die Fragen der Arbeitsgruppe, Band I: Kantone, Bern 1969/70, S. 471 f.). Dementsprechend sah Art. 19 des Entwurfes von 1984 einen Anspruch auf angemessenen polizeilichen Schutz und auf richterlichen Schutz aller Rechte vor. Der Verfassungsrat kürzte Art. 19 und strich den polizeilichen Schutz weg. Der Anspruch auf Rechtsschutz wurde schliesslich wie von der Expertenkommission für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung als allgemeine, grundsätzliche und übergreifende Verfahrensgarantie angesehen. Sie enthält einen Anspruch auf Gerichtsschutz, vgl. Verhandlungen des Verfassungsrates von Solothurn 1981-1986, S. 563 ff., 1068 ff., 1192 ff. Entsprechendes lässt sich wohl auch den Thurgauer Materialien entnehmen: vgl. Stähelin Philipp, Wegweiser durch die Thurgauer Verfassung, Frauenfeld 1991, S. 41.

gen dem beschriebenen Konzept der Expertenkommission⁴⁸⁵ zu Art. 20 VE. Das ergibt sich nicht nur aus dem nahezu identischen Wortlaut und der Liste der begleitenden Verfahrensgarantien. Zusätzlich sollte die Stellung der Betroffenen verfahrensrechtlich verbessert werden. Die Verfassungsgeber wollten den Grundsatz des Art. 20 VE übernehmen, die darin enthaltenen Verfahrensrechte aber bloss beispielhaft aufzählen. Der Anspruch auf Rechtsschutz beinhaltet wie Art. 3 Abs. 4 KV NW eine Rechtsweggarantie in Verwaltungssachen.

Der Anspruch auf Rechtsschutz bezieht sich freilich nicht nur auf das öffentliche Recht; vielmehr sichert er im Zivil- und Strafrecht ebenfalls eine gerichtliche Rechtsprechungszuständigkeit zu⁴⁸⁶.

10 Der Anspruch auf Rechtsschutz ist in allen Verfassungen und Verfassungsentwürfen im Grundrechtsteil aufgeführt. Es handelt sich anders als beim Anspruch auf Justizgewährleistung⁴⁸⁷ nicht bloss um eine Richtlinie an den Gesetzgeber, sondern um ein echtes Verfahrensgrundrecht. Die Kantone Basel-Land, Uri, Solothurn und Thurgau füllen die Gerichtsschutzgarantie mit "institutionellem Leben", indem der organisationsrechtliche Teil der Kantonsverfassung selbst - mit Ausnahmemöglichkeiten - ein Verwaltungsgericht mit genereller Sachzuständigkeit vorsieht⁴⁸⁸. Die Gesetzgebung wiederholt in allen vier Kantonen den Verfassungsgrundsatz, indem das Verwaltungsgericht mit dem System der Generalklausel zuständig erklärt wird⁴⁸⁹.

11 Einige neue Kantonsverfassungen und Entwürfe normieren wohl Verfahrensrechte, der Anspruch auf Rechtsschutz fehlt aber⁴⁹⁰. In der neuen

⁴⁸⁵ Vgl. N. 9/7.

⁴⁸⁶ Vgl. Costituzione Ticinese, Progetto 69 zu Art. 8 Abs. 2 VE TI.

⁴⁸⁷ Vgl. N. 2/16.

⁴⁸⁸ § 85 KV BL, Art. 91 KV SO, § 54 KV TG. Die letztere Bestimmung behält eine endgültige Zuständigkeit des Grossen Rates, des Regierungsrates eines Departementes oder einer andern Behörde vor. Macht der Gesetzgeber in einem breiten Umfang von § 54 Gebrauch, so wird die Gerichtsschutzgarantie des § 13 zurückgenommen, vgl. zu den Einschränkungen N. 20/3.

⁴⁸⁹ Vgl. Art. 28 Abs. 2 GerG NW; §§ 37-43, 54 VRP TG; § 43 Abs. 1 VPO BL; § 49 VRP SO.

⁴⁹⁰ Vgl. z.B. Art. 9 und 10 KV JU; Art. 16 KV GL; Art. 11 KV OW.

Berner Verfassung war bewusst von einem Anspruch auf Rechtsschutz abgesehen /103 worden⁴⁹¹, weil "nicht in jedem Verfahren eine von der Verwaltung unabhängige, richterliche Instanz" garantiert werden wollte⁴⁹². Die *jurassische Verfassung* gewährleistet zwar einzelne Verfahrensgarantien⁴⁹³; ein Anspruch auf Gerichtsschutz fehlt aber, obwohl die Gesetzgebung in Verwaltungssachen einen weitgehenden Zugang zum Richter gewährleistet⁴⁹⁴. Die Verfassung drückt nicht eine Absage an den Gerichtsschutz in Verwaltungssachen aus. Vielmehr ist dieses Schweigen auf die Tatsache zurückzuführen, dass die jurassische Verfassung vor dem Verfassungsentwurf von 1977 entstanden ist, der das Thema erst aufgebracht hat. Der *Tessiner Verfassungsentwurf* hat deutlicher als die neuen Deutschschweizer Kantonsverfassungen die Anregung des Art. 20 VE aufgenommen⁴⁹⁵ und unmissverständlich eine Gerichtsschutzgarantie formuliert: "Ognuno può agire in giudizio a tutela dei propri diritti". Art. 72 Abs. 1 VE TI behält die Rechtsprechung ausschliesslich den Gerichten vor und Art. 76 VE TI setzt ein allgemeines Verwaltungsgericht und Spezialverwaltungsgerichte ein.

V. Bewertung

12 Die Kantone Nidwalden, Basel-Land, Solothurn, Uri und Thurgau haben sich autonom, z.T. lange vor dem 1988 ergangenen Urteil *Belilos* und

⁴⁹¹ Vgl. die frühen Fassungen eines Verfassungsentwurfes, Art. 21 Abs. 1 VE BE - Entwurf Aldo Zaugg (25.9.1987); Entwurf des Berner Regierungsrates vom 21.6.1989 (Art. 20 Abs. 1) und jetzt Art. 26 KV BE.

⁴⁹² Vgl. Art. 26 VE BE vom 31.1.1992 und dazu Entwurf, Gemeinsamer Antrag von Verfassungskommission und Regierungsrat, Verfassungssekretariat, Bern 31.1.1992, S. 78.

⁴⁹³ Vgl. Art. 9 und 10 KV JU.

⁴⁹⁴ Vgl. Pflughard, Regierung 45 f. Siehe Art. 160 CPA (Generalklausel) und enumerierte Ausnahmen in den Art. 162-164 CPA. Der Ausnahmekatalog nimmt sich im Vergleich zu Art. 99-101 OG bescheidener aus; vgl. Boinay Gabriel, *La procédure administrative et constitutionnelle du canton du Jura*, Porrentruy 1993, S. 296 ff.

⁴⁹⁵ Vgl. *Costituzione Ticinese*, Progetto 69; in der Vernehmlassung wurden dagegen keine Einwendungen erhoben, vgl. *Costituzione Ticinese*, Rapporto 24.

dem bis zum 15.2.1997 zu verwirklichenden Art. 98a OG⁴⁹⁶, zu einer grundsätzlichen Gerichtskontrolle in Verwaltungssachen bekannt. Das leider bloss wenig beachtete kantonale Staatsrecht hat eine adäquate Antwort auf das Problem der Übermacht der Exekutive gegeben. Freilich wurde m.W. noch nie eine /104 staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Gerichtszugangs auf den Rechtsschutzanspruch abgestützt. Das Bundesgericht müsste gegebenenfalls den Anspruch auf Rechtsschutz als selbständiges Verfahrensgrundrecht bestätigen, da es einen grundsätzlich lückenlosen Gerichtszugang beinhaltet.

13 Die heute geringe rechtliche Bedeutung kantonaler Grundrechte ist auf die nivellierende Auslegung durch das Bundesgericht zurückzuführen, das meist ohne nähere Prüfung feststellt, (irgend-)eine kantonale Garantie gehe nicht über den Grundrechtskatalog der Bundesverfassung hinaus⁴⁹⁷. Zudem stellen die Bundesverfassung mit ihren ungeschriebenen Rechten und die Menschenrechtskonvention einen sachlich weit ausgebauten Grundrechtskatalog zur Verfügung⁴⁹⁸. Aus diesen beiden Gründen dürfte der Anspruch auf Rechtsschutz ebenfalls keine grosse Bedeutung erlangen können, da Art. 4 BV und Art. 6 EMRK⁴⁹⁹ in weiten Sachbereichen einen ausgebauten Gerichts- und Verfahrensschutz garantieren. Der kantonalrechtliche Anspruch auf Rechtsschutz könnte nur in den residualen, von Art. 6 EMRK nicht erfassten Bereichen wirksam sein. Die *verfassungspolitische Bedeutung* dieses neuen, allgemeinen Verfahrensgrundrechtes ist gleichwohl gross, denn mit grösster Wahrscheinlichkeit wird die totalrevidierte Bundesverfassung - falls sie zustande kommt - einen Rechtsschutzanspruch enthalten⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Den beiden Hauptantrieben für den Ausbau der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit, vgl. N. 2/18 und N. 10/1 ff., insb. N. 10/3.

⁴⁹⁷ Vgl. z.B. BGE 116 Ia 323 (zu Art. 4 BV und Art. 19 Abs. 1 und 4 KV ZH); Schweizer, Grundrechtsschutz 70; Hangartner, Staatsrecht II 16; Kurer Martin, Die kantonalen Grundrechtsgarantien und ihr Verhältnis im Bundesrecht, Diss. Zürich 1987; Kley, Grundpflichten 274 f.

⁴⁹⁸ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 16; J.P. Müller, Kommentar, N. 5 zur Einleitung zu den Grundrechten.

⁴⁹⁹ Vgl. N. 2/15 und N. 10/1 ff., wobei aber nur Art. 6 Abs. 1 EMRK einen Gerichtszugang beinhaltet, nicht aber Art. 4 BV.

⁵⁰⁰ Vgl. N. 21/17.

14 Die Einführung einer Gerichtsschutzgarantie hat in allen vier Kantonen keine Umgestaltung zu einem Justizstaat bedeutet. Denn die Verfassungen und die Verfahrensgesetzgebungen sehen gewisse Ausnahmen vom Gerichtsschutz vor⁵⁰¹. Auch unterliegt das verwaltungsbehördliche Ermessen in der Regel keiner Gerichtskontrolle⁵⁰². Selbstverständlich dürfen die Ausnahmen von der Sachzuständigkeit des Verwaltungsgerichtes nicht zu weitreichend sein und die Verwaltungsgerichtsbarkeit wieder zurücknehmen. Die sachlich zulässigen Ausnahmen vom Gerichtszugang werden Gegenstand eines eigenen /105 Paragraphen sein⁵⁰³.

Es ist übrigens bemerkenswert, dass die Kantone Schaffhausen, Zug, beide Unterwalden und Appenzell A.Rh. eine einfachgesetzliche, aber *lückenlose* Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit kennen⁵⁰⁴. Selbst in diesen Kantonen ist durch die lückenlose Generalklausel noch kein Justizstaat und die damit verbundene Entmündigung der Exekutive durch die Verwaltungsgerichte herbeigeführt worden. Daraus erhellt deutlich, dass die Ausnahmen vom Gerichtszugang sich aus zwingenden funktionalrechtlichen Überlegungen ergeben müssen. Ein politisch motivierter Widerstand gegen den Gerichtszugang allein kann die Einschränkung des grundrechtlichen Anspruches auf Rechtsschutz nicht rechtfertigen. /106

⁵⁰¹ Vgl. N. 9/3, 9/10 und allgemein N. 18/4 ff.

⁵⁰² Vgl. N. 18/39.

⁵⁰³ Vgl. N. 18/4 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. N. 18/3.

§ 10. Konventionsrechtlicher Anspruch auf ein Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK, 14 Abs. 1 CCPR)

I. Problem

1 Die Menschenrechtskonvention und der Weltpakt für bürgerliche und politische Rechte garantieren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 14 Abs. 1 CCPR - kurz gefasst - einen menschenrechtlichen Anspruch, dass eine Streitsache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird und zwar von einem *unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht*. Beide Bestimmungen sind im Rahmen der Vereinten Nationen entstanden und enthalten unter dem Gesichtspunkt des Gerichtszugangs dieselbe Garantie⁵⁰⁵. Wegen der viel reichhaltigeren Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK wird zunächst diese Bestimmung behandelt. Auf die Besonderheiten des Art. 14 Abs. 1 CCPR wird in einem späteren Abschnitt eingegangen⁵⁰⁶.

Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet vor allem das *Menschenrecht auf Zugang zu einem Gericht, vorausgesetzt* es handelt sich um "Civil rights and obligations" bzw. "Droits et obligations de caractère civil" oder um eine "criminal charge" bzw. "accusation en matière pénale"⁵⁰⁷. Art. 6 Abs. 1 EMRK zwingt indes die Vertragsstaaten nicht, schon erstinstanzlich Gerichte mit entsprechenden Verfahrensgarantien vorzusehen. Vielmehr ist dem Art. 6 Abs. 1 EMRK Genüge getan, wenn *ein* Gericht die Verwaltungsentscheidungen oder Rekursentscheide auf Beschwerde hin nachkontrolliert⁵⁰⁸. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 6 Abs. 1 EMRK lässt die herkömmliche Gerichtsorganisation bestehen, verstärkt aber den Gerichtszugang menschenrechtlich⁵⁰⁹. /107

⁵⁰⁵ Vgl. Hirsch Ballin E.M.H., Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding to geven, in: Handelingen 113/1983 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, tweede stuk, S. 1 ff., insb. S. 36 f. m.w.H.

⁵⁰⁶ Vgl. N. 10/35 ff.

⁵⁰⁷ Urteil Golder, EGMR/A 18, § 36.

⁵⁰⁸ Vgl. Urteil Le Compte a.o., EGMR/A 43, § 51; Urteil Le Compte a.o., EGMR/A 58, § 29; Urteil Lutz, EGMR/A 123, § 57; Urteil Öztürk, EGMR/A 73, § 56; vgl. BGr v. 19.4.1990, SZIER 1991 405.

⁵⁰⁹ Gl. A. Jacot-Guillarmod, Rights 385 f.

2 Art. 6 Abs. 1 EMRK spricht nach der Praxis der Konventionsorgane neben der *Rechtsweggarantie* noch folgende Verfahrensgarantien aus, welche den Gerichtszugang besonders effektiv machen⁵¹⁰:

- Verfahrensfairness, Grundsatz der Waffengleichheit, rechtliches Gehör;
- Öffentlichkeit der Verhandlung und Urteilsverkündung;
- angemessene Verfahrensdauer;
- Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des gesetzlich eingesetzten Gerichts.

Bei "strafrechtlichen" Anklagen kommen zusätzlich die Garantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK zur Anwendung⁵¹¹. Alle diese besonderen Verfahrensgarantien, welche den Kern von Art. 6 Abs. 1 EMRK - das Recht auf Zugang zu einem Gericht - begleiten, sind *nicht* Gegenstand dieser Ausführungen.

3 Das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte Recht auf Zugang zu einem Gericht hat in der Schweiz deshalb eine besondere Bedeutung erlangt, weil im Jahr 1988 der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Belilos festgestellt hat, dass die 1974 abgegebene *auslegende Erklärung* der Schweiz unwirksam sei⁵¹². Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 17.12.1992⁵¹³ die vom Bundesrat nach dem Urteil Belilos *präzisierte auslegende Erklärung* ebenfalls als unwirksam angesehen. Zur Begründung hat das Bundesgericht im wesentlichen angeführt, dass Art. 64 EMRK das nachträgliche Anbringen eines Vorbehalts untersagte und bis 1988 überhaupt kein entsprechender gültiger Vorbehalt bestanden habe, der präzisiert werden könnte. Infolgedessen findet Art. 6 EMRK vollumfänglich und in der Auslegung der Konventionsorgane Anwendung⁵¹⁴, und zwar im Hinblick auf "strafrechtliche Anklagen" und "zivilrechtliche" Ansprüche und Verpflichtungen".

⁵¹⁰ Vgl. Jacot-Guillarmod, Rights 381 ff.; Schubarth, Strafprozessrecht 497; Wildhaber, Civil rights 469.

⁵¹¹ Vgl. genauer Trechsel, Bedeutung 836.

⁵¹² Vgl. EGMR/A 132. Siehe eingehend Schweizer, Weg 212 ff.; Meyer-Blaser, Bedeutung 457 f.; Villiger, Handbuch 23 f.; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 79 ff. Vgl. zum Vorbehalt betreffend Öffentlichkeit: Urteil Weber EGMR/A 177, Villiger, Handbuch 24 f.; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 87 f. Vgl. zur auslegenden Erklärung betreffend Dolmetscherkosten, die wohl ungültig ist: Villiger, Handbuch 25 f.

⁵¹³ BGE 118 Ia 473.

⁵¹⁴ Vgl. BGr v. 20.1.1993, ZVW 1993 147 ff., insb. S. 154, welcher BGE 118 Ia 473 bestätigt; Kreisschreiben, Vorsteher EJPD, Ziff. 2, VPB 1993 Nr. 59.

4 Mit der wirksamen Beschwerde an eine nationale Instanz gemäss Art. 13 /108 EMRK kann eine Verletzung der Konvention gerügt werden. Diese zu Art. 6 Abs. 1 EMRK subsidiäre Garantie⁵¹⁵ stellt nach ständiger Rechtsprechung der Konventionsorgane *keine* Rechtsweggarantie dar, denn die nationale Instanz braucht kein Gericht zu sein⁵¹⁶.

II. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei strafrechtlichen Anklagen

1. Begriff

5 Art. 6 Abs. 1 EMRK ist auf "strafrechtliche Anklagen" anwendbar. Im Unterschied zu "zivilrechtlichen" Streitigkeiten sind auch die Anforderungen der Art. 6 Abs. 2 und 6 Abs. 3 EMRK zu beachten; Art. 6 EMRK wird also vollumfänglich anwendbar⁵¹⁷. Ferner räumt Art. 2 ZP 7 EMRK das Recht auf eine zweite Gerichtsinstanz in Strafsachen ein, sofern nicht gewisse Ausnahmen gegeben sind⁵¹⁸. Ist Art. 6 EMRK in seiner strafrechtlichen Tragweite nicht anwendbar, so ist es ebensowenig Art. 2 ZP 7 EMRK⁵¹⁹.

6 Die Strassburger Organe bestimmen den Begriff der strafrechtlichen Anklage *autonom*⁵²⁰. Der Gerichtshof umschreibt die "strafrechtliche Anklage" ("criminal charge"/"bien-fondé de toute accusation en matière pénale") als die offizielle amtliche Anzeige der zuständigen Behörde an den Betroffenen, dass ihm die Begehung einer Straftat angelastet werde⁵²¹. In gewissen Fällen kann sie die Form anderer Massnahmen annehmen, die einen solchen Vorwurf

⁵¹⁵ Vgl. Frowein/Peukert, Kommentar, N. 7 zu Art. 13 EMRK; Trechsel, Einfluss 673; Hangartner, Recht 4.

⁵¹⁶ Vgl. z.B. Urteil Klass, EGMR/A 28, § 67; vgl. Schweizer, Gerichte 672 Anm. 426 m.w.H.

⁵¹⁷ Vgl. Grotrian, Article 6, § 35.

⁵¹⁸ Vgl. Trechsel, Bemerkungen 195 ff.

⁵¹⁹ E 17571/90, Michele Borrelli against Switzerland v. 2.9.1993; VPB 1993 Nr. 62.

⁵²⁰ Urteil Engel/A 22, §§ 80 f.; Stavros, Guarantees 2 ff.; Grotrian, Article 6, § 36.

⁵²¹ Urteil Deweer, EGMR/A 35, § 46; Dijk, Access 362 m.w.H.

beinhalten und ebenfalls nachhaltige Rückwirkungen auf die Lage des Verdächtigen nach sich ziehen⁵²².

7 Die Konvention überlässt es den Staaten, eine Handlung oder Unterlassung, /109 die nicht die normale Betätigung eines von ihr geschützten Rechts darstellt, als Straftatbestand zu erfassen; dies ergibt sich aus Art. 7 EMRK⁵²³. Wenn das nationale Recht eine Handlung strafrechtlich untersagt, so finden Art. 6 und 7 EMRK auf jeden Fall Anwendung⁵²⁴. Im schweizerischen Recht stellen damit die Strafnormen des Strafgesetzbuches, weite Teile des Militärstrafgesetzes⁵²⁵, des Nebenstrafrechtes⁵²⁶ und des kantonalen Übertretungsstrafrechtes zweifellos "strafrechtliche Anklagen" dar⁵²⁷. Das nationale Recht unterscheidet aber vielfach zwischen *Straftaten und Disziplinarverstößen*. Der Gerichtshof prüft im Rahmen von Art. 6 EMRK die Ausscheidung zwischen Straf- und Disziplinarsanktionen⁵²⁸. Ansonsten könnten die Staaten den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK nach Belieben vermindern, indem sie erklärten, es liege gar keine Straftat, sondern ein blosser Verstoss gegen Disziplinarrecht vor⁵²⁹. Dabei zieht der Gerichtshof drei Gesichtspunkte (im folgenden "Engel-Kriterien") in Betracht⁵³⁰:

- Ausgangspunkt ist die *Zuordnung der fraglichen Materie zum nationalen Straf- oder Disziplinarrecht*. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch im Hinblick auf die folgenden von geringer Bedeutung.

⁵²² Urteil Foti a.o. EGMR/A 56, § 62; Urteil Eckle, EGMR/A 51, § 73.

⁵²³ Vorbehalten bleiben die Schutzpflichten der Staaten, vgl. N. 10/28.

⁵²⁴ Vgl. Grotrian, Article 6, § 39

⁵²⁵ Vgl. Kley-Struller, Anspruch 25.

⁵²⁶ Vgl. zu den Strafnormen in Verwaltungsgesetzen N. 10/8.

⁵²⁷ Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 7 f.

⁵²⁸ Urteil Engel a.o. EGMR/A 22, § 81; Urteil Weber, EGMR/A 177, § 29.

⁵²⁹ Vgl. Urteil Campbell and Fell, EGMR/A 80, § 68. Die anfängliche Rechtsprechung der Kommission stellte auf die Klassifikation im nationalen Recht ab, vgl. E 734/60, X. v. Germany, CD 6, 29; Stavros, Guarantees 3.

⁵³⁰ Vgl. Urteil Engel u.a., EGMR/A 22, §§ 82-85; Urteil Demicoli, EGMR/A 210, §§ 30-34; Urteil Weber, EGMR/A 177, §§ 31-34; Urteil Öztürk, EGMR/A 73, §§ 50-53; Urteil Campbell and Fell, EGMR/A 80, §§ 70-73; Villiger, Handbuch 232 f.; Dijk, Access 363 ff.; Schweizer, Gerichte 674; Miehsler, IntKom, N. 197 ff. zu Art. 6 EMRK; Frowein/-Peukert, Kommentar, N. 25 zu Art. 6 EMRK; van Dijk/van Hoof, Convention 310 f.; Stavros, Guarantees 7; Grotrian, Article 6, § 40.

- Die *Natur der Zuwiderhandlung* bestimmt sich nach dem Kreis der potentiellen Adressaten der Vorschrift. Disziplinarsanktionen wollen die Einhaltung spezifischer Verhaltensvorschriften durch besondere Personengruppen (Beamte, Schüler, Studenten, Angehörige der freien Berufe, Militärpersonen usw.) sicherstellen. Richtet sich eine "Disziplinarvorschrift" potentiell an die gesamte Bevölkerung, so ist der Verstoss dagegen als strafrechtlich zu werten.
- Sind *Art und Schweregrad der angedrohten Rechtsfolge* bedeutend genug, muss eine Straftat im Sinne von Art. 6 EMRK angenommen werden. /110 Der Gerichtshof hat bereits Bussgelder in der Höhe von DM 60.-- oder Fr. 120.--⁵³¹ als erhebliche und damit strafrechtliche Sanktionen bewertet.

Umgekehrt hat die Kommission eine militärische Disziplinarhaft von fünf oder gar 10 Tagen noch nicht als notwendigerweise strafrechtliche Sanktion angesehen⁵³². Dieser Gesichtspunkt dürfte daher in vielen Fällen - ausser es liege eine besonders schwere Sanktion⁵³³ vor - noch keine hinreichenden Anhaltspunkte liefern⁵³⁴.

Eine besonderes Gewicht hat deshalb das zweite Engel-Kriterium. Die Natur der Zuwiderhandlung gibt nach der Praxis der Konventionsorgane vielfach erst den Ausschlag bei der Beurteilung der Frage, ob eine strafrechtliche Anklage vorliegt.

2. Strafbestimmungen in Verwaltungs- und Verfahrensgesetzen

8 Die zahllosen *Strafbestimmungen in den Verwaltungs- und Verfahrensgesetzen* der Kantone⁵³⁵ und des Bundes⁵³⁶ führen zur Sanktionierung eines

⁵³¹ Urteil Öztürk, EGMR/A 73, §§ 50-53; bestätigt im Urteil Lutz, EGMR/A 123, §§ 50-57. Urteil Belilos, EGMR/A 132, §§ 12, 62. Vgl. zu diesen verwaltungsstrafrechtlichen Bagatellsachen N. 10/8.

⁵³² E 17571/90, Michele Borelli, v. 2.9.1993, VPB 1993 Nr. 62.

⁵³³ Es gibt allerdings frühere Äusserungen der Konventionsorgane, wonach jede Freiheitsstrafe in den Anwendungsbereich des Art. 6 fällt: vgl. B 7299/75 und 7496/76, Albert et Le Compte gegen Belgien, EGMR/B 50, S. 35, § 66 und Urteil Engel, EGMR/A 22, § 82. Die Frage ist offen: gl. A. Dijk, Access 368.

⁵³⁴ Gl. A. Dijk, Access 378.

⁵³⁵ Vorbehalten in Art. 335 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 StGB.

Gesetzesverstosses mit *Busse* oder *Freiheitsstrafe*. Beide Sanktionsarten können nach dem dritten "Engel-Kriterium" hinsichtlich ihrer Schwere strafrechtliche Anklagen gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen. Entscheidend ist bei diesen Sanktionen jedoch nicht ihre Schwere, sondern der Adressatenkreis. Sie richten sich potentiell an die gesamte Bevölkerung. In diesem Sinne ordnete der Gerichtshof in den Urteilen *Öztürk* und *Lutz*⁵³⁷ das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht als strafrechtlich ein. Die vom Beschwerdeführer verletzte Strassenverkehrsregel richte sich nicht an eine vorbestimmte Gruppe mit besonderem Status - etwa in der Art des Disziplinarrechts -, sondern /111 an alle Bürger in ihrer Eigenschaft als Verkehrsteilnehmer. Sie schreibe ein bestimmtes Verhalten vor und verbinde diese Forderung mit einer Strafsanktion, welche sowohl ahnden als auch abschrecken wolle. Der allgemeine Charakter der Regel und der sowohl präventive als auch repressive Zweck der Sanktion reichen für die Feststellung aus, dass die fragliche Zuwiderhandlung eine strafrechtliche Anklage gemäss Art. 6 EMRK darstelle. In diesem Sinne gilt beispielsweise der Warnungsentzug eines Führerausweises oder die von einem Gemeinderat ausgesprochene Baubusse⁵³⁸ als strafrechtliche Anklage. Die sanktionierte Verhaltensnorm richtet sich an einen offenen Personenkreis. Gemäss Art. 6 EMRK darf die Beurteilung solcher Verwaltungsstrafsachen nicht in die endgültige Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde gelegt werden. Entgegen Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB⁵³⁹ bedarf es einer in ihrem Umfang hinreichenden gerichtlichen Kontrolle.

⁵³⁶ Insbesondere das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22.3.1974, SR 313.0 und die zahlreichen Bestimmungen des Nebenstrafrechtes in Verwaltungsgesetzen des Bundes, vgl. Haefliger, Menschenrechtskonvention 122.

⁵³⁷ EGMR/A 77, § 53; EGMR/A 123, §§ 50-57; vgl. Dijk, Access 369 f.

⁵³⁸ Siehe BGr v. 11.1.1995, T. gegen Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen, Besprechung von Andreas Kley-Struller/René Schaffhauser, AJP 1995 219 ff.; Andreas Kley-Struller, Anwendung der Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK auf Verfahren betreffend den Führerausweisentzug, in: Aktuelle Fragen des Straf- und des Administrativmassnahmerechts im Strassenverkehr, erscheint als ein Band in der neuen Reihe der Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse, St. Gallen 1995; BGr v. 7.5.1991, J.R. gegen Gemeinderat St. Margrethen und Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen, SZIER 1992 502 und ABI 1992 1791; BGE 115 Ia 406 f.; Haefliger, Menschenrechtskonvention 121.

⁵³⁹ Vgl. Trechsel, Einfluss 667 ff.

9 Das Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozessrecht auferlegt den Verfahrensbeteiligten gewisse Mitwirkungs- und Auskunftspflichten⁵⁴⁰. Der Richter oder die zuständigen Verwaltungsbehörden haben es in der Hand, eine Missachtung prozessrechtlicher Vorschriften mit Verweis, Busse oder mit Freiheitsstrafe zu ahnden. Auch hier ist nebst der Erheblichkeit der vorgesehenen Sanktionen der allgemeine Adressatenkreis entscheidend. Jedermann kann - selbst gegen seinen Willen - Partei in einem Verfahren werden oder zu bestimmten Auskünften in einem Verfahren verpflichtet werden. Ähnlich wie beim deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht muss Art. 6 EMRK nach dem zweiten "Engel-Kriterium" anwendbar sein⁵⁴¹. Der Gerichtshof hatte daher im Urteil Weber gegen die Schweiz⁵⁴² die Bestrafung einer Partei mit Fr. 300.-- im Strafprozess wegen Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses als strafrechtliche Reaktion qualifiziert. Denn die Parteien /112 würden am Verfahren nur als der Zuständigkeit der Gerichte unterworfenen Personen teilnehmen. Sie unterliegen aber nicht der Disziplinalgewalt der Gerichtsbarkeit; die prozessrechtlichen Sanktionen richteten sich vielmehr potentiell an die gesamte Bevölkerung. Die *Kommission* hat dagegen eine fünftägige Beugehaft gegen einen aussageunwilligen Zeugen nicht als strafrechtliche Anklage angesehen. Die Konvention nenne dieses prozessuale Druckmittel selbst in Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK, das der Erzwingung einer dem Zeugen obliegenden gesetzlichen Pflicht diene⁵⁴³. Ausserdem hat die Kommission die von den Gerichten ausgefallenen Ordnungsbussen ebenfalls nicht als strafrechtliche Anklagen angesehen⁵⁴⁴. Der Gerichtshof hat diese Auffassung im Urteil Ravensborg bestätigt⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ Siehe z.B. im Bund: Art. 60 VwVG; Art. 31 OG; Art. 25 und 26 BStP.

⁵⁴¹ So auch Ivo Schwander, Kommentierung von BGE 119 Ib 412, Ziff. 5, AJP 1994 390 ff.

⁵⁴² EGMR/A 177, §§ 29 ff., insb. § 33.

⁵⁴³ Vgl. B 16002/90, K. gegen Österreich, § 38, EGMR/A 255-B, S. 36 f.; mit guten Gründen a.A. BGE 117 Ia 497.

⁵⁴⁴ Vgl. E 15702/89, Luc Payot gegen die Schweiz, VPB 1992 Nr. 52, Ziff. 4 m.w.H. betreffend die Gerichtsdisziplin gemäss Art. 31 Abs. 2 OG.

⁵⁴⁵ Vgl. im einzelnen EGMR/A 283-B, §§ 31-35.

3. Disziplinarrecht bei freien Berufen

10 Die Vertragstaaten auferlegen den *Angehörigen der freien Berufe* - namentlich Ärzten, Apothekern, Rechtsanwälten, Notaren, Architekten - vielfach besondere Standes- und Berufspflichten. Verstöße gegen die Standesordnung ziehen mitunter erhebliche *Disziplinarsanktionen* nach sich. Die Kommission hat etwa eine Busse von 12'000.-- DM für standeswidriges Verhalten eines Apothekers⁵⁴⁶ nicht als strafrechtliche Anklage gewertet. Wird als Sanktion dagegen ein auch nur befristetes Berufsausübungsverbot ausgesprochen, so ist Art. 6 Abs. 1 EMRK anwendbar, weil eine "zivilrechtliche" Streitigkeit vorliegt⁵⁴⁷. Der Gerichtshof sieht dagegen eine Busse grundsätzlich nicht als "zivilrechtlich" an⁵⁴⁸. Andere Disziplinarsanktionen in Form von vermögenswerten Nachteilen - etwa Besoldungsherabsetzungen bei Beamten - könnten in den "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6 fallen. Denn der Ge- /113 richtshof hat zahlreiche pekuniäre Streitsachen als "zivilrechtlich" angesehen⁵⁴⁹.

III. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei "zivilrechtlichen" Streitigkeiten

1. Begriff

11 Die Formel der "determination of his civil rights and obligations" bzw. "contestations sur ses droits et obligations de caractère civil" ist in ihrer Tragweite unbestimmt. Die Konventionsorgane verstehen Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht als *Verweis auf das nationale Recht*, weil damit eine je nach Staat *unterschiedliche* Anwendung des Art. 6 Abs. 1 EMRK herbeigeführt würde⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ E 10059/82, M. c. Allemagne, DR 43, 5; Miehsler/Vogler, IntKom, N. 181 zu Art. 6 EMRK; Kley-Struller, Anspruch 27; Stavros, Guarantees, 20 f.

⁵⁴⁷ Vgl. Urteil H. v. Belgium, EGMR/A 127; Stavros, Guarantees 21 und vgl. N. 10/21.

⁵⁴⁸ Vgl. Urteil Schouten und Meldrum, EGMR/A 304, § 50, vgl. N. 10/25. Vgl. zum Disziplinarrecht bei öffentlichen Bediensteten, Gefangenen und Militärpersonen: Stavros, Guarantees 2 ff.; Kley-Struller, Anspruch 27 f.

⁵⁴⁹ Vgl. N. 10/23 ff.

⁵⁵⁰ Vgl. Wildhaber, Civil Rights 470; Miehsler, IntKom, N. 101 zu Art. 6 EMRK.

Die Konventionsorgane haben daher einen autonomen Begriff des "Zivilrechtes" entwickeln müssen⁵⁵¹.

12 Der englische Begriff der "Civil rights" kann *nicht* mit "Zivilrecht" übersetzt werden⁵⁵², da in den angelsächsisch beeinflussten Rechtsordnungen keine Trennung von Zivil- und Verwaltungsrecht besteht. Er könnte vor allem mit "civil liberties" (Grundrechten) identifiziert werden⁵⁵³. Der französische Text spricht von "Droits ... de *caractère* civil". Diese Textfassung will eine enge, nur auf das Privatrecht bezogene Auslegung verhindern⁵⁵⁴, ansonsten hätte die Formulierung "droits civils" genügen müssen. Welche Bereiche in der Nähe ("*caractère*") des Zivilrechtes miterfasst werden, ist allerdings nicht ersichtlich. Damit sind beide authentischen Textfassungen⁵⁵⁵ offen und einer autonomen Auslegung durch die dazu berufenen Konventionsorgane bedürftig.
/114

2. Ausgangspunkt: Streitigkeiten betreffend die Nutzung des (Grund-)Eigentums

13 Anfänglich bestimmte die seit 1955 bestehende Kommission die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK nach der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, wie sie in den deutschsprachigen Ländern vorherrschend war⁵⁵⁶. Dementsprechend wurde in allen öffentlichrechtlichen Streitigkeiten die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK verneint.

14 Die Rechtsprechung des seit 1959 bestehenden Gerichtshofes⁵⁵⁷ nahm den prägenden Ausgang im *Urteil Ringeisen*. Die zuständige Behörde verweigerte

⁵⁵¹ Urteil Ringeisen, EGMR/A 13, § 94; Urteil Le Compte, Van Leuven und De Meyere, EGMR/A 43, §§ 46 f.; vgl. Wildhaber, Civil rights 470 Anm. 5.

⁵⁵² Vgl. Miessler, IntKom, N. 4 zu Art. 6 EMRK m.w.H.; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 20 f.

⁵⁵³ Vgl. Fawcett James, The application of the European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford 1987, S. 134.

⁵⁵⁴ Vgl. Schmuckli, Fairness 42.

⁵⁵⁵ Vgl. die Schlusserklärung nach dem Art. 66 EMRK.

⁵⁵⁶ Vgl. Miessler, IntKom, N. 69 zu Art. 6 EMRK; Grotrian, Article 6, § 8.

⁵⁵⁷ Vgl. die ältere Praxis bei: Wildhaber, Civil rights, 470 ff.; Frowein/Peukert, Kommentar N. 8 ff., 35 f. zu Art. 6 EMRK m.H. auf die Rechtsprechung der Kommission; Miessler, IntKom, N. 59 ff. und N. 193 ff. zu Art. 6 EMRK.

dem Beschwerdeführer die erforderliche Bodenverkehrsgenehmigung für den rechtsgültigen Kauf von Grundstücken von den Verkäufern, dem Ehepaar Roth. Zur Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK führte der Gerichtshof aus:

"Im gegebenen Fall hatte Ringeisen, nachdem er Grundstücke, die den Eheleuten Roth gehörten, gekauft hatte, Anspruch auf Genehmigung des mit den Roths geschlossenen Kaufvertrages, falls er, wie er behauptete, die gesetzlichen Bedingungen erfüllte. Obschon der Bescheid der Landeskommission in Anwendung verwaltungsrechtlicher Bestimmungen erging, sollte er doch entscheidend sein für die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Ringeisen und den Eheleuten Roth. Das aber genügt, um dem Gerichtshof die Prüfung der Frage aufzugeben, ob die in dieser Sache durchgeführten Verfahren den Erfordernissen des Art. 6 Abs. 1 der Konvention entsprochen haben oder nicht"⁵⁵⁸.

15 Der Gerichtshof erblickt in den privatrechtlichen Beziehungen zwischen Ringeisen und den Grundstücksverkäufern Roth ein Recht, in welches die Verweigerung der Bodenverkehrsgenehmigung eingreift. Der zivilrechtliche Grundstückkaufvertrag wirkt ausschliesslich zwischen den Vertragsparteien, aber nicht im Verhältnis zum Staat. Nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 EMRK müssen die "Civil rights" bzw. "Droits de ... caractère civil" indessen Prozessgegenstand sein⁵⁵⁹. In der vorliegenden Konstellation bedeutet dies, dass sie die öffentlichrechtlichen Beziehungen von Ringeisen zum Staat /115 regeln müssen. Folglich setzt Art. 6 Abs. 1 EMRK im Verhältnis vom Bürger zum Staat voraus, dass das beeinträchtigte private Rechtsverhältnis zwischen Ringeisen und Roth zusätzlich durch ein weiteres Recht gegen Staatseingriffe geschützt wird. Dieses Recht *kann nur ein Grundrecht*, im vorliegenden Fall die Eigentumsgarantie, sein. Der Gerichtshof findet

⁵⁵⁸ Urteil Ringeisen, EGMR/A 13, § 94; deutsche Übersetzung in: Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, Band 3, Köln usw. 1976, S. 94 f.

⁵⁵⁹ Das anerkennt auch der Gerichtshof: vgl. Urteil Le Compte a.o., EGMR/A 43, § 47; Urteil Pudas, EGMR/A 125, § 31 lit. d.

demnach die "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" zivilrechtlich und öffentlichrechtlich (grundrechtlich) vor⁵⁶⁰.

16 Der Gerichtshof hat diese durch das Urteil Ringeisen eingeleitete Rechtsprechung in zahlreichen Entscheiden, welche die Nutzung von Grundeigentum⁵⁶¹, später aber auch von sonstigem Eigentum betrafen, bestätigt. Die Kommission hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen. Art. 6 Abs. 1 EMRK ist in den folgenden Fällen anwendbar⁵⁶²:

- Enteignungsstreitigkeiten⁵⁶³ oder Güterzusammenlegungsverfahren⁵⁶⁴;
- Verweigerung und Erteilung einer Baubewilligung⁵⁶⁵ und damit verbundene Verfahren der bau- oder umweltschutzrechtlichen Einsprache durch Nachbarn⁵⁶⁶;
- Streitigkeiten über die sonstige *Nutzung von Grundstücken*, wie staatliche Bewirtschaftung von nichtgenutztem Wohnraum⁵⁶⁷, Widerruf einer

⁵⁶⁰ Vgl. Bleckmann Albert, Zum Begriff der "Civil rights" in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Ress, Entwicklungstendenzen 253 ff., insb. S. 260 ff.; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 28 f.

⁵⁶¹ Vgl. Urteil Sramek, EGMR/A 84, §§ 34 f.; Urteil Håkansson and Stureson, EGMR/A 171, § 60; vgl. Villiger, Handbuch 228 f. m.w.H.

⁵⁶² Siehe weitere Beispiele: Kreisschreiben, Vorsteher EJPD, VPB 1993 Nr. 59, S. 476 ff.

⁵⁶³ Enteignungsbewilligung und Bauverbot, Urteil Sporrang und Lönnroth, EGMR/A 52, §§ 79-83; Urteil Bodén, EGMR/A 125, §§ 28-32; Urteil Zimmermann und Steiner, EGMR/A 66, § 22; B 10537/83, Väinö Uskela v. Sweden, DR 61, 5 ff.

⁵⁶⁴ Urteil Ettl a.o., EGMR/A 117, § 74; Urteil Erkner und Hofauer, EGMR/A 117, § 62; Urteil Poiss, EGMR/A 117, § 48; Urteil Wiesinger, EGMR/A 213, §§ 49 f.

⁵⁶⁵ Urteil Skärby, EGMR/A 180-B, § 29; Urteil Allan Jacobsson, EGMR/A 163, § 72 f. Die Kommission hatte vor wenigen Jahren noch die gegenteilige Auffassung vertreten, vgl. E 10395/83, N. c. Autriche, DR 48, 65 und E 11844/85, Gunnar Erikson a.o. c. Suède, DR 55, 205; E 9607/81, X. c. Suisse, DR 28, 248. Die Kommission hat diese ältere Rechtsprechung zu Recht aufgegeben, vgl. E 15267/89, X. gegen Österreich, ÖJZ 1992 385 f. Vgl. auch BGE 119 Ia 88 und Besprechung von Andreas Kley-Struller, AJP 1993 1252.

⁵⁶⁶ Vgl. Urteil Zander, EGMR/A 279-B, § 27; E 12884/87, O. v. Austria.

⁵⁶⁷ B 12887/87, Ake Lindén und Konsumentfinans Karlsson & Lindén AB gegen Schweden, EuGRZ 1991 196.

Be- /116 willigung zum Abbau von Schotter auf einem Grundstück⁵⁶⁸, Einzonung eines Grundstücks in ein Naturschutzgebiet⁵⁶⁹.

17 Die Konventionsorgane haben sich nach dem Urteil Ringeisen immer mehr von der privatrechtlichen Betrachtungsweise abgekehrt und öffentlichrechtliche Auseinandersetzungen über Eigentumsfragen allein genügen lassen, um Art. 6 Abs. 1 EMRK als anwendbar anzusehen. Dabei hat es überhaupt keine Rolle gespielt, ob die Konventionsstaaten die Eigentumsgarantie im ersten Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention ratifizierten oder in ihren Verfassungen gewährleisteten. Die Strassburger Organe setzen im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 EMRK dieses Recht voraus⁵⁷⁰.

3. Streitigkeiten betreffend die private, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit

18 Im Urteil König⁵⁷¹ führte der Gerichtshof die Überlegungen der Ringeisen-Rechtsprechung auf einem andern Gebiet fort. Die zuständige Verwaltungsbehörde entzog dem Arzt Dr. König die Genehmigung zum Betrieb seiner Privatklinik. Die Kommission hielt Art. 6 Abs. 1 EMRK mit 10 gegen 6 Stimmen für anwendbar. Die befürwortende Mehrheit spaltete sich jedoch in *zwei Gruppen*, die unterschiedliche Begründungen heranzogen⁵⁷². Die eine Gruppe hielt dafür, dass der Entzug der Klinikbewilligung den Beschwerdeführer in seinen privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zu Dritten tangiere. So beeinträchtige der Hoheitsakt die Berufsehre von Dr. König. Diese sei zwar nicht von der Konvention, jedoch

⁵⁶⁸ Urteil Fredin, EGMR/A 192, § 63.

⁵⁶⁹ Vgl. Urteil Oerlemans, EGMR/A 219, §§ 47 f.; Urteil Geouffre de la Pradelle, EGMR/A 253-B, § 23; Rouiller, Protection 24 ff. Das Bundesgericht hatte sich in zahlreichen Fällen mit dem ungenügenden richterlichen Rechtsschutz bei Nutzungszonen zu befassen: BGE 120 Ia 19 (mit Bemerkungen von Andreas Kley-Struller, AJP 1994 1040 f.), 120 Ia 209, 119 Ia 321, 119 Ia 411 (mit Bemerkungen von Andreas Kley-Struller, AJP 1994 242 f.) je m.w.H.

⁵⁷⁰ Vgl. Kley-Struller, Schutz N. 18 ff.

⁵⁷¹ Vgl. Urteil König, EGMR/A 27.

⁵⁷² Vgl. B 6232/73, Eberhard König, EGMR/B 25, S. 39 ff., §§ 73 ff. und S. 42 ff., §§ 80 ff.

von allen nationalen Rechtsordnungen anerkannt, die zu deren Schutz Zivilverfahren vorsähen. Aus diesem Grunde stehe beim Entzug der Klinikbewilligung ein "zivilrechtlicher" Anspruch zur Debatte. /117 Die zweite Gruppe der Kommission hielt die Möglichkeit und das Recht einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit - z.B. durch den Betrieb einer Privatklinik - nachzugehen, *selbst* für ein "Civil right" bzw. "Droit .. de caractère civil". Sie untersuchte nicht, ob der Widerruf der Genehmigung die privatrechtlichen Beziehungen von Dr. König beeinträchtigte. Sie hatte sich vielmehr auf die öffentlichrechtliche Beziehung des Beschwerdeführers zum Gemeinwesen konzentriert.

19 Die beiden Mehrheitsmeinungen der Kommission sind im zivil- und öffentlichrechtlichen Vorgehen im Urteil Ringeisen angelegt. Der Gerichtshof hat *beide* Mehrheitsauffassungen der Kommission bestätigt. Er hielt den Entzug der Bewilligung für einen Eingriff in das *privatrechtliche* Rechtsverhältnis zwischen Dr. König und potentiellen Patienten, das aber nicht Gegenstand des Verwaltungsverfahrens war. Der Bewilligungsentzug kann - wie von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorausgesetzt - nur dann in ein Recht eingreifen, wenn das *den Prozessgegenstand* bildende Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt Dr. König und Staat von einem Recht geschützt wird. Folgerichtig hält der Gerichtshof die Möglichkeit, eine Privatklinik zu betreiben und den Arztberuf auszuüben, *selbst für ein Recht*, das einen "Civil character" bzw. "Caractère civil" habe⁵⁷³. Ein solches Recht, das einen Arzt vor Eingriffen in die Freiheit der Berufsausübung schützt, *muss seiner Natur nach ein Grundrecht sein*. Im vorliegenden Fall handelt es sich um die *Freiheit und die Möglichkeit, einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit nachzugehen*. Auch hier setzt der Gerichtshof diese Freiheit voraus⁵⁷⁴. Es kommt nicht darauf an, ob der Vertragsstaat eine Wirtschaftsfreiheit in seiner Verfassung anerkennt oder nicht; die Konvention und ihre Zusatzprotokolle enthalten überhaupt kein derartiges Recht.

20 Die Konventionsorgane haben die König-Rechtsprechung in zahlreichen Urteilen bestätigt. In diesen Entscheiden wurde das Argument der privatrechtlichen Beeinträchtigung immer mehr fallengelassen und vorwiegend die

⁵⁷³ Urteil König, EGMR/A 27, §§ 86-96, insb. § 92; bestätigt im Urteil Kraska, EGMR/A 254-B, § 25.

⁵⁷⁴ Vgl. Kley-Struller, Schutz N. 18 ff.

öffentlichrechtliche Betrachtungsweise herangezogen. Die Konventionsorgane sahen bereits die Streitigkeit über eine ungehinderte, privatwirtschaftlichen Tätigkeit als zur Anwendung des Art. 6 Abs. 1 EMRK hinreichend an. Sie haben den Art. 6 Abs. 1 EMRK beispielsweise in folgenden Bereichen privat- /**118** wirtschaftlicher Tätigkeit anwendbar angesehen⁵⁷⁵:

- Genehmigung zum Betrieb einer Flüssiggastankstelle⁵⁷⁶;
- Widerruf und Erteilung von Konzessionen⁵⁷⁷;
- Verweigerung einer Privatschulbewilligung⁵⁷⁸;
- Herstellungs- und Vertriebsbewilligung für eine Rheuma-Heilsalbe⁵⁷⁹.

21 Untersagt eine Disziplinarmaßnahme gegen einen freiberuflich Tätigen dessen privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, so handelt es sich zwar nicht um eine strafrechtliche Anklage, wohl aber um "zivilrechtliche" Streitigkeiten⁵⁸⁰. Auf diese Weise gelangen in solchen Disziplinarrechtsfällen die Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Anwendung.

⁵⁷⁵ Siehe weitere Beispiele: Villiger, Handbuch 229 f.; Schweizer, Gerichte 677; Kreis-schreiben, Vorsteher EJPD, VPB 1993 Nr. 59, S. 476 ff.

⁵⁷⁶ Vgl. Urteil Benthem, EGMR/A 97, § 36.

⁵⁷⁷ Vgl. Urteil Pudas, EGMR/A 125, §§ 36-38 (Kraftfahrlinienkonzession); Urteil Tre Traktörer AB, EGMR/A 159, §§ 36-44, insb. § 43 (Konzession zum Ausschank alkoholischer Getränke); B 12213/86, Jon Axelsson, Roy Gasper, L.-E. Hjelm and Stig Nissen v. Sweden, §§ 42-56, DR 65, 99.

⁵⁷⁸ Vgl. B 11533/85, Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools v. Sweden, DR 61, 92 ff. §§ 80-94; vgl. den E in DR 51, 125 oder EuGRZ 1988 282 f.

⁵⁷⁹ Vgl. B 15269/89, Josef Müller AG v. Switzerland, §§ 53-66, VPB 1992 Nr. 53; vom Ministerkomitee am 15.5.1992 in der Resolution DH 92 (16) bestätigt.

⁵⁸⁰ Entzug der Berufsausübungsbewilligung von Ärzten, vgl. Urteil Albert et Le Compte, EGMR/A 58, §§ 25-30 und Urteil Le Compte, van Leuven and de Meyere, EGMR/A 43, §§ 44-51; Urteil König, EGMR/A 27, §§ 91 f. (Privatklinik); Urteil Kraska, EGMR/A 254-B, § 25. Entzug der Berufsausübungsbewilligung von Rechtsanwälten, vgl. Urteil H. v. Belgium, EGMR/A 127. Entzug der Berufsausübungsbewilligung von Architekten E 11504/85, Jean-Claude Nyström c. Belgique, DR 58, 48; vgl. E 10027/82, Guchez v. Belgium, DR 40, 10.

4. Streitigkeiten betreffend die soziale Sicherheit

22 Der Gerichtshof hat in einer sich allmählich entwickelnden Rechtsprechung den gesamten Bereich der sozialen Sicherheit den Anforderungen des Art. 6 EMRK unterstellt. In den beiden ersten Sozialversicherungsurteilen - Deumeland und Feldbrugge (1986)⁵⁸¹ - hatte der Gerichtshof zwar noch die "Privatrechtsnähe" der betroffenen Gebiete hervorgehoben. In den Urteilen /119 findet sich aber die bemerkenswerte Äusserung des *Gerichtshofes*, dass die öffentlichrechtlichen Aspekte nicht einmal zusammen ausreichen würden, um die Unanwendbarkeit von Art. 6 EMRK zu bewirken. Der Gerichtshof sieht also die Überzeugungskraft der öffentlichrechtlichen Aspekte als gering an; die folgende Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf das Sozialversicherungsrecht sollte dies bestätigen. In einer Reihe von Urteilen gegen Italien hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass *die individuelle, persönliche und wirtschaftliche Natur* eines sozialversicherungsrechtlichen oder Sozialhilfeanspruches bereits genügt, um Art. 6 EMRK anwendbar zu erklären⁵⁸². Damit hat sich das eine Feldbrugge-Deumeland-Kriterium des individuellen, persönlichen und wirtschaftlichen Anspruches auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit als entscheidend erwiesen. Zudem hat der Gerichtshof auf die durch seine Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK ausgelöste Dynamik hingewiesen. Es könne nicht genügen, dass Art. 6 EMRK bloss in Teilgebieten der sozialen Sicherheit Anwendung finde, vielmehr verlange die Rechtsgleichheit eine allgemeine Anwendung von Art. 6 EMRK bei der sozialen Sicherheit⁵⁸³. Die

⁵⁸¹ EGMR/A 99, §§ 25-40; EGMR/A 100, §§ 59-74; vgl. im einzelnen Schweizer, Sozialversicherungsrecht 19 ff.; Kommentierung des Urteil Schuler-Zraggen durch Yvo Hantgartner, AJP 1994 784 ff., Ziff. 2 ff.; Meyer-Blaser, Bedeutung 456 ff.; Meyer-Blaser Ulrich, Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das schweizerische Sozialversicherungsrecht, ZSR 1994 I 372 ff.

⁵⁸² Vgl. Urteil Salerno, EGMR/A 245-D, § 16; Urteil Francesoco Lombardo EGMR/A 249-B § 17 und Urteil Giancarlo Lombardo, EGMR/A 249-C § 16; Urteil Salesi, EGMR/A 257-E, § 19; Urteil Margrit Schuler-Zraggen, EGMR/A 263, § 46; Urteil Massa, EGMR/A 265-B, §§ 23 ff.

⁵⁸³ Vgl. Urteil Salesi, EGMR/A 257-E, § 19; Urteil Schuler-Zraggen, EGMR/A 263, § 46; Villiger, Handbuch 227 f.; Borghi, Effectivité 84 f. Anm. 60.

Kommission hat die allgemeine Geltung von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Bereich der sozialen Sicherheit übernommen⁵⁸⁴.

5. Teildefinition im Urteil *Éditions Périscope*: vermögenswerte und pekuniäre Auseinandersetzungen

23 Das Kriterium eines *persönlichen, wirtschaftlichen und individuellen Anspruches* hat sich nicht nur in den Streitigkeiten betreffend die soziale Sicherheit, sondern auch in einem weiteren, breiten Bereich als entscheidend erwiesen. Im Fall "*Éditions Périscope*" ging es der Beschwerdeführerin um Schadenersatz für die vom französischen Staat nicht gewährten Posttaxen- und Steuererleichterungen. Das Verwaltungsgericht von Paris und letztinstanzlich der Conseil d'État wiesen das Schadenersatzbegehren ab. Die Beschwerdeführerin /120 gelangte an die Kommission. Diese hielt in ihrem Bericht *Éditions Périscope*⁵⁸⁵ die Staatshaftung als für die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK ausschlaggebend an und nicht die vermögens- und steuerrechtliche Streitigkeit über die Rückerstattung zuviel bezahlter Abgaben. Denn die Staatshaftungsfälle gelangen nach ständiger Praxis der Konventionsorgane in den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK⁵⁸⁶.

24 Wäre die Kommission ihrer bisherigen Rechtsprechung konsequent gefolgt, so hätte sie die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK verneinen müssen⁵⁸⁷. Gemäss Sachverhalt ging es um die *Rückzahlung* zuviel bezahlter Abgaben, worauf Art. 6 Abs. 1 EMRK nach ständiger Praxis der Kommission unanwendbar wäre⁵⁸⁸ und nicht um eine Staatshaftungsfrage, wie die Kommission annahm. Der Gerichtshof hat denn auch die Mehrheitsmeinung der Kommission *nicht bestätigt*, sondern die hier vorliegenden *pekuniären* (vermögenswerten oder monetären) Streitigkeiten

⁵⁸⁴ Vgl. B 19005/91 und 19006/91, Johannes Schouten und Hendrik Alexander Meldrum gegen die Niederlande v. 12.10.1993 und die Kommentierung durch Andreas Kley-Struller, AJP 1994 636 f.

⁵⁸⁵ B 11760/85, *Éditions Périscope* gegen Frankreich, EGMR/A 234-B, S. 70 ff., §§ 34-36.

⁵⁸⁶ Vgl. Kreisschreiben, Vorsteher EJPD, VPB 1993 Nr. 59, S. 477.

⁵⁸⁷ Vgl. das Sondervotum des Kommissionsmitgliedes Trechsel im B 11760/85, *Éditions Périscope* gegen Frankreich, EGMR/A 234-B, S. 76.

⁵⁸⁸ Vgl. N. 10/25.

als "zivilrechtliche" Auseinandersetzungen gewertet. Der Gerichtshof formulierte erstmals eine *abstrakte (Teil-)Definition* der "Civil rights"/"Droits ... de caractère civil":

"Der Gerichtshof hält fest, dass der Gegenstand der Klage der Beschwerdeführer eine *vermögenswerte Angelegenheit* betraf und dass die Klage auf einer angeblichen Verletzung von Rechten beruht, die gleichfalls vermögenswerte Rechte waren. Das in Rede stehende Recht war daher ein 'civil right' bzw. 'Droit .. de caractère civil', ungeachtet des Anlasses der Streitigkeit und des Umstandes, dass die Verwaltungsgerichte zuständig waren"⁵⁸⁹.

25 Der Gerichtshof hat in seiner nachfolgenden Rechtsprechung das Urteil *Éditions Périscope* zunächst mehrfach bestätigt⁵⁹⁰. Auf diese Weise werden weite Teile des Verwaltungsrechts von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfasst, beispielsweise Streitigkeiten betreffend Subventionen, alle finanziellen Aspekte des öffentlichen Dienstrechtes⁵⁹¹ oder Gebühren für die Benutzung von Anstal- /121 ten⁵⁹². Der Gerichtshof hat sich im *Urteil Schouten und Meldrum* gegen die Niederlande erstmals mit der Frage befasst, ob Art. 6 EMRK auf Verfahren betreffend staatliche *Sozialversicherungsabgaben* anwendbar sei⁵⁹³. Nachdem sich die niederländische Regierung auf die Ähnlichkeiten zwischen Sozialabgaben und Steuern berufen hatte⁵⁹⁴, nahm der Gerichtshof eine bedeutsame Präzisierung vor und zeigte Grenzen des Anwendungsbereichs von Art. 6 EMRK auf. Steuerverfahren gehören nämlich nach einer über vierzigjährigen Praxis der Kommission *nicht* in den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK⁵⁹⁵. Der Gerichtshof kehrte wegen des

⁵⁸⁹ Urteil *Éditions Périscope*, EGMR/A 234-B, § 40 (= ÖJZ 1992 771).

⁵⁹⁰ Vgl. z.B. Urteil *Ortenberg*, EGMR/A 295-B, §§ 25 ff.; Urteil *Beaumartin*, EGMR/A 296-B, §§ 26 ff.

⁵⁹¹ Vgl. Urteil *Scuderi*, EGMR/A 265-A; vgl. ferner B 12996/87, M.R. c. Italie, § 14, EGMR/A 245-E, S. 75; vgl. N. 10/10 zu Disziplinarmaßnahmen im Beamtenrecht.

⁵⁹² Damit wird nachgerade die Fiskustheorie des letzten Jahrhunderts nachvollzogen, vgl. N. 10/40 und 17/21 ff.

⁵⁹³ Vgl. EGMR/A 304, § 49. Siehe zu diesem Verfahren die Kommentierung der beiden Kommissionsberichte und des Urteils durch Andreas Kley-Struller, AJP 1994 636 f. und AJP 1995 488 f.

⁵⁹⁴ Vgl. EGMR/A 304, § 48.

⁵⁹⁵ Vgl. E 17443/90, B. et M. c. Suisse, VPB 1993 Nr. 61; E 14623/89, X. v. Austria, ÖJZ

berechtigten Steuer-Einwandes der niederländischen Regierung auf seine ursprüngliche, im Urteil *Feldbrugge*⁵⁹⁶ entwickelte Argumentationsweise zurück. Er prüfte schrittweise Argumente *gegen* bzw. *für* die Anwendung des Art. 6 EMRK auf Sozialabgabestreitigkeiten⁵⁹⁷. In dieser Abwägung kam der Gerichtshof zwar zum Ergebnis, dass die "zivilrechtlichen" Aspekte im vorliegenden Fall überwiegen, weshalb Art. 6 EMRK auf das vorliegende Verfahren anwendbar sei⁵⁹⁸. Im Hinblick auf den Steuer-Einwand führte er aus⁵⁹⁹:

"Es genügt für die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK allein noch nicht, wenn eine pekuniäre Streitigkeit vorliegt. Es können nämlich durchaus "pekuniäre" Verpflichtungen gegenüber dem Staat und ihm unterstellten Behörden bestehen, welche hinsichtlich der Ziele des Art. 6 EMRK, als zum öffentlichen Recht gehörig betrachtet werden müssen. Diese Streitsachen werden dann nicht durch den Begriff der 'zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen' gedeckt. Ausser etwa Bussen, welche als Strafsanktionen auferlegt werden, wird dies speziell der Fall sein, wo eine pekuniäre Verpflichtung von der Steuergesetzgebung oder von andern bürgerlichen Pflichten in einer demokratischen Gesellschaft herrührt".

Damit ist klargestellt, dass der Gerichtshof den Art. 6 EMRK zwar weiterhin auf vermögenswerte und pekuniäre Streitigkeiten zwischen Individuum und /122 Staat anwenden wird. Der Gerichtshof wird indes die Rechtsprechung der Kommission übernehmen, wonach *Art. 6 EMRK im Bereiche des Steuerrechts generell nicht anwendbar* ist.

1993 140; E 13013/87, *Wasa Liv Ömsesidigt a.o.*, DR 58, 163; E 11189/84, *Société S. et T.*, DR 50, 121; E 9908/82, *X. v. Germany*, DR 32, 266; E 10616/83, *J. et B. Gottesmann*, VPB 1985 Nr. 72; E 8903/70, *X. v. Austria*, DR 21, 246; 1904/63 usw., *A. et al v. Netherlands*, CD 19, 106; E 2145/64, *X. v. Belgium*, CD 18, 1; B 11760/85, *Éditions Périscope*, EGMR/A, S. 70, § 34 m.w.H.

⁵⁹⁶ Vgl. EGMR/A 99 und dazu N. 10/22.

⁵⁹⁷ EGMR/A 304, §§ 52-55 und §§ 56-59.

⁵⁹⁸ Vgl. EGMR/A 304, § 60.

⁵⁹⁹ Vgl. EGMR/A 304, § 50 Abs. 2 (deutsche Übersetzung des Autors).

6. Negative Beispiele für "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil"

26 In einigen Sachbereichen besteht eine feststehende und vielfach bestätigte Rechtsprechung der Kommission, wonach Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht anwendbar ist. Sie hat in den folgenden negativen und damit vom Gerichtshof unüberprüfbar⁶⁰⁰ Zulässigkeitsentscheiden *Art. 6 Abs. 1 EMRK als nicht anwendbar angesehen*:

- Maturitäts- und Universitätsexamen⁶⁰¹;
- Rein prozessrechtliche Verfahren, z.B. Verfahren über ein Gesuch um Revision eines Urteils⁶⁰², Vollstreckung von Gerichtsurteilen⁶⁰³, Rückweisung einer Klage aus prozessualen Gründen, z.B. wegen Fristablaufs⁶⁰⁴, Verfahren der einstweiligen Verfügung⁶⁰⁵;
- Asylverfahren, fremdenpolizeiliche Niederlassungsbewilligung bzw. Ausweisung von Ausländern und Einreisesperren⁶⁰⁶; **/123**
- Einbürgerungsverfahren⁶⁰⁷ und Streitigkeiten betreffend Ausweispapire⁶⁰⁸;

⁶⁰⁰ Vgl. Kley-Struller, Schutz N. 50 lit. b m.H.

⁶⁰¹ E 17254/90, B.A.A. c. Suisse, VPB 1991 Nr. 45; E 11085/84, M. c. Suisse, VPB 1986 Nr. 96 m.w.H.; E 20110/92, X. gg. Österreich, ÖJZ 1994 709 f. (Habitationsverfahren). Vgl. aber N. 10/30.

⁶⁰² E 11971/86, M. c. Suisse, VPB 1988 Nr. 64; E 14288/88 gegen Österreich, ÖJZ 1990 216; E 7761/77, X. v. Austria, DR 14, 171; BGE 113 Ia 64, BGr v. 18.4.1988, SJIR 1989 284 und BGr v. 27.7.1990, SZIER 1991 404.

⁶⁰³ E 11051/84, Jean Laplace c. France, DR 52, 222; E 10757/84, W. v. Austria, DR 56, 36. Ausser es werden erneut materiellrechtliche Fragen entschieden, vgl. E 11258/84, Anton Dornbach, DR 48, 225.

⁶⁰⁴ E 10865/84, Rachel Blay c. Allemagne, DR 47, 188.

⁶⁰⁵ E 12446/86, Katarina Alsterlund, DR 56, 229; BGr v. 7.7.1988, SJIR 1989 284 f.

⁶⁰⁶ E 21840/93, Y. et cons. c. Suisse, VPB 1993 Nr. 57 (Wegweisung); E 19088/91, B.S. c. Suisse, VPB 1992 Nr. 50 (Asyl); E 12122/86, Shankernath Lukka, DR 50, 268 (Asyl); E 13162/87, P. v. United Kingdom, DR 54, 211 (Asyl); E 12364/86, K. c. Suisse, VPB 1987 Nr. 71 (Asyl); E 9285/81 X., Y. and Z. v. United Kingdom, DR 29, 205 (Niederlassungsbewilligung); E 8118/77 Omkarananda et le Divine Light Zentrum, DR 25, 105, § 8 oder VPB 1983 Nr. 123 (Ausweisung).

⁶⁰⁷ E 14447/88, X. v. Austria, ÖJZ 1993 142; E 13325/87, S. c. Suisse, DR 59, 256; E 5212/71, X. v. Austria, CD 43, 69.

⁶⁰⁸ E 19098/91, X. v. Austria, ÖJZ 1993 214.

- Verfahren betreffend Militär- oder Zivildienst⁶⁰⁹;
- Streitigkeiten und Verfahren betreffend die politischen Rechte⁶¹⁰;
- Steuerrechtliche Verfahren⁶¹¹.

Das erwähnte Urteil Schouten und Meldrum ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, weil der Gerichtshof alle Streitigkeiten zwischen Individuum und Staat, welche Teil der üblichen *bürgerlichen Pflichten* in einer demokratischen Gesellschaft sind, als öffentlichrechtliche Angelegenheiten taxiert⁶¹². Art. 6 Abs. 1 EMRK ist demzufolge auf diese Gebiete unanwendbar. Die langjährige Praxis der Kommission hat die oben aufgeführten Sachgebiete ausgeschieden, in denen Art. 6 Abs. 1 EMRK unanwendbar ist. Einzelne dieser Materien betreffen typisch bürgerliche Rechte und Pflichten in einer demokratischen Gesellschaft, so vor allem das *Staatsangehörigkeitsrecht*, die *politischen Rechte*, das *Niederlassungsrecht* oder etwa Pflichten betreffend *Militär- oder Zivildienst*. Alle diese Rechte und Pflichten setzen regelmässig die Staatsangehörigkeit des betreffenden Staates voraus und sind damit insofern "bürgerlich". M.E. hat der Gerichtshof damit *diese Kommissionspraxis direkt angesprochen und gebilligt*. Es ist daher anzunehmen, dass die grundlegende Diskussion um den "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK bei den Konventionsorganen *vorläufig* abgeschlossen ist. Das wichtige Urteil Schouten und Meldrum schafft eine relativ grosse Rechtssicherheit über den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK⁶¹³.

27 Massnahmen betreffend einen eigentlichen Staatsnotstand standen im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK wohl wegen Art. 15 EMRK bislang nie zur /124 Entscheidung an⁶¹⁴. Die Verfahrensgrundrechte sind nicht notstandsfest.

⁶⁰⁹ E 12915/87, Johannes Karel Zelisse, DR 61, 230 (wo geltend gemacht wird, der Militärdienst verunmögliche die Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten); E 11734/85, Siegfried Nicolussi, DR 52, 266; E 10600/83, Jorgen Johansen, DR 44, 155.

⁶¹⁰ E 11068/84, Carmine Priorello, DR 43, 195; E 8208/78, X v. United Kingdom, DR 16, 162 (betreffend die Zugehörigkeit zum House of Lords).

⁶¹¹ Vgl. N. 10/25 m.H.

⁶¹² Vgl. EGMR/A 304, § 50 Abs. 2 am Ende, vgl. oben N. 10/25.

⁶¹³ Vgl. zur weiteren Bewertung die Kommentierung des Urteils Schouten und Meldrum durch Andreas Kley-Struller, AJP 1995 488 f., Ziff. 4.

⁶¹⁴ In den Fällen Lawless, EGMR/A 1-3; Irland gegen Grossbritannien EGMR/A 25 und Brannigan and MacBride v. United Kingdom, EGMR/A 258-B nahm der Gerichtshof

Gleichwohl kann sich bei aussen- und sicherheitspolitisch begründeten Massnahmen, die unterhalb der Schwelle von Art. 15 EMRK liegen, dieses Problem stellen. So beeinträchtigt etwa das Exportverbot in den Irak⁶¹⁵ zweifellos die private, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, welche grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK fiel⁶¹⁶. Gehört das Exportverbot aber infolge seiner aussenpolitischen Tragweite in die abschliessende Zuständigkeit der Exekutive (*Acte de gouvernement*)? Obwohl die Ausnahmen vom Exportverbot durchaus als rechtlich normierte Grundsätze statuiert sind (z.B. "Härtefälle"⁶¹⁷), berührt die Handhabe des Exportverbotes unmittelbar die internationalen Beziehungen der Schweiz, welche ausschliesslich von der *Regierung* gepflegt werden⁶¹⁸.

7. Strittiges Recht muss von der nationalen Rechtsordnung "anerkannt" sein

28 Der Rechtsschutzgarantie des Art. 6 EMRK lassen sich keine materiellrechtlichen Postulate über die Ausgestaltung der Rechtsordnung entnehmen⁶¹⁹. Dagegen können die materiellen Konventionsrechte, etwa Art. 8 EMRK, solche Konsequenzen haben. Sie können den Staaten u.U. "*Schutzpflichten*" auferlegen, damit die Konventionsrechte auch im Verhältnis zwischen Privaten effektiv gelebt werden können⁶²⁰. Die

an, dass die Massnahmen gemäss Art. 15 EMRK zulässigerweise ergriffen wurden.
⁶¹⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 2 der Verordnung vom 7.8.1990 über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber der Republik Irak, SR 946.206 und dazu VPB 1991 Nr. 41. Das Exportverbot ist gemäss Art. 100 lit. a OG bundesgerichtlich nicht überprüfbar, vgl. N. 18/11 ff.
⁶¹⁶ Vgl. N. 10/18 ff.
⁶¹⁷ Vgl. z.B. VPB 1991 Nr. 41.
⁶¹⁸ Gl. A. Schweizer, *Gerichte* 677; vgl. N. 18/4 ff. zu den *Actes de gouvernement*.
⁶¹⁹ Vgl. Urteil Lithgow, EGMR/A 102, § 192; Urteil Bodén, EGMR/A 125, § 28; Urteil *W. v. United Kingdom*, EGMR/A 121, § 73; E 12810/87, Lars Lorenus, DR 59, 172; E 10820/84, *As. c. Suisse*, VPB 1986 Nr. 93; E 9310/81, *Frederick William Baggs v. United Kingdom*, DR 44, 13; E 9310/81, *Michael Anthony Rayner*, DR 47, 5; E 17004/90, *R.H. v. Norway*; B 15269/89, *Josef Müller AG*, § 59, VPB 1992 Nr. 53.
⁶²⁰ Vgl. z. B. Urteil *X and Y v. Netherlands*, EGMR/A 91, § 23; B 18984/91, *Margaret McCann, Daniel Farrell and John Savage gg. Vereinigtes Königreich*, Ziff. 184 m.w.H. (zu Art. 2 EMRK, Tötung von drei IRA-Terroristen in Gibraltar durch britische Armeeinghörige, vor dem Gerichtshof anhängig); vgl. auch Villiger, *Handbuch* 103 f.

materiellen Freiheitsgarantien stellen also gewisse inhaltliche Anforderungen an die nationale Rechtsordnung. Art. 6 EMRK sorgt für die effektive prozessuale Verwirklichung dieser Rechtsordnung.

29 Art. 6 Abs. 1 EMRK kann also nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung eine gerichtliche Beurteilung der Ansprüche *aufgrund gesetzlicher Regelungen* zulässt⁶²¹. So kann die nationale Rechtsordnung gewissen Auseinandersetzungen die Klagbarkeit versagen und damit aufgrund materiellrechtlicher Regelungen den Gerichtsschutz einschränken⁶²². Denn die dafür notwendigen, materiellrechtlichen Regelungen durch den Staat können nach Zeit und Ort entsprechend den Bedürfnissen und Mitteln der Gemeinschaft und der einzelnen verschieden sein. Die Konventionsorgane wollen selbstverständlich nicht kontrollieren, welches die beste Politik auf einem Gebiet ist. Sie dürfen nur punktuell dort eingreifen, wo die fehlende Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung den Umfang eines Gerichtszugangs in einer Art und Weise beschränkt, der die eigentliche Substanz des Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt⁶²³. Art. 6 EMRK beinhaltet deshalb kein allgemeines "Verrechtlichungsgebot"⁶²⁴. /126

8. Ernsthafte Streitigkeit über ein Recht oder über eine

m.w.H.; Trechsel, Bedeutung 825; van Dijk/van Hoof, Convention 19 f. m.w.H. Auch der UNO-Ausschuss für Menschenrechte anerkennt in seiner ständigen Rechtsprechung positive Schutzpflichten: Etwa Art. 9 CCPR verpflichtet die Staaten, Personen gegen Todesdrohungen und andere Beeinträchtigungen ihrer Sicherheit durch Privatpersonen zu schützen, vgl. den Fall Nr. 195/1983, Delgado gg. Kolumbien, Entscheidung vom 12.7.1990, RUDH 1990 448 ff. und EuGRZ 1990 552 f., vgl. Nowak, CCPR-Commentary, N. 21 zu Art. 2 und N. 9 zu Art. 9 CCPR.

⁶²¹ Urteil James, EGMR/A 98, § 81; Urteil Powell and Rayner, EGMR/A 172, § 34 ff.; vgl. N. 4/3 und 18/1 ff. allgemein zur Bedeutung des Gesetzmäßigkeitsprinzips für den Gerichtsschutz.

⁶²² Vgl. Grotrian, Article 6, § 13; Wildhaber, Kommentar zu Art. 8 EMRK, N. 580. Die privatrechtlichen Naturalobligationen (vgl. Kley-Struller, Privatrecht 262 f.) verletzen daher Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht.

⁶²³ Vgl. Urteil Ashingdane, EGMR/A 93, §§ 53 ff.; E 10457/83, Dyer, DR 39, 246; E 10782/84, Wallace-Jones, DR 47, 157.

⁶²⁴ Vgl. N. 20/17 allgemein.

blasse Ermessensausübung?

30 Art. 6 Abs. 1 EMRK fordert, dass eine wirkliche und ernsthafte Auseinandersetzung um ein "Recht" und nicht bloss um die Zweckmässigkeit einer Ermessensentscheidung stattfindet⁶²⁵. Die Streitigkeit kann sich auf die Existenz, Umfang und Ausübung des Rechts beziehen. Sie kann sowohl Tatsachen- als auch Rechtsfragen zum Gegenstand haben⁶²⁶. Zu einer ernsthaften Streitigkeit über eine Rechtssache zählen die Konventionsorgane Fragen der Gesetzwidrigkeit, Verletzung von Verfahrensvorschriften, Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens sowie behauptete Willkür. Bei Examen kann in der Sache, ob ein Kandidat die nötige "Eignung" besitzt, keine richterliche Prüfung stattfinden. Dagegen müsste eine willkürliche Behandlung z.B. durch eine ungleiche Orientierung der Kandidaten⁶²⁷ richterlich geprüft werden können⁶²⁸. In der Praxis wird der Begriff des strittigen Rechts weit gefasst⁶²⁹. Es genügt bereits, wenn eine Streitigkeit über die Gesetzeskonformität einer staatlichen Massnahme besteht; ein Rechtsanspruch oder eine Schutznorm sind hingegen zur Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht erforderlich⁶³⁰.

9. Unmittelbare Anwendbarkeit (Hinweis)

31 Die Konventionsorgane⁶³¹, aber auch das Bundesgericht⁶³², haben keinen Zweifel daran gelassen, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK eine unmittelbar anwendbare Verfahrensgarantie darstellt⁶³³. /127

⁶²⁵ Vgl. Urteil Zander, EGMR/A 279-B, § 22 m.w.H.; Urteil Kraska, EGMR/A 254-B, § 24; Urteil H. gegen Belgien, EGMR/A 127-B, § 40.

⁶²⁶ Urteil Deumeland, EGMR/A 100, § 59; Urteil Benthem, EGMR/A 97, § 32 lit. b; Urteil Albert et Le Compte, EGMR/A 58, §§ 29, 36.

⁶²⁷ Vgl. den Sachverhalt im Bundesgerichtsurteil v. 23.2.1993, AJP 1994 91 ff.

⁶²⁸ Urteil van Marle a.o. EGMR/A 101; B 11540/85, Haim Karni v. Sweden, DR 62, 79 ff., § 93; vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 52 Anm. 2; Gl. A. Haefliger, Menschenrechtskonvention 118 f.; Miehsler, IntKom, N. 79 zu Art. 6 EMRK.

⁶²⁹ Vgl. Velu/Ergec, Convention 372 ff., § 418; Grotrian, Article 6, §§ 15 ff.

⁶³⁰ Vgl. Kley-Struller, Anspruch 35.

⁶³¹ Vgl. Wildhaber, IntKom, N. 21 zu Art. 3 ZP 1 EMRK; vgl. auch Urteil Irland v. Grossbritannien, EGMR/A 25, § 239; Villiger, Handbuch 38.

IV. Anforderung an das Gerichtsverfahren (Hinweise)

1. Kognition

32 In "zivilrechtlichen" Streitsachen muss das Gericht sowohl *Tatsachen- als auch Rechtsfragen* überprüfen können⁶³⁴. Beiden kommt die gleiche ausschlaggebende Bedeutung für den Ausgang eines Verfahrens zu. Dagegen muss das Gericht keine Ermessensprüfung vornehmen⁶³⁵; selbst die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe muss nach Auffassung der Kommission nicht gerichtlich geprüft werden⁶³⁶.

Bei "strafrechtlichen" Anklagen muss sowohl die Schuld als auch die Festsetzung des Strafmasses vom Gericht entschieden werden können⁶³⁷. Kontrollieren die ordentlichen oder die Verwaltungsgerichte die von Verwaltungsbehörden ausgefallten Strafsanktionen, so müssen sie gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EMRK entgegen allfälligen prozessualen Vorschriften auch die *Ermessensbetätigung* nachprüfen⁶³⁸. Im Bereich der strafrechtlichen Anklagen müssen also alle Tat- und Rechtsfragen, die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Festsetzung des Strafmasses vom Gericht überprüft werden⁶³⁹. Die staatsrechtliche Beschwerde erfüllt diese Anforderungen des Art. 6 EMRK nicht; sie kann den nicht erfolgten Gerichtszugang grundsätzlich nicht heilen⁶⁴⁰. /128

2. Entscheidungsbefugnis

⁶³² Vgl. z.B. BGE 118 Ia 334, 116 Ib 169, vgl. Andreas Kley-Struller, Urteilscommentierung von BGE 119 Ia 88, Ziff. 4 m.w.H., AJP 1993 1252 ff.

⁶³³ Vgl. z.B. Villiger, Handbuch 38 f. m.w.H.; vgl. N. 20/5 allgemein.

⁶³⁴ Vgl. z.B. Urteil Le Compte a.o., EGMR/A 43, § 51; Urteil van Marle, EGMR/A 101, §§ 35 f.; BGE 117 Ia 526.

⁶³⁵ Vgl. z.B. Miehsler, IntKom, N. 80 f. zu Art. 6 EMRK; Velu/Ergec, Convention 402; Schweizer, Gerichte 691; differenziert: Villiger, Handbuch 251.

⁶³⁶ Vgl. B 7598/76, Kaplan, DR 21 5 ff., § 161; Schweizer, Gerichte 691 Anm. 43 m.w.H.

⁶³⁷ Vgl. Vogler, IntKom, N. 213 zu Art. 6 EMRK; Cohen-Jonathan, Convention 405.

⁶³⁸ Vgl. BGE 115 Ia 406 f.

⁶³⁹ Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 68 f.

⁶⁴⁰ Vgl. 7/31; siehe aber zu Ausnahmen: BGr v. 21.10.1993, AJP 1994 242 f.

33 Im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK muss das Gericht die Befugnis haben, *in der Streitsache selbst reformatorisch zu entscheiden*⁶⁴¹. Eine blosser Empfehlung, Feststellung oder Aufhebung (Kassation) würde nicht genügen; es sei denn, die Vorinstanz erfüllte bereits alle Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK⁶⁴²

3. Geltung für den Instanzenzug

34 Art. 6 Abs. 1 EMRK begründet keinen Anspruch auf ein Rechtsmittel gegen eine bereits ergangene Gerichtsentscheidung⁶⁴³. Sind aber gerichtliche oder gar verfassungsgerichtliche Rechtsmittel gegeben, so müssen in diesen Verfahren grundsätzlich die Garantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK eingehalten werden⁶⁴⁴. Allerdings werden die Verfahrensanforderungen an die spezifischen Funktionen des betreffenden Rechtsmittels, etwa einer Verfassungsbeschwerde⁶⁴⁵, angepasst⁶⁴⁶. /129

V. Besonderheiten des Art. 14 Abs. 1 CCPR

⁶⁴¹ Vgl. Urteil Benthem, EGMR/A 97, § 40; Trechsel, Gericht 386; Schmuckli, Fairness 67 f.; Schweizer, Gerichte 692 und Meyer-Blaser Ulrich, Der Einfluss der EMRK auf das schweizerische Sozialversicherungsrecht, ZSR 1994 I 389 ff., insb. S. 399 Anm. 69 machen darauf aufmerksam, dass bei zivilrechtlichen Streitigkeiten eine Kassation genügen kann.

⁶⁴² Vgl. N. 18/47 f. allgemein.

⁶⁴³ Vgl. z.B. Urteil Delcourt, EGMR/A 11, § 25; Trechsel, 7. Zusatzprotokoll 202; van Dijk/van Hoff 305 f.; Schweizer, Gerichte 693 m.w.H.; Urteil "Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, EGMR/A 6, § 9, S. 33; Dijk, Access 371 Anm. 154 m.w.H.

⁶⁴⁴ Vgl. z.B. Urteil Ruiz-Mateos, EGMR/A 262, §§ 54 ff. m.w.H.

⁶⁴⁵ Vgl. Matscher Franz, Art. 6 EMRK und verfassungsgerichtliche Verfahren, EuGRZ 1993 449 ff.

⁶⁴⁶ Vgl. im einzelnen Schweizer, Gerichte 693 f.

35 Es ist illustrativ, auf die Praxis des UNO-Menschenrechtsausschusses zur Parallelbestimmung des Art. 14 Abs. 1 CCPR hinzuweisen. Im Rahmen der UNO haben die angelsächsisch beeinflussten Rechtsordnungen ein noch grösseres Gewicht. Zudem verpflichtet Art. 2 Abs. 3 lit. b CCPR die Vertragsstaaten, den gerichtlichen Rechtsschutz auszubauen. Es war daher folgerichtig, dass Art. 14 Abs. 1 CCPR gerade in verwaltungsrechtlichen Bereichen angewendet wird, in welchen Art. 6 Abs. 1 EMRK nach bisheriger Strassburger Praxis (noch) nicht gilt⁶⁴⁷.

36 Der UNO-Menschenrechtsausschuss nahm 1984 einen allgemeinen Kommentar zu Art. 14 CCPR an, worin er die Staaten u.a. ersuchte, über gewisse Aspekte des Art. 14 CCPR genauer zu berichten⁶⁴⁸, wozu namentlich der Gerichtsschutz gegen Akte der Exekutive gehört. Die Staaten hatten in der Folge vermehrt über die neuesten legislatorischen Tendenzen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege rapportiert. So legte Schweden in seinem dritten periodischen Staatenbericht "seine" Fälle vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. 1 EMRK dar, worin eine Verletzung der Konvention wegen der fehlenden Verwaltungsgerichtsbarkeit festgestellt wurde⁶⁴⁹. Eine Rüge, der Europäische Gerichtshof für

⁶⁴⁷ Vgl. insbesondere den illustrativen Entscheid des UNO-Ausschusses vom 19.7.1994 (Beschwerde 441/1990), RUDH 1994 455 ff., betreffend die Entlassung eines öffentlichrechtlich angestellten Feuerwehrmannes. Die Europäische Kommission für Menschenrechte erklärte seine Beschwerde wegen Unanwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK unzulässig, wogegen der UNO-Ausschuss Art. 14 Abs. 1 CCPR anwendbar erklärte, vgl. dazu Andreas Kley-Struller, Beamtenrechtliche Streitsachen und Art. 6 EMRK bzw. Art. 14 CCPR, AJP 1995 (im Druck). Vgl. ferner Nowak, CCPR Kommentar, N. 12 zu Art. 14, S. 256 und Nowak, CCPR-Commentary 242 f.; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 31 Anm. 3, 36 Anm. 2.

⁶⁴⁸ Vgl. UN Doc. CCPR/C21/Rev. 1.

⁶⁴⁹ Vgl. Human Rights Committee, Consideration of Reports submitted by States parties under Article 40 of the Covenant, Third periodic reports of States parties due in 1989, UN Doc. CCPR/C/58/Add. 7, §§ 158 ff.; vgl. zum ungenügenden Gerichtsschutz gegen die Exekutive in Schweden: Holmgren, Protection 29 ff. Der zweite periodische Staatenbericht von Belgien befasst sich ausgiebig mit dem Gerichtsschutz gegen Exekutive, vgl. Second periodic reports of States parties due in 1989, Addendum, Belgium, 23.5.1991, UN Doc. CCPR/C/57/Add.3, §§ 50 ff. über die Art. 92 und 93 belgVerf; vgl. bereits die Initial reports of States parties due in 1984, Addendum, Belgium, UN Doc.

Menschenrechte hätte die Souveränität Schwedens zu sehr beschnitten, wird mit gutem Grund /130 nicht erhoben. Das rechtsstaatliche Defizit in der schwedischen Rechtsordnung wog zu schwer.

37 Bei Art. 14 Abs. 1 CCPR fällt also dessen nahezu unbegrenzter Anwendungsbereich auf; der Bundesrat "schirmte" die Schweiz daher mit zwei weitgehenden Vorbehalten gegen das Öffentlichkeitsprinzip und bei "zivilrechtlichen" Streitigkeiten gegen die "Garantie eines gerechten Prozesses" (i.e. Rechtsweggarantie) ab⁶⁵⁰. Die Vorbehalte gleichen fast Wort für Wort dem ungültig erklärten Vorbehalt bzw. der auslegenden Erklärung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK⁶⁵¹. Im Unterschied zur Menschenrechtskonvention kennt der Weltpakt keine Schranken für Vorbehalte. Grundsätzlich muss daher von ihrer Gültigkeit ausgegangen werden⁶⁵².

Der Vorbehalt betreffend die Garantie eines gerechten Prozesses birgt ein erhebliches Problem in sich. Er lautet wie folgt:

"Die Garantie eines gerechten Prozesses bezweckt in bezug auf Streitigkeiten über zivilrechtliche Rechte und Pflichten nur, dass eine letztinstanzliche richterliche Prüfung der Akte oder Entscheidungen der öffentlichen Gewalt über solche Rechte oder Pflichten stattfindet. Unter dem Begriff 'letzinstanzliche richterliche Prüfung' ist eine auf die *Rechtsanwendung* beschränkte richterliche Prüfung, die kassatorischer Natur ist, zu verstehen".

Der Bundesrat sichert demnach zumindest eine auf die Rechtsanwendung beschränkte richterliche Prüfung aller "zivilrechtlichen" Streitsachen zu. Nun kann die Schweiz im sehr weiten, "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 CCPR eine richterliche *Rechtsanwendungsprüfung in jenen Fällen nicht* garantieren, wenn weder das Bundesgericht (Art. 99-101 OG) noch eine eidgenössische Rekurskommission zuständig sind⁶⁵³ oder wenn ein

CCPR/C/31/Add.3, S. 8 ff.

⁶⁵⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c des Bundesbeschlusses vom 13.12.1991 betreffend den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, AS 1993 747 f.

⁶⁵¹ Vgl. Botschaft betreffend den Beitritt zu den beiden Menschenrechtspakten von 1966, BBl 1991 IV 1200 Anm. 24.

⁶⁵² Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 83 f., 88.

⁶⁵³ Vgl. N. 1/10; in der Zivil- und Strafrechtspflege ist eine genügende, kantonrichterliche Prüfung regelmässig gegeben.

Kanton für kantonale Verwaltungsstreitsachen kein oder bloss teilweise ein Verwaltungsgericht zur Verfügung stellt⁶⁵⁴. Die staatsrechtliche Beschwerde gegen Akte der Kantone, welche im Vorbehalt anvisiert ist, gewährt nämlich keine volle Rechtsanwendungsprüfung⁶⁵⁵; die Kognition des Bundesgerichtes ist zu eng. Die Auslegung des kantonalen Verwaltungsrechts /131 kann vom Bundesgericht jedenfalls nicht "frei" geprüft werden. Zum heutigen Zeitpunkt wäre ein abschliessendes Urteil verfrüht: Zum Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 CCPR liegen weitaus weniger Entscheide vor als zum Art. 6 Abs. 1 EMRK. Gleichwohl kann sich in Zukunft durch die wohl ungeschickte Übernahme der auslegenden Erklärung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK ein erneutes (allerdings "zivilrechtliches") "Belilos-Problem" stellen. Freilich bleibt die Frage wegen der Nicht-Ratifizierung des ersten Fakultativprotokolls⁶⁵⁶ auf der internationalen Ebene wohl akademischer Natur. Dieses latente Problem könnte allerdings dafür sorgen, dass die Schweiz das erste Fakultativprotokoll noch lange nicht ratifizieren wird.

VI. Bewertung

38 Die Konventionsorgane wollen mit ihrer Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK die *gewachsene Macht der Exekutive* bändigen. Die im modernen Sozial- und Interventionsstaat vielfach erforderlichen Eingriffe, Genehmigungen und die im breiten Umfang erbrachten staatlichen Leistungen machen Konflikte zwischen Individuum und Staat oder zwischen Individuen häufiger. Der einzelne ist immer mehr auf staatliche Leistungen angewiesen; deren Verweigerung wirkt einschneidend. Aus diesem Grund wird der Bedarf einer effektiven Gerichtskontrolle solcher Verwaltungshandlungen entsprechend

⁶⁵⁴ Vgl. N. 1/13.

⁶⁵⁵ Vgl. N. 7/31.

⁶⁵⁶ Vgl. N. 24/2.

grösser⁶⁵⁷. Bei der theoretischen Begründung der Verwaltungsgerichtsbarkeit spielt das Argument einer Machtbändigung bis heute eine grosse Rolle⁶⁵⁸.

39 Art. 6 EMRK ist in öffentlichrechtlichen Materien anwendbar, wenn "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" betroffen sind. Als solche "zivilen" Rechte im Verhältnis zwischen individuellem und Gemeinwesen sind nun gerade das Recht auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK), wirtschaftliche Grundrechte wie die *Eigentumsgarantie*, die Freiheit privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit sowie das *Recht auf soziale Sicherheit* anerkannt⁶⁵⁹. In der /132 Konvention sind diese Rechte nur teilweise als solche gewährleistet. Sie sind indes im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 EMRK wirksam: Es handelt sich gewissermassen um "leere Hülsen, die aber von einem wirksamen Mantel von Verfahrensrechten umgeben sind"⁶⁶⁰. Die Konvention wird auf diese Weise um die persönlichen, wirtschaftlichen und sozialen ("Hülsen"- oder Verfahrens-) Freiheiten vervollständigt. Es handelt sich gerade um *Gegenstücke* zu "bloss" *inhaltlich verstandenen Grundrechten*. Art. 6 Abs. 1 EMRK wird damit sozusagen zu einem "*verkleinerten Spiegelbild*" der Europäischen Menschenrechtskonvention als Ganzes.

40 Der Gerichtshof liess sich bei seiner allmählichen Ausdehnung des Anwendungsbereiches von Art. 6 EMRK von der bedeutsamen Idee der *Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen auf das öffentliche Recht* leiten. In den Urteilen Ringeisen und König hatte er immer auch die potentielle Beeinträchtigung der privatrechtlichen Rechtsbeziehungen in seine Überlegungen miteinbezogen⁶⁶¹. Zusätzlich wurde der öffentlichrechtliche Aspekt herangezogen, genauer die grundrechtliche Beziehung zwischen Beschwerdeführer und Staat. In den späteren Urteilen liess der Gerichtshof die potentielle oder tatsächliche Beeinträchtigung der privatrechtlichen Rechtsbeziehungen immer mehr fallen bis er im Urteil Schouten und Meldrum die ursprüngliche Argumentationsweise wieder

⁶⁵⁷ Vgl. B 9384/81 Deumeland, EGMR/B 83, S. 22, §§ 55-57; B 8562/79, Feldbrugge, EGMR/B 82, S. 25, §§ 99-101; B 8848/80, Benthem, EGMR/B 80, S. 35, §§ 92 f.

⁶⁵⁸ Vgl. N. 2/5 f. und N. 17/3 ff.

⁶⁵⁹ Vgl. N. 10/13 ff., 10/18 ff., 10/22.

⁶⁶⁰ Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 53.

⁶⁶¹ Vgl. N. 10/14.

aufnahm. Damit wird wohl die Ausdehnung des Anwendungsbereiches von Art. 6 Abs. 1 EMRK *vorläufig* abgeschlossen sein. Mit diesem Vorgehen sind die *privatrechtsrelevanten* Grundrechte in den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK gelangt. Diese Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen auf das öffentliche Recht ist alt; im 18. und 19. Jahrhundert führte die Fiskustheorie zur "Erweiterung des Rechtsweges" und damit zu einer gerichtlichen Beurteilung von vermögensrechtlichen Streitsachen zwischen Individuum und Staat⁶⁶².

41 Die Rechtsprechung der Konventionsorgane zu Art. 6 Abs. 1 EMRK erinnert stark an die Rechtsstaatbewegung um Otto Bähr⁶⁶³. Die stark gewachsene Macht der Exekutive soll mit einer Übertragung privatrechtlichen Rechtsschutzdenkens *verfahrensrechtlich limitiert* werden. Die Überlegungen von Otto Bähr werden damit auf europäischem Niveau ein rundes Jahrhundert **/133** später erneut aktiviert⁶⁶⁴. Bei der theoretischen Begründung eines grundsätzlichen Gerichtsschutzes gegen die öffentliche Verwaltung wird diese *verfahrensrechtliche Kontrolle von exekutivischer Machtausübung* im Zentrum der Gedankenführung stehen⁶⁶⁵. **/134**

⁶⁶² Vgl. N. 17/22.

⁶⁶³ Vgl. N. 2/5 f., 17/21 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. zum Rechtsschutzdenken in der Europäischen Union N. 12/1 ff., insb. 12/4.

⁶⁶⁵ Vgl. N. 17/1 ff.

§ 11. Konventionsrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Haftkontrolle (Art. 5 Abs. 4 EMRK und 9 Abs. 4 CCPR)

I. Grundlagen

1. Systematik des Art. 5 EMRK

1 Art. 5 Abs. 1 EMRK lässt Freiheitsentziehungen unter den drei Voraussetzungen zu, dass eine (materielle) gesetzliche Grundlage, ein gesetzmässiges Verfahren und einer der besonderen Haftgründe gemäss lit. a bis f gegeben sind⁶⁶⁶. Art. 5 Abs. 1 lit. a bis f EMRK⁶⁶⁷ zählt die Haftgründe abschliessend auf, bei deren Vorliegen eine Freiheitsentziehung zulässig ist⁶⁶⁸. Der von Art. 5 Abs. 4 EMRK garantierte Zugang zum Haftrichter ist nicht davon abhängig, ob der Freiheitsentzug rechtmässig ist oder nicht⁶⁶⁹. Vielmehr muss *jeder Tatbestand einer Freiheitsentziehung richterlicher Kontrolle unterliegen*⁶⁷⁰. Art. 5 Abs. 4 EMRK ist eine *selbständige* Verfahrensgarantie⁶⁷¹.

⁶⁶⁶ Trechsel, Garantie 518; Trechsel, Freiheit 188 f.; Trechsel, Liberty 291.

⁶⁶⁷ Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK kann als besondere Rechtsweggarantie angesprochen werden (so Schubarth, Strafprozessrecht 471). Diese Bestimmung gestattet die Freiheitsentziehung nach der Verurteilung durch ein zuständiges *Gericht* (vgl. Urteil Drozd and Janousek, EGMR/A 240, §§ 108 ff., insb. § 110). Sie ist auf jede Freiheitsentziehung anwendbar, die das interne Recht als strafrechtlich oder disziplinarisch qualifiziert, vgl. Urteil Engel a. o., EGMR/A 22, § 68; B 7341/76 Eggs c. Suisse, DR 15, 35, §§ 64, 73-76; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 38 ff., insb. N. 38, 46 zu Art. 5 EMRK; van Dijk/van Hoof, Convention 256; Schubarth, Strafprozessrecht 482.

⁶⁶⁸ Vgl. Urteil Ireland v. United Kingdom, EGMR/A 25, § 194.

⁶⁶⁹ Vgl. van Dijk/van Hoof, Convention 284 f. m.w.H.; Nowak, Kommentar, N. 43 zu Art. 9 CCPR; Raymond, Convention 55.

⁶⁷⁰ Vgl. Eissen, Case-law 27 m.w.H.; Urteil Kolompar, EGMR/A 235-C, § 45.

⁶⁷¹ Vgl. Trechsel, Liberty 319.

2 Art. 5 Abs. 2-4 EMRK gewähren dem Inhaftierten besondere Rechte, dabei ist Abs. 3 nur auf Untersuchungshäftlinge gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK anwendbar⁶⁷². Die beiden Garantien von Art. 5 Abs. 3 und 5 Abs. 4 EMRK finden nebeneinander Anwendung, weil diejenige von Art. 5 Abs. 4 von /135 anderer Qualität als diejenige von 5 Abs. 3 ist⁶⁷³. Für den Fall, dass jemand entgegen den Bestimmungen des Art. 5 EMRK von Festnahme oder Haft betroffen wurde, sieht Art. 5 Abs. 5 Schadenersatz vor⁶⁷⁴.

3 Mit der wirksamen Beschwerde an eine nationale Instanz gemäss Art. 13 EMRK kann eine Verletzung der Konvention gerügt werden. Diese zu Art. 5 Abs. 4 EMRK subsidiäre Garantie⁶⁷⁵ stellt *keine* Rechtsweggarantie dar, denn die nationale Instanz braucht kein Gericht zu sein⁶⁷⁶.

4 Die Strassburger Organe und das Bundesgericht haben in ihrer reichen Rechtsprechung viele Fragen geklärt und Art. 5 Abs. 4 EMRK zu einer mit "Zähnen bewehrten Garantie" gemacht. Im folgenden kann es nicht um eine vollständige Darlegung der Rechtsprechung zu Art. 5 EMRK gehen⁶⁷⁷; es sollen die für das Thema des Gerichtsschutzes gegen administrative Freiheitsentziehung bedeutsamen Aspekte herausgestellt werden. Die parallele Garantie des Art. 9 Abs. 4 CCPR wird im folgenden Abschnitt nicht besonders behandelt, da die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses nicht über die viel reichhaltigere und für die Schweiz wichtigere Rechtsprechung der EMRK-Konventionsorgane hinausgeht⁶⁷⁸.

⁶⁷² E 7317/75, *Lynas c. Suisse*, DR 6, 141.

⁶⁷³ Urteil *De Jong, Baljet und van den Brink*, EGMR/A 77, § 57 m.w.H.

⁶⁷⁴ Vgl. auch Art. 3 ZP 7 EMRK betreffend Entschädigung für strafrechtliche Fehlurteile.

⁶⁷⁵ Vgl. Frowein/Peukert, Kommentar, N. 7 zu Art. 13 EMRK; Trechsel, Einfluss 673; Hangartner, Recht 4.

⁶⁷⁶ Vgl. N. 10/4.

⁶⁷⁷ Vgl. Trechsel, *Liberty* 277 ff.

⁶⁷⁸ Vgl. Nowak, CCPR-Kommentar, N. 5 (zu Unterschieden) und N. 43 zu Art. 9 CCPR.

2. Ziel und Schutzobjekt des Art. 5 Abs. 4 EMRK

5 Art. 5 Abs. 4 EMRK bestimmt:

"Jedermann, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen wird, hat das Recht, ein Verfahren zu beantragen, in dem von einem Gericht raschmöglichst über die Rechtmässigkeit der Haft entschieden wird und im Fall der Widerrechtlichkeit seine Entlassung angeordnet wird".

Diese Bestimmung ist dem alten anglo-sächsischen Rechtsgrundsatz "*habeas corpus*"⁶⁷⁹ nachgebildet. Art. 5 Abs. 4 EMRK normiert für den engen, aber **/136** wichtigen *Sachverhalt der Freiheitsentziehung eine Rechtsweggarantie*⁶⁸⁰. Die Kantonsverfassungen jüngeren Datums haben teilweise ein Recht auf gerichtliche Haftkontrolle aufgenommen⁶⁸¹, das von Art. 5 EMRK beeinflusst ist, aber keine weitergehenden Garantien enthält⁶⁸².

6 Art. 5 EMRK garantiert die persönliche Freiheit im Sinne von räumlicher Bewegungsfreiheit⁶⁸³. Diese Vorschrift schützt jeden Menschen⁶⁸⁴ vor *willkürlicher* Festnahme und Haft⁶⁸⁵, indem die Voraussetzungen einer zulässigen Freiheitsentziehung abschliessend festgeschrieben werden. Dabei

⁶⁷⁹ Vgl. Trechsel, Garantie 514; Trechsel, Kommentar, N. 5 zu Vor Art. 42 StGB; Trechsel, Einfluss 688; Trechsel, Liberty 319; Villiger, Handbuch 215; Nowak, Kommentar, N. 43 zu Art. 9 CCPR-Pakt; van Dijk/van Hoof, Convention 284; Raymond, Convention 58; Dicey, Introduction 199 und dazu N. 15/25.

⁶⁸⁰ Vgl. Nowak, Kommentar, N. 14 zu Art. 9 CCPR.

⁶⁸¹ Vgl. z.B. Art. 10 Abs. 1 KV JU; § 9 Abs. 4 KV BL; Art. 19 Abs. 3 KV SO; § 23 Abs. 1 KV AG; Art. 12 Abs. 1 KV GE, Art. 25 Abs. 3 KV BE, vgl. aber die konventionswidrige Ausnahme in Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a, c, d KV GE und dazu Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 11 f.

⁶⁸² Ausnahme: Art. 10 Abs. 1 KV JU (Haftprüfung innert 24 Stunden).

⁶⁸³ Vgl. Urteil Engel a.o, EGMR/A 22, § 58; Trechsel, Liberty 282, 285 ff.; Trechsel, Garantie 515 ff., Trechsel, Freiheit 180 ff.; van Dijk/van Hoof, Convention 252.

⁶⁸⁴ So auch Minderjährige, vgl. Urteil Nielsen, EGMR/A 144, § 58, soweit der Inhaber der elterlichen Gewalt einer Anstaltsunterbringung zustimmt, ist Art. 5 allerdings nicht anwendbar (§ 73); van Dijk/van Hoof, Convention 254.

⁶⁸⁵ Urteil Engel, EGMR/A 22, § 58; Urteil Guzzardi, EGMR/A 39, § 92; Urteil Herczegfalvy, EGMR/A 244, § 75; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 1 zu Art. 5 EMRK; van Dijk/van Hoof, Convention 252.

kommt der *hinreichenden Gerichtskontrolle von verwaltungsbehördlichen Freiheitsentziehungen* eine zentrale Bedeutung zu.

3. Freiheitsentziehung durch Verwaltungsbehörde oder Gericht

7 Wird die *Haft von einer Verwaltungsbehörde* angeordnet, so muss die unbedingte, *von keiner Beschwerdefrist* abhängige Möglichkeit bestehen, dass der Verhaftete während der Haftdauer⁶⁸⁶ an ein Haftprüfungsgericht gelangen kann⁶⁸⁷. Die Gerichtsschutzgarantie gegen einen Freiheitsentzug ist wie alle Rechtsweggarantien in dieser Konstellation eine Weiterzugsgarantie⁶⁸⁸. /137

8 In den belgischen Landstreicherfällen⁶⁸⁹ hatte der Gerichtshof festgehalten, dass Art. 5 Abs. 4 EMRK die Vertragsstaaten dazu verpflichte, ein gerichtliches Klagerecht für eine inhaftierte Person zur Verfügung zu stellen, wenn die Inhaftierung durch eine Verwaltungsbehörde getroffen wird. Es spreche jedoch nichts dafür, dass dies auch gelte, wenn ein Gericht diese Entscheidung treffe. In diesem Falle sei die von Art. 5 Abs. 4 EMRK verlangte gerichtliche Rechtskontrolle über die Freiheitsentziehung im Anordnungsentscheid enthalten ("Inkorporationstheorie")⁶⁹⁰. Ein Strafurteil könne auf dem Umweg über Art. 5 Abs. 4 EMRK nicht mehr in Frage gestellt werden⁶⁹¹.

⁶⁸⁶ Nach der Haftentlassung besteht kein Anspruch auf Haftprüfung mehr, vgl. E 9403/81, DR 28, 235, ausser es gehe um die Frage, ob der Haftrichter raschmöglichst entschieden hat, vgl. van Dijk/van Hoof, Convention 284 m.w.H.

⁶⁸⁷ Vgl. Villiger, Handbuch 216; Frowein/Peukert, Kommentar N. 117 zu Art. 5 EMRK.

⁶⁸⁸ Vgl. N. 1/2.

⁶⁸⁹ Urteil De Wilde, Ooms und Versyp, EGMR/A 12, § 76; Urteil Luberti, EGMR/A 75, §§ 31, 34; Eissen, Case-law 27 f.

⁶⁹⁰ Vgl. N. 11/12. Diese Auslegung widerspricht freilich dem englischen und französischen Originaltext, der davon spricht, dass der Inhaftierte das Recht habe, ein entsprechendes Verfahren zu *beantragen*, vgl. Trechsel, Liberty 322; Trechsel, Garantie 529; Trechsel, Freiheit 232 ff.; Schubarth, Strafprozessrecht 483; van Dijk/van Hoof, Convention 285.

⁶⁹¹ Vgl. Trechsel, Liberty 320; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 117 zu Art. 5 EMRK.

9 Das *Haftprüfungsgericht* braucht nicht in die herkömmliche Gerichtsorganisation integriert zu sein⁶⁹². Wie im Falle des Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährt die Konvention keinen Anspruch auf eine bestimmte Gerichtsorganisation oder auf einen bestimmten Verfahrensweg⁶⁹³. Der Begriff des "Gerichtes" dient der Bezeichnung von Spruchkörpern, die von der Exekutive und den Streitparteien eines Falles unabhängig sind und im Hinblick auf die in Frage stehende Freiheitsentziehung *angemessene Garantien eines gerichtlichen Verfahrens gewährleisten*⁶⁹⁴. /138

4. Unmittelbare Anwendbarkeit (Hinweis)

10 Die Konventionsorgane⁶⁹⁵, aber auch das Bundesgericht⁶⁹⁶ haben keinen Zweifel daran gelassen, dass Art. 5 Abs. 4 EMRK eine *unmittelbar anwendbare* Verfahrensgarantie darstellt⁶⁹⁷.

II. Anforderungen an das gerichtliche Haftprüfungsverfahren

1. Effektive Verfahrensgarantien

11 Die Freiheitsentziehung ist eine für den Betroffenen schwerwiegende Massnahme; der Gerichtszugang muss daher *effektiv*⁶⁹⁸ ausgestaltet sein. Aus

⁶⁹² Urteil Weeks, EGMR/A 114, § 61.

⁶⁹³ BGE 108 Ia 186; Urteil De Wilde, Ooms und Versyp, EGMR/A 12/14, §§ 76 und 78; Urteil X. v. United Kingdom, EGMR/A 46, § 53.

⁶⁹⁴ Vgl. Urteil De Wilde, Ooms and Versyp, EGMR/A 12, § 76; Urteil X. v. United Kingdom, EGMR/A 46, § 53; Urteil Neumeister, EGMR/A 8, § 24 der Entscheidungsgründe, S. 44; Trechsel, Liberty 326 f.; Villiger, Handbuch 218 ff.; van Dijk/van Hoof, Convention 288; Eissen, Case-law 30 f.; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 120 zu Art. 5 EMRK. Vgl. den Grenzfall einer Kommission zur Begutachtung von Geisteskranken, B 6859/74, X. v. Belgien, DR 3, 139.

⁶⁹⁵ Vgl. Wildhaber, IntKom, N. 21 zu Art. 3 ZP 1 EMRK; vgl. auch Urteil Irland v. Grossbritannien, EGMR/A 25, § 239; Villiger, Handbuch 38.

⁶⁹⁶ Vgl. z.B. 116 Ia 60, 115 Ia 64.

⁶⁹⁷ Vgl. allgemein N. 20/5.

⁶⁹⁸ Urteil Van Droogenbroeck, EGMR/A 50, § 54, vgl. N. 1/16 ff.

diesem Grunde ist es mit einem Gerichtszugang allein nicht getan, vielmehr gelten zusätzlich die aus einem kontradiktorischen Verfahren abgeleiteten Grundsätze, namentlich rechtliches Gehör, Recht auf Akteneinsicht und die Waffengleichheit zur freiheitsentziehenden Behörde⁶⁹⁹. Im Vergleich zu sonstigen Gerichtsverfahren unterliegt die Verfahrensdauer strengen Anforderungen.

2. Erneute Gerichtskontrolle in vernünftigen Zeitabständen

12 Der Gerichtshof hat die "*Inkorporationstheorie*"⁷⁰⁰ in einer Reihe von Urteilen, wo es um die bedingte Entlassung aus Straf- und Sicherheitshaft ging, modifiziert. Ergeben sich in der nach dem Urteil folgenden Haftperiode neue, tatsächliche Umstände, welche die Rechtmässigkeit der Haft berühren⁷⁰¹, so lebt die von Art. 5 Abs. 4 EMRK geforderte Gerichtskontrolle wieder auf. Diese veränderten Umstände sind insbesondere bei der Freiheits-/139 entziehung von Geisteskranken⁷⁰² (Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK) oder bei Untersuchungsgefangenen⁷⁰³ gegeben. Sogar die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe durch ein zuständiges Gericht gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK schliesst das Recht auf eine spätere gerichtliche Haftkontrolle gemäss Art. 5 Abs. 4 EMRK nicht aus⁷⁰⁴. Entscheidend ist nicht die Haftkategorie nach Art. 5 Abs. 1 EMRK, sondern vielmehr Natur und Zweck der Haft. Sind alle Elemente einer Haft durch das ursprüngliche Gerichtsurteil "abgedeckt", so

⁶⁹⁹ Die aus Art. 5 Abs. 4 EMRK "abgeleiteten" Verfahrensgrundsätze können nicht ausführlich behandelt werden, vgl. dazu Trechsel, Liberty 326 ff.; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 120 ff. zu Art. 5 EMRK; Eissen, Case-law 27 ff.

⁷⁰⁰ Vgl. N. 11/8.

⁷⁰¹ Vgl. Urteil Weeks, EGMR/A 114, § 56; Urteil Thynne, Wilson und Gunnell, EGMR/A 190-A, § 68; Eissen, Case-law 28 f.

⁷⁰² Vgl. Urteil E. v. Norway, EGMR/A 181-A, § 50 m.w.H., Urteil X. v. UK, EGMR/A 46, § 52. Siehe zum Begriff der Geisteskrankheit: van Dijk/van Hoof, Convention 267 m.w.H.

⁷⁰³ Vgl. Urteil Bezicheri, EGMR/A 164, § 21, wo der Gerichtshof ein "interval of one month is not unreasonable" ansah; vgl. Frowein/Peukert, Kommentar, N. 119 zu Art. 5 EMRK; van Dijk/van Hoof, Convention 287 f.

⁷⁰⁴ Vgl. Urteil Van Droogenbroeck, EGMR/A 50, § 44-49; Urteil Weeks, EGMR/A 114, § 55-59; Urteil E. v. Norway, EGMR/A 181-A, § 50; Urteil Thynne, Wilson, Gunnell, EGMR/A 190-A, § 69.

bleibt das Recht auf gerichtliche Haftkontrolle in der ursprünglichen Gerichtsentscheidung inkorporiert. Dies trifft zweifellos bei kürzerfristigen Freiheitsstrafen zu, die vom verurteilten Täter ohne jede Möglichkeit vorzeitiger Entlassung, verbüsst werden müssen. Die Haft beruht auf einem "stabilen", *reinen Strafelement*.

13 Beruht die Haft jedoch neben dem Strafelement auch auf einem *wandelbaren Element* (Sicherung der Öffentlichkeit vor gefährlichen Tätern⁷⁰⁵, Geisteskrankheit⁷⁰⁶, charakterliche und psychische Instabilität⁷⁰⁷), so bleiben nach Ablauf der Strafzeit diese veränderlichen Haftgründe übrig, die sich in einer Weise ändern können, dass sie als weggefallen anzusehen sind⁷⁰⁸. Auch bei der Untersuchungshaft können nach der erstmaligen Haftanordnung wegen einer neuen Beweislage und veränderter Umstände die Haftgründe Flucht- und Kollusionsgefahr oder gar der Tatverdacht entfallen⁷⁰⁹. In diesen Fällen würde es dem Sinn von Art. 5 Abs. 4 EMRK widersprechen, eine gerichtliche Überprüfung wegen einer "Inkorporation" in einem früheren Gerichtsbeschluss oder -urteil auszuschliessen. Vielmehr ist es notwendig, dass die /140 Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung *in vernünftigen Abständen* ("reasonable intervals" bzw. "intervalles raisonnables"⁷¹⁰) gerichtlich überprüft werden kann.

14 Der zu langer Haft Verurteilte hat auch nach mehreren Jahren keinen Anspruch auf eine gerichtliche Kontrolle, ob eine gnadenweise Haftentlassung zu gewähren sei⁷¹¹. Art. 5 Abs. 4 EMRK wollte das den

⁷⁰⁵ Vgl. Urteil Van Droogenbroeck, EGMR/A 50, § 49.

⁷⁰⁶ Vgl. Urteil X. v. United Kingdom, EGMR/A 46, § 52; vgl. Urteil Luberti, EGMR/A 75, § 27 zu den Voraussetzungen, damit eine Person als geisteskrank i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK angesehen werden kann.

⁷⁰⁷ Vgl. Urteil Thynne, Wilson, Gunnell, EGMR/A 190-A, § 70.

⁷⁰⁸ Vgl. Urteil X. v. United Kingdom, EGMR/A 46, § 57 f.; Urteil Van Droogenbroeck, EGMR/A 50, § 49.

⁷⁰⁹ Vgl. Urteil Bezicheri, EGMR/A 164, § 21; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 119 zu Art. 5 EMRK.

⁷¹⁰ Vgl. Urteil Winterwerp, EGMR/A 33, § 55; Urteil X. v. United Kingdom, EGMR/A 46, § 52; Urteil Thynne, Wilson and Gunnell, EGMR/A 190-A, §§ 70-76; Urteil Megyeri, EGMR/A 237-A, § 22; Urteil Herczegfalvy, EGMR/A 244, § 75; Urteil des Waadtländer Kantonsgerichtes vom 25.2.1991, JdT 1991 III 109 ff., E. 3 (S. 114).

⁷¹¹ Vgl. E 9089/80, X. v. United Kingdom, DR 24, 227.

Staaten zustehende gerichtsfreie Gnadenrecht nicht einer Justizkontrolle unterwerfen. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob mit dem Widerruf einer bedingten Begnadigung durch eine Verwaltungsbehörde eine erneute gerichtliche Haftkontrolle gemäss Art. 5 Abs. 4 EMRK notwendig wird. Sie ähnelt dem Widerruf der bedingten Entlassung aus einer Freiheitsstrafe durch die zuständige Behörde. Dort zeichnet sich deutlich die Tendenz ab, dass der verbleibende Spielraum der Entscheidbehörde eine erneute Gerichtskontrolle fordert⁷¹²; der Widerruf kann nicht mehr im ursprünglichen Strafurteil inkorporiert angesehen werden⁷¹³. Mit dieser Begründung müsste auch der Widerruf einer Begnadigung erneut vor den Richter gebracht werden können. Einer solchen Betrachtungsweise steht allein die besondere Natur des Gnadenrechts im Wege⁷¹⁴.

3. Kognition

15 Die Kontrolldichte ist von entscheidender Bedeutung, wenn die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde geprüft werden soll oder wenn eine erneute gerichtliche Haftprüfung in "vernünftigen Zeitabständen" erforderlich wird⁷¹⁵. Art. 5 Abs. 4 EMRK garantiert nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht ein Recht auf richterliche Überprüfung der Gesetzmässigkeit aller Gesichtspunkte und Einzelheiten der Haft. Das überprüfende Gericht muss nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Behörde setzen können, welche die ursprüngliche Freiheitsentziehung erlassen hat. Die Überprüfung sollte jedoch umfassend genug sein und die *Überprüfung der /141 Bedingungen erlauben, die nach der Konvention und der innerstaatlichen Rechtsgrundlage für die Recht- und Gesetzmässigkeit der Freiheitsentziehung unerlässlich sind*⁷¹⁶. Dies gilt insbesondere für diejenigen

⁷¹² Vgl. N. 11/19 ff., insb. N. 11/22 und BVerfGE 30, 108 ff.

⁷¹³ A.A. BGE 118 Ia 108.

⁷¹⁴ Vgl. N. 18/19 ff.

⁷¹⁵ Vgl. N. 11/12 ff.

⁷¹⁶ Vgl. Urteil Toth, EGMR/A 224, § 87; Urteil Ashingdane, EGMR/A 93, § 52; Urteil Van Droogenbroeck, EGMR/A 50, § 49; BGE 115 Ia 63; Trechsel, Liberty 325 Anm. 314 m.w.H. Mit dieser Rechtsprechung kaum zu vereinbaren ist das widersprüchliche Urteil E. v. Norway, EGMR/A 181-A, §§ 50 (bisherige Rechtsprechung) und 60 (eine reine Willkürprüfung soll dem Art. 5 Abs. 4 EMRK genügen), vgl. Trechsel, Liberty 325.

Umstände (etwa "Geisteskrankheit" oder "Rückfalltäter"), die ursprünglich eine Festnahme gerechtfertigt haben, die sich nun aber im Verlaufe der Haftzeit ändern können. Aus diesem Grunde dürfen die für die Haft entscheidenden *unbestimmten Rechtsbegriffe* der Verwaltungsbehörde kein gerichtlich unüberprüfbares Beurteilungsermessen verschaffen⁷¹⁷. Das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren kann ein fehlendes gerichtliches Haftprüfungsverfahren grundsätzlich nicht ersetzen, da das Bundesgericht keine dafür hinreichende Überprüfungscompetenz besitzt⁷¹⁸.

4. Entscheidbefugnis

16 Der den Erfordernissen des Art. 5 Abs. 4 EMRK genügende Spruchkörper muss auch eine hinreichende Entscheidungskompetenz besitzen. Er darf nicht bloss beratende Funktion haben; vielmehr muss er befugt sein, über die Rechtmässigkeit der Haft zu entscheiden und, wenn er diese Frage verneint, reformatorisch die Entlassung der inhaftierten Person anzuordnen⁷¹⁹. Der Richterspruch muss anschliessend unmittelbar vollzogen werden können.

5. Geltung für den Instanzenzug

17 Art. 5 Abs. 4 EMRK begnügt sich damit, dass eine einzige gerichtliche Instanz die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung prüft. Die Vertragsstaaten sind nicht verpflichtet, eine zweite oder gar dritte Instanz für die Prüfung von Haftentlassungsanträgen einzurichten⁷²⁰. Wenn ein Staat jedoch ein /142 solches System schafft, so muss er im oberinstanzlichen Verfahren - hinsichtlich eines gerichtsförmigen, kontradiktorischen und raschen Verfahrens - die gleichen Garantien wie in der ersten Instanz gewähren⁷²¹. Art. 5 Abs. 4

⁷¹⁷ Vgl. N. 18/25 ff. zu den unbestimmten Rechtsbegriffen.

⁷¹⁸ Vgl. N. 7/31. Das Urteil E. v. Norway, EGMR/A 181-A, § 60, wonach eine Willkürprüfung genügen soll, ist nicht massgebend, vgl. Trechsel, Liberty 325.

⁷¹⁹ Vgl. Urteil Weeks, EGMR/A 114, § 61; Urteil E. v. Norway, EGMR/A 181-A, § 61; Eissen, Case-law 31 m.w.H.; Trechsel, Liberty 327.

⁷²⁰ Vgl. z.B. Trechsel, Liberty 332 m.w.H.; Villiger, Handbuch 218.

⁷²¹ Vgl. Urteil Toth, EGMR/A 224, § 84, das ohne Präjudiz ergangen war. Das Urteil Toth verweist in § 84 zwar auf die Urteile Ekbatani, EGMR/A 134, § 24 Delcourt, EGMR/A

EMRK ist damit auf alle hafrichterlichen Instanzen anwendbar. Es ist offen, ob die Überprüfungsbefugnis der oberen Gerichte entsprechend ihrer Funktion vermindert sein darf, wie dies bei Art. 6 Abs. 1 EMRK als zulässig angesehen wird⁷²².

18 Mit dem Anspruch auf einen "raschmöglichen" Entscheid ist es nicht vereinbar, wenn ein um Entlassung ersuchender Inhaftierter zunächst einen mehrstufigen Verwaltungsweg durchlaufen muss, bis er zu einer gerichtlichen Haftprüfung gelangt. Ein gerichtlicher Entscheid dürfte bereits bei einem zweistufigen, vorausgehenden Verwaltungsverfahren nicht mehr "raschmöglichst" erfolgen; das Beschleunigungsgebot des Art. 5 Abs. 4 EMRK ist verletzt⁷²³. /143

III. Sonderproblem: Bedingte Entlassung aus dem Straf- und Massnahmenvollzug

19 In aller Regel stellt die Tatsache, wonach nicht etwa Gerichtsvollzieher, sondern Verwaltungsorgane die Gerichtsurteile vollziehen⁷²⁴, keine Probleme. Die von der Rechtsweggarantie beim Richter monopolisierte Ent-

11, § 25, wo der Gerichtshof entschieden hat, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK auch auf den Instanzenzug anwendbar ist. Das Bundesgericht hat es demgegenüber kurz vor dem Urteil Toth abgelehnt (BGE 117 Ia 196 f.), die Verfahrensgarantien des Art. 5 Abs. 4 EMRK auch in der zweiten gerichtlichen Haftprüfungsinstanz gelten zu lassen.

⁷²² Vgl. N. 10/34.

⁷²³ Vgl. BGE 115 Ia 63; Trechsel, Liberty 330 f.; Trechsel, Freiheit 350; Schubarth, Strafprozessrecht 483. Bis zu BGE 115 Ia 63 existierte im Kanton Zürich überhaupt kein gerichtliches Haftprüfungsverfahren, vgl. Einführung durch Kreisschreiben, vgl. ZR 1988 Nr. 108, 109, 122 und mit § 24a im Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (Änderung vom 3.3.1991) wurde der Haftrichter "legalisiert". Vgl. zu den Auswirkungen im Kanton St. Gallen: ABl 1989 437. Der Gesetzgeber hat das St. Galler Kreisschreiben im IV. Nachtragsgesetz vom 29.6.1989 zum Gesetz über die Strafrechtspflege berücksichtigt, vgl. nGS 24-68.

⁷²⁴ So die Regelungen in der Schweiz: vgl. z.B. § 74 VRP AG; Art. 115 VRP BE; Art. 71 VRP FR; § 212 VRP LU; für die Zivil- und Strafrechtspflege gilt dasselbe: vgl. z.B. Art. 295 st. gallisches Zivilprozessgesetz vom 20.12.1990, sGS 961.2; Art. 218 ff. und Art. 307 st. gallisches Strafrechtspflegegesetz vom 9.8.1954, sGS 962.1.

scheidung bliebe indes unvollkommen, wenn die Exekutive ein missliebiges Urteil nicht vollstrecken oder anders vollstrecken würde als im Dispositiv angeordnet⁷²⁵.

20 Das materielle Strafrecht sieht mit der *bedingten oder probeweisen Entlassung* aus dem Straf- und Massnahmenvollzug eine solche Intervention einer Verwaltungsbehörde vor, die das Gerichtsurteil *faktisch abändert*⁷²⁶. Für den Betroffenen wirkt sich freilich nicht die Entlassung, sondern die *Zurückbehaltung* trotz gegebener Entlassungsgründe und die *Rückversetzung* in den Strafvollzug bzw. die Massnahme einschneidend aus.

21 Das Problem lässt sich am Beispiel des Falles Christinet gegen die Schweiz⁷²⁷ illustrieren. Der vielfach vorbestrafte Beschwerdeführer wurde als Gewohnheitsverbrecher gemäss Art. 42 StGB verwahrt. Nach einer bedingten Entlassung beging er in der Probezeit gewerbsmässigen Diebstahl und wurde zu sieben Monaten Gefängnis verurteilt. Die zuständige Verwaltungsbehörde verfügte in der Folge die Rückversetzung in die Verwahrung. Der Beschwerdeführer sah durch diese Rückversetzung in die Verwahrung den /144 Art. 5 Abs. 1 lit. a und 5 Abs. 4 EMRK verletzt an, weil er aufgrund der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, und nicht eines Gerichts, inhaftiert sei. Die gegen die Rückversetzung erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Bundesgericht ab.

22 Die Kommission für Menschenrechte erklärte die Beschwerde für zulässig, sah aber in ihrem Bericht die Konvention nicht als verletzt an. Nach ihrer Ansicht stützte sich die erneute Verwahrung auf ein Gerichtsurteil gemäss

⁷²⁵ Zu derartigen Interventionen der Exekutive gegen die richterliche Unabhängigkeit ist es bislang stets wegen aussenpolitischer Widerstände gegen missliebige Urteile - betreffend Grundstückerwerb durch Personen im Ausland - gekommen, so 1974 im Fextal-Urteil des Bundesgerichts: vgl. Hangartner Yvo, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, ZBl 1975 1 ff. zum aufsichtsrechtlichen, aber unzulässigen Vorgehen des Bundesrates gegen das Bündner Verwaltungsgericht, vgl. ZBl 1974 529 ff. 1992 wies der Bundesrat den Kanton Graubünden betreffend dieselbe Materie an, ein Bundesgerichtsurteil nicht zu vollstrecken, vgl. Schöbi Felix, Bemerkungen zum Streit um die "Lex Friedrich", Recht 1993 12 ff.

⁷²⁶ Vgl. Art. 38 und 45 StGB.

⁷²⁷ E 7648/76, Christinet, DR 11, 175 und B 7648/76 DR 17, 35; VPB 1983 Nr. 79, 80, 228; vgl. den ähnlich gelagerten E 7629/76, Krzycki, DR 9, 175 und B 7629/76, DR 13, 57.

Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK⁷²⁸ ab. Sie hat im Falle Christinet die zahlreichen Rückversetzungen in die Verwahrung als "mesure d'exécution d'une décision judiciaire antérieure"⁷²⁹ angesehen. Die Frage nach einer erforderlichen, neuen gerichtlichen Kontrolle gemäss Art. 5 Abs. 4 EMRK liess sie offen, da mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ein genügender Gerichtszugang offen stand. Das Ministerkomitee wies in der Sitzung vom 29.11.1979 die Beschwerde ab⁷³⁰. Nach *heutiger Auffassung* bedarf die administrative Rückversetzung in den Straf- und Massnahmenvollzug unbedingt einer genügenden gerichtlichen Kontrolle gemäss Art. 5 Abs. 4 EMRK⁷³¹. Denn die Verwaltungsbehörde entscheidet in Anwendung gesetzlicher Bestimmungen und unbestimmter Rechtsbegriffe autonom und unter eigener Einschätzung der Sachlage. Der Entlassungs- bzw. Rückversetzungsentscheid ist keineswegs in der ursprünglichen Haftanordnung "inkorporiert".

23 Das Problem des Falles Christinet wird nun einer hinreichenden Lösung zugeführt. Der allenfalls verwaltungsbehördliche Entscheid über die bedingte Entlassung bzw. über Rückversetzung und Ersatzmassnahmen unterliegt stets /145 der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht⁷³². Der neue Art. 98a OG verpflichtet die Kantone in diesen Fällen, eine kantonale Ge-

⁷²⁸ Vgl. N. 11/1.

⁷²⁹ B 7648/75, DR 17, 35, § 36.

⁷³⁰ Vgl. Résolution DH (79) 9, DR 17, 46 oder VPB 1983 Nr. 228; vgl. auch BGE 106 IV 156 f.

⁷³¹ Es ist mehrfach gefordert worden, dass diese Entscheide vollumfänglich in die richterliche Zuständigkeit gelegt werden sollten: Trechsel, Kommentar, N. 5 zu vor Art. 42 StGB und N. 8 zu Art. 45 StGB (anders noch Trechsel, Garantie 522); zumindest fragend BGE 117 Ia 280; Raymond, Convention 42 f., 58; Extraits des principaux arrêts rendus par les divers sections du Tribunal Cantonal de l'Etat de Fribourg 1979, S. 104 f.; nach dem Tribunal cantonal des Kantons Waadt eröffnet Art. 5 Abs. 4 EMRK entgegen Art. 42 Ziff. 5 StGB für den Inhaftierten einen direkten Zugang zum Richter, ohne dass vorgängig noch eine Verwaltungsbehörde eingeschaltet werden darf, vgl. das Urteil vom 25.2.1991, JdT 1991 III 109 ff.; Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, AT II, Bern 1989, S. 353; Hofmann Ueli, Die Verwahrung nach Art. 42 StGB, insbesondere in der Praxis der Ostschweizer Konkordatskantone, Diss. Zürich 1985, S. 168 ff.; in BGE 117 Ia 280 wurde die Frage nur aufgeworfen.

⁷³² Vgl. z.B. BGr v. 11.4.1978, VPB 1978 Nr. 88; BGE 115 IV 4, 101 Ib 454 f., 104 IV 282 f., 106 IV 332; Trechsel, Einfluss 691. Alle Vollzugsentscheide unterliegen letztinstanzlich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, vgl. BGE 119 IV 190.

richtsinstanz zur Verfügung zu stellen; ein genügend rascher und sogar zweistufiger Gerichtszugang wird damit erreichbar⁷³³. Freilich darf der erstinstanzlich verwaltungsbehördliche Entscheid wegen des Beschleunigungsgebots nicht über weitere verwaltungsinterne Stufen laufen, bis das gemäss Art. 98a OG zuständige Gericht erreicht werden kann⁷³⁴.

24 Die Thurgauer Ordnung genügt dem Art. 98a OG sowie dem Art. 5 Abs. 4 EMRK in vorbildlicher Weise. Als einzige Instanz entscheidet die Kriminalkammer - eine richterliche Behörde - über die Gewährung der bedingten Entlassung und deren Widerruf⁷³⁵. Deren Entscheid kann direkt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden⁷³⁶.

IV. Bewertung

25 Die dargestellte Rechtsprechung der Konventionsorgane zum Gerichtsschutz gegen exekutivische Freiheitsentziehungen zeigt einige bemerkenswerte Ergebnisse.

Es ist erstaunlich, dass im schweizerischen Recht *erst die Ratifikation der Konvention 1974 Anlass gab, eine gerichtliche Haftkontrolle einzuführen*.

Vorher /146 bestand in keiner Weise ein Habeas-Corpus-Verfahren zur Verfügung, obwohl Freiheitsentziehungen einen schwerwiegenden Eingriff

⁷³³ Was in manchen Kantonen bereits verwirklicht ist: Vgl. z.B. § 52 Ziff. 13 VRP AG, vgl. AGVE 1987 S. 219, 222; 1983, S. 155. Dabei überprüft das kantonale Verwaltungsgericht Sachverhalt, Rechtsfragen und die "Handhabung des Ermessens", vgl. § 56 Abs. 2 lit. g VRP AG.

⁷³⁴ Gl. A. Trechsel, Einfluss 691; a. A. Villiger, Handbuch 219. Im Urteil Sanchez-Reisse, EGMR/A 107 erachtete der Gerichtshof eine Zeitspanne von 21 bzw. 20 Tagen (vor dem Bundesamt für Polizeiwesen) und von 10 bzw. 26 Tagen (vor dem Bundesgericht) als übermässig (vgl. § 59 und 60). Im B 7648/76, Louis Christinet, DR 17, 35 ff., § 41 sah die Kommission den in 10 bzw. 16 Tagen ergangenen Bundesgerichtsentscheid als innerhalb eines "bref délai" an.

⁷³⁵ Vgl. § 36 Abs. 1 lit. a und b Thurgauer Gesetz über die Strafrechtspflege v. 30.6.70/5.11.91; vgl. z.B. Rechenschaftsbericht des Thurgauer Obergerichtes 1986 Nr. 20, vgl. Trechsel, Kommentar N. 5 zu vor Art. 42 StGB; Trechsel, Einfluss 691; Schultz, Bericht und Vorentwurf 210.

⁷³⁶ Vgl. z.B. BGE 115 IV 4.

darstellen. Das Bundesgericht hatte zwar die persönliche Freiheit im Sinn eines Rechts auf Bewegungsfreiheit und auf körperliche Unversehrtheit als ungeschriebenes Grundrecht des Bundes anerkannt. Den Anspruch auf gerichtliche Haftkontrolle sah es nicht als darin enthalten an⁷³⁷.

Nach der Ratifikation der Konvention hatte die Schweiz die "administrative Versorgung" den Erfordernissen des Art. 5 EMRK angepasst⁷³⁸. Der allgemeine Anspruch auf gerichtliche Haftkontrolle trat aber erst mit dem Rückzug des entsprechenden Vorbehaltes zu Art. 5 Abs. 4 EMRK am 1.1.1982 in Kraft⁷³⁹.

26 In bezug auf die *bundesstaatliche Zuständigkeit* für einen Art. 5 Abs. 4 EMRK genügenden Gerichtszugang zeigt sich eine föderal geteilte Verantwortlichkeit, da die Menschenrechte die bundesstaatliche Kompetenzverteilung nicht ändern⁷⁴⁰. In ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich betreffend die Freiheitsentziehung, z.B. aus strafprozessualen oder polizeilichen Motiven, müssen die Kantone für den Gerichtszugang sorgen. Denn die staatsrechtliche Beschwerde vermag den kantonal fehlenden Gerichtszugang nicht zu heilen⁷⁴¹. Beim Vollzug des Bundesrechts zeigt sich in Hinblick auf die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug eine bedeutsame Auswirkung des neuen Art. 98a OG. Da die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen steht, haben die Kantone gemäss Art. 98a OG eine gerichtliche Vorinstanz zur Verfügung zu stellen. Bei Art. 5 Abs. 4 EMRK ist dies besonders bedeutsam, weil es auf einen raschen Gerichtsschutz ankommt. Dieselbe Lösung ist übrigens auch bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung 1981 getroffen worden⁷⁴², als es darum ging, die "administrative Versorgung" dem Art. 5 EMRK anzupassen.

⁷³⁷ Hingegen hat das Bundesgericht bei Streitigkeiten betreffend Enteignungsentschädigungen einen solchen Gerichtsschutz abgeleitet, vgl. N. 5/2 ff.

⁷³⁸ Einfügung der Art. 397a ff. ZGB durch Ziff. I. des Bundesgesetzes vom 6.10.1978, in Kraft seit dem 1.1.1981, AS 1980 31, vgl. Kley-Struller, Privatrecht 137 insb. Anm. 1.

⁷³⁹ BBl 1982 II 749. Siehe zu diesem Vorbehalt: E 7397/76 Peyer c. Suisse, DR 11, 58 ff. (und EuGRZ 1981 126); Schubarth, Strafprozessrecht 484.

⁷⁴⁰ Vgl. N. 23/1 m.H.

⁷⁴¹ Vgl. N. 7/31.

⁷⁴² Vgl. Art. 397d ZGB; gegen den Entscheid des kantonalen Richters ist die Berufung gemäss Art. 44 lit. f OG ans Bundesgericht zulässig.

27 Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 EMRK ist im Hinblick auf *begleitende Verfahrensgarantien* dürr. Es ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof es nicht beim reinen Gerichtszugang bewenden liess, sondern in einer kreativen Rechtsprechung Anforderungen eines fairen und waffengleichen Verfahrens entwickelt hat. Die Verfahrensgarantien aus Art. 5 Abs. 4 nähern sich dem Gehalt des Art. 6 Abs. 1 EMRK an. Die Rechtsprechung der Konventionsorgane illustriert eindrücklich, dass die sich zunächst organisationsrechtlich auswirkende Rechtsweggarantie ohne begleitende Verfahrensgrundrechte nicht sinnvoll gedacht werden kann⁷⁴³. /148

⁷⁴³ Vgl. N. 1/17 und 20/10.

§ 12. Exkurs: Richterlicher Rechtsschutz in der Europäischen Union

1 Das Primärrecht der Europäischen Union enthält keine allgemeine Rechtsschutzgarantie⁷⁴⁴. Das Sekundärrecht sieht nur in einzelnen Bereichen, z.B. beim Diskriminierungsverbot⁷⁴⁵ oder bei den Submissionen⁷⁴⁶, ein gerichtliches Rechtsmittel vor. So muss der Entscheid der Verwaltung über den Zuschlag letztlich bei einer richterlicher Behörde anfechtbar sein

2 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat nun in seiner Rechtsprechung ungeschriebene Grundrechte, namentlich einen allgemeinen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verwaltung, anerkannt⁷⁴⁷. Die Begründung für diese Gerichtsschutzgarantie ist im Hinblick auf Art. 6 EMRK interessant. Der Gerichtshof hat ausgeführt, der in Art. 48 EWG-Vertrag verankerte Grundsatz der Freizügigkeit gebiete es, dem Arbeitnehmer beim Zugang zur Beschäftigung gerichtlichen Rechtsschutz gegen belastende Verfügungen zu gewähren und diese zu begründen. Dies sei ein Ausdruck eines allgemeinen *Rechtsgrundsatzes*, der den gemeinsamen Traditionen der Mitgliedländer zugrunde liege. Dann verwies der EU-Gerichtshof auf die Art. 6 und 13 EMRK und forderte, dass dieser Grundsatz auch im Unionsrecht zu beachten sei⁷⁴⁸. Der EU-Gerichtshof verlangt zumindest dort einen gericht-

⁷⁴⁴ Vgl. Schwarze, Kontrolle 208 f.

⁷⁴⁵ Vgl. Art. 6 der Richtlinie des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, 76/207/EWG. Diese Bestimmung ist - falls der Staat keine Ausführungsbestimmungen erlässt - unmittelbar anwendbar, vgl. EuGH, Urteil v. 15.5.1986, Nr. 222/84, Marguerite Johnston, Slg. 1986 S. 1651.

⁷⁴⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittelrichtlinien), 89/665/EWG; vgl. Kuoni Wolfram, Die Europakompatibilität des Bündner Submissionsrechtsschutzes - unter besonderer Berücksichtigung der EG-Rechtsmittelrichtlinie, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden 1992 8 ff.; Bock Christian, Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge: unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf das schweizerische Submissionsrecht, Diss. Basel 1983, S. 476 ff., insb. S. 486 ff.

⁷⁴⁷ Im Recht der EU spielen die ungeschriebenen Grundrechte, und namentlich die vom englischen Recht beeinflussten Verfahrensgarantien eine immer grössere Rolle, vgl. Schwarze, Kontrolle 243, 271 je m.w.H.

⁷⁴⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.5.1986, Rs. 222/84, Johnston, Slg. 1986 1651 und 1682, § 18; Urteil vom 15.10.1987, Rs. 222/86, Heylens, Slg. 1987 4097 und 4117 f., § 14 ff.; Urteil vom 7.5.1991, Rs. C-340/89, Vlassopoulou, Slg. 1991 I 2357, insb. S. 2385, § 22. Den allgemeinen Charakter der Rechtsweggarantie im Gemeinschaftsrecht legt namentlich das Urteil vom 23.4.1986, Rs. 294/83, Les Verts/Parlament, Slg. 1986 1339 ff., insb. S.

/149 lichen Rechtsschutz, wo dies auch die Konvention, namentlich Art. 6 Abs. 1 EMRK, gebietet.

3 Der EU-Gerichtshof hat berechtigterweise auf die Verfassungstraditionen in den Mitgliedstaaten hingewiesen; denn alle zwölf Mitgliedstaaten der Europäischen Union anerkennen einen grundrechtlich abgesicherten und lückenlosen Gerichtsschutz gegen die Verwaltung⁷⁴⁹. Es ist ferner besonders bemerkenswert, dass der EU-Gerichtshof seine Rechtsprechung auf die Rechtsprechung der Konventionsorgane zu Art. 6 EMRK abgestützt hat. Denn Art. 6 EMRK hat sich gerade als ein Verfahrensgrundrecht im Bereich der wirtschaftlichen Freiheit und sozialen Sicherheit im weitesten Sinne erwiesen⁷⁵⁰. Auf diese Weise hat der EU-Gerichtshof in Übereinstimmung mit der EU-Kommission und dem EU-Rat nämlich bestätigt, dass die leitenden Grundsätze der Menschenrechtskonvention im Rahmen des Unionsrechts zu berücksichtigen sind.

Umgekehrt hat die Europäische Kommission für Menschenrechte das Rechtsschutzsystem der Europäischen Union als vollkommen ausreichend angesehen. Sie erklärte die Beschwerde betreffend eine durch die EU-Kommission ausgesprochene Busse für unzulässig, denn das Rechtssystem der Europäischen Union gewähre nicht nur die Grundrechte, sondern sichere auch die Kontrolle ihrer Einhaltung durch den EU-Gerichtshof⁷⁵¹.

4 Zwischen den Rechtsprechungsorganen der Menschenrechtskonvention und den EU-Verträgen findet auf diese Weise eine gegenseitige Annäherung und Anerkennung statt. Die wirtschaftliche und rechtliche Integration Europas findet damit Unterstützung durch die Konventionsorgane. Die *Angleichung des Verfahrensrechts* - der Anspruch auf Rechtsschutz enthält ein Bündel besonderer Verfahrensrechte - ist von ebenso grosser Bedeutung wie des materiellen Wirtschafts- und Sozialrechts.

1365, § 23 dar; vgl. Schweizer, Gerichte 651 Anm. 330 m.w.H.; Favoreu, Protection 176; Rengeling, Grundrechtsschutz 158 Anm. 9 m.w.H.; Michel, Protection 53 ff.; EWR-Botschaft I/438.

⁷⁴⁹ Vgl. N. 1/23 lit. b.

⁷⁵⁰ Vgl. N. 10/13 ff. Anders als Art. 6 Abs. 1 EMRK verspricht Art. 13 EMRK keinen gerichtlichen Schutz, vgl. N. 10/4.

⁷⁵¹ Vgl. E 13258/87, M. & Co. gegen Deutschland, RUDH 1991 134 ff.

Die EMRK- und EU-Rechtsprechungsorgane haben die nun seit Jahrzehnten /150 andauernde Diskussion über den *Beitritt der Europäischen Union zur EMRK*⁷⁵² neben oder gar hinter sich gelassen. Sie haben ihre Rechtsprechungen gewissermassen gegenseitig "ratifiziert". Die Konvention entwickelt sich damit zum Grundrechtskatalog einer europäischen Verfassung weiter, welche die ideellen Grundrechte als Inhalte schützt und die ökonomischen, z.T. in den EU-Verträgen verankerten Grundrechte, als durch Art. 6 Abs. 1 EMRK geschützte Verfahrensgrundrechte anerkennt⁷⁵³. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung übernimmt Art. 6 Abs. 1 EMRK immer mehr die Rolle eines *gemeineuropäischen formellen Hauptgrundrechtes zum Schutze wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte*⁷⁵⁴.

5 Das Europäische Parlament hat übrigens in seiner Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12.4.1989 ebenfalls eine allgemeine Rechtsweggarantie aufgeführt⁷⁵⁵. Es hat sich dabei u.a. ausdrücklich auf die internationalen Konventionen zum Schutze der Menschenrechte und die Rechtsprechung des EU-Gerichtshofes gestützt.

6 Als eine nunmehr bloss noch zeitgeschichtliche Note bleibt anzumerken, dass der gescheiterte Beitritt der Schweiz zum EWR-Vertrag in einem ausserordentlich weiten Umfange einen gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verwaltung gebracht hätte. Denn im gesamten sachlichen Anwendungsbereich des EWR-Vertrages hätte ein gerichtlicher Rechtsschutz bereitgestellt werden müssen⁷⁵⁶. Dementsprechend sah eine Änderung des Organisationsgesetzes der Bundesrechtspflege zwar nicht die Streichung der Ausnahmeklauseln (Art. 99-101 OG), aber die Einfügung einer folgenreichen Gegenausnahme vor: /151

"Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Verfügungen nach den Artikeln 99-101 ist zulässig, soweit das EWR-Recht einen

⁷⁵² Vgl. zur jüngst wieder verstärkt laufenden Diskussion: Rudolf Beate, Der Entwurf eines Zusatzprotokolls über die Reform des Kontrollmechanismus der Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1994 53 ff., insb. S. 55 und Anm. 32 m.w.H.

⁷⁵³ Vgl. Kälin Walter, ERW-Abkommen und Europäische Menschenrechtskonvention, in: EWR-Abkommen (Erste Analysen), Zürich 1992, S. 653 ff., insb. S. 666; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 54; Wildhaber, Erfahrungen, 343 war 1979 noch zu Recht a.A.

⁷⁵⁴ Vgl. N. 10/39.

⁷⁵⁵ Vgl. EuGRZ 1989 204 ff., Art. 19 Ziff. 1 der Erklärung.

⁷⁵⁶ Vgl. EWR-Botschaft I/437 f.

Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz einräumt und keine eidgenössische Rekurskommission in der Sache zuständig ist"⁷⁵⁷.

Damit wäre in einem weiten Umfang die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig geworden; die in der künftigen Revision des Bundesrechtspflegegesetzes geplante Abschaffung der Art. 99-101 OG⁷⁵⁸ wäre nachgerade durch Art. 101a OG-Entwurf verwirklicht worden.

Der Kanton Uri hat nun diese "EWR-Lösung" im Hinblick auf den bundesgesetzlich und konventionsrechtlich verlangten Gerichtszugang realisiert. Die neue Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege lässt den relativ umfangreichen Ausnahmekatalog des Art. 55 Abs. 1 und 2 VRPV im Anwendungsbereich der Art. 98a OG und Art. 6 Abs. 1 EMRK *nicht* gelten⁷⁵⁹. Das Urner Obergericht als Verwaltungsgericht ist damit trotz eines Ausnahmetatbestandes zuständig. /152

⁷⁵⁷ Art. 101a OG-Entwurf und entsprechend Art. 129a OG-Entwurf, vgl. Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 740.

⁷⁵⁸ Vgl. N. 21/10.

⁷⁵⁹ Vgl. Art. 55 Abs. 3 VRPV UR; siehe dazu Andreas Kley-Struller, Kommentierung von BGE 120 Ia 19, AJP 1994 1040 f., Ziff. 6.

Teil IV

Realien der juristischen Praxis

§ 13. Rechtsschutz durch Methodensicherheit?

I. Relevanz der hermeneutisch orientierten Methodenlehren für den Gerichtsschutz

1 Unter *methodologischen* Gesichtspunkten verdient die durch Rechtsprechungsinstanzen zu kontrollierende *Tätigkeit der Rechtsanwendung* eine genauere Betrachtung. Was für ein Vorgang ist "Rechtsanwendung" eigentlich? Die klassische und vor allem die moderne Methodenlehre hat hierauf die verschiedensten Antworten gegeben. Allen Methodenlehren ist gemeinsam, dass sie nach rationalen (Meta-)Regeln suchen, welche die *Auslegung und Anwendung*⁷⁶⁰ der Rechtsnormen anleiten⁷⁶¹. Dadurch soll das Auslegungsergebnis einer Rechtsnorm *intersubjektiv nachvollziehbar und berechenbar* werden. Die Methodenlehre hätte ihre Aufgabe endgültig erfüllt, wenn sie eine *Anleitung* bereithalten könnte, welche den Rechtsanwender zu einem einzigrichtigen Resultat hinführen würde. Bislang wurden zahlreiche derartige "richtige" Methoden vorgeschlagen; in der Praxis herrscht indes weiterhin ein Methodenpluralismus vor. Unter den anleitenden Auslegungselementen spielen daher die *canones* von Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) nach wie vor eine grosse Rolle. Es handelt sich um die grammatische (philologische), systematische (logische), historische (subjektive) und die später hinzugekommene teleologische (objektive) Auslegung⁷⁶². Diese Elemente wurden durch einige neuere Gesichtspunkte ergänzt, so namentlich die verfassungskonforme

⁷⁶⁰ Im Begriff "Anwendung der Rechtsnormen" ist freilich stets auch schon eine Auslegung enthalten, vgl. Rhinow, *Rechtsetzung* 4 ff. Die vereinzelt hochgespielte Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ist nur von "quantitativer" Natur; sie ist unerheblich, gl. A. Busse, *Bedeutung* 95, 144 m.w.H.

⁷⁶¹ Vgl. Höhn, *Methodik* 121; Rhinow, *Rechtsetzung* 3, 144 ff.; Biaggini, *Verfassung* 41.

⁷⁶² Vgl. Larenz, *Methodenlehre* 11 ff., Busse, *Bedeutung* 96 f.; Gygi, *Verwaltungsrecht* 137 ff.; Biaggini, *Verfassung* 28 ff.; Bydlinski, *Methodenlehre* 428 ff.; Kriele, *Theorie* 81 ff.

Auslegung⁷⁶³. Die einzelnen Auslegungselemente führen stets zu unterschiedlichen Resultaten, daher wäre eine verbindliche Rangordnung dieser "Metaregeln" nötig. Einzelne Autoren haben eine solche Rangordnung zu begründen versucht⁷⁶⁴. /15

2 Die Methodologie ist für die Begründung eines gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Exekutive von entscheidender Bedeutung. Liesse sich eine normative Methode entwickeln, welche die Rechtsanwendung *objektiv nachvollziehbar* und schlüssig begründen könnte, so würde die verwaltungsinterne Rechtsprechung genügen. Die "falschen" Auslegungen der Gesetze liessen sich dank der richtigen Anwendungs- und Auslegungsmethode von den übergeordneten Beschwerdebehörden ohne weiteres beseitigen⁷⁶⁵. Lässt sich hingegen die Rechtsprechung nicht ohne weiteres an ein Gesetz "anbinden", so stellt sie eine gestaltende und damit auch *machtgeneigte Tätigkeit* dar. Der politische Grundsatz der Gewaltenteilung und das Gesetzmässigkeitsprinzip legen es dann nahe, für einen *verfahrensrechtlichen Ausgleich dieses Machtgefälles* zu sorgen⁷⁶⁶.

3 Die Relevanz methodischer Überlegungen für die Art und den Umfang des zu gewährenden Rechtsschutzes lässt sich am Beispiel des Positivismus eindrücklich nachweisen. Nach dem Gesetzespositivismus ist die Gesetzesauslegung als eine *kognitive Tätigkeit* zu verstehen; das bereits geltende und im Gesetz festgehaltene Recht muss nach zulässigen Vorgehensweisen nur noch richtig erkannt werden. Der Rechtsanwender ist zwar nicht mehr "bouche de la loi" im Sinne von Montesquieu, aber doch Sprachrohr des gesetzgeberischen Willens. Der im letzten Jahrhundert vorherrschende positivistische Ansatz in der Methodenlehre wirkt bis in die Gegenwart hinein⁷⁶⁷. Auf diese Weise gerät die Rechtsanwendung nachgerade zu einer mechanischen Handlung, von deren

⁷⁶³ Vgl. Bydlinsky, Methodenlehre 373; Häfelin/Müller, Verwaltungsrecht 40 f.; Leuthold, Prüfungsdichte 222 ff.; Müller Niklaus, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung, Diss. Bern 1980, S. 18 ff.

⁷⁶⁴ Vgl. z.B. F. Müller, N. 13/17 ff.

⁷⁶⁵ So Burckhardt, vgl. N. 13/4.

⁷⁶⁶ Vgl. N. 16/25 ff., 17/1 ff.

⁷⁶⁷ So bezeichnet man namentlich in Österreich die Urteile des Verwaltungsgerichtshofes als "Erkenntnisse", oder in der schweizerischen Rechtspflege wird das Dispositiv mit der Formel eingeleitet: "Das Gericht hat *zu Recht erkannt*: ...".

Richtigkeit sich jeder nach Vornahme der entsprechenden Operationen überzeugen kann⁷⁶⁸. Um zum Entscheid zu gelangen, braucht der Rechtsanwender den festgestellten Tatbestand mit Hilfe mechanisch-logischer Operationen unter den Rechtssatz zu subsumieren. Das hierzu erforderliche "*logische Gerüst*"⁷⁶⁹ ist der *Syllogismus*⁷⁷⁰. Ein exemplarischer und bedeutender Vertreter der gesetzespositivistischen Vorstellung war Walther Burckhardt; er hat mit seiner deutlichen Diktion das später berühmt gewordene /157 "Hin- und Herwandern des Blickes"⁷⁷¹ vorweggenommen:

Einem vollständigen und eindeutigen Rechtssatz gegenüber wird nun die Aufgabe der rechtsanwendenden Behörde darin bestehen, den bekannten Rechtssatz mit dem vorliegenden Tatbestande zu vergleichen und daraus den logischen Schluss zu ziehen. ... Der Zollbeamte steht, mit dem Zolltarif in der Hand, an der Grenze und erklärt dem Manne, der ein *Rind* daherführt: Sie haben Fr. 20 Zoll zu bezahlen.

Das ist in der Tat die entscheidende Geistesoperation desjenigen, der einen allgemeinen Satz auf einen konkreten Fall anwendet. Aber es ist auch die einfachste Operation; denn, wenn die Vordersätze gegeben sind, ist der Schluss auch gegeben; er braucht beinahe nicht mehr ausdrücklich gezogen zu werden, so einfältig ist es. ... Der Mann, der den *Ochsen* über die Grenze gebracht hat, könnte sozusagen ohne weitere Feststellung verhalten, gezwungen werden, (seine) gesetzliche Pflicht zu erfüllen"⁷⁷².

4 Bereits dreissig Jahre später sollten Werke über die juristische Methodenlehre, die sich mit der "einfältigen Frage" befassen, ganze Bibliotheken füllen. Burckhardt gibt in seinem anschaulichen Zoll-Beispiel übrigens selbst Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit seiner

⁷⁶⁸ Vgl. Biaggini, *Verfassung* 31 m.w.H.

⁷⁶⁹ Larenz, *Methodenlehre* 271.

⁷⁷⁰ Vgl. Larenz, *Methodenlehre* 155 ff., 271 ff.; Höhn, *Methodik* 84 ff. Rhinow, *Rechtssetzung* 20 lehnt den Syllogismus aus methodischen Überlegungen zu Recht als überholt ab. Der Syllogismus setzt eine nicht beweisbare Ontologie voraus, vgl. N. 14/10 ff.

⁷⁷¹ Engisch Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. A., Heidelberg 1963, S. 15.

⁷⁷² Vgl. Burckhardt, *Organisation* 256 f.

These: Aus dem Rind wurde ein Ochse. Muss auch für den Ochsen Zoll bezahlt werden, wenn der Tarif nur von Rindern spricht?

Es ist jedenfalls konsequent, dass Burckhardt, der an die "einfältige" Kontrollierbarkeit der Rechtsanwendung glaubte, selber die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ablehnte. Die Praxis der Verwaltungsbehörden sei vielmehr objektiv und gebe zu gar keinen Beanstandungen Anlass⁷⁷³, *deshalb* sei eine gerichtliche Nachkontrolle überflüssig. Die an das Gesetz gebundene Verwaltung und der verwaltungsinterne Beschwerdeweg sorgen von sich aus für die Einhaltung der Gesetze⁷⁷⁴.

5 Die Untersuchung von Ogorek⁷⁷⁵ weist *die der Politik untergeordnete Bedeutung methodologischer Fragen* nach. Das Bild einer logisch-mechanischen Rechtsprechung wollte gerade nicht die strikte Bindung des Richters an das /158 Gesetz erreichen. Vielmehr diente es der Rechtsstaatsbewegung des letzten Jahrhunderts dazu, "das politische Gewicht der richterlichen Entscheidungskompetenz zu verharmlosen, und der Regierung den angedienten Verzicht auf Einflusschancen zu versüssen"⁷⁷⁶. Diese Argumentation erreichte ihr Ziel in bloss äusserst eingeschränktem Ausmasse; gleichwohl verblieb das einprägsame Bild unter den Richterbeschreibungen⁷⁷⁷. Die Freirechtsbewegung der Jahrhundertwende nahm daran Anstoss; das Feindbild des sogenannten "Subsumtionsautomaten"⁷⁷⁸ erfüllt bis heute seine abschreckende Funktion. Dieser Gesetzespositivismus einer rein wertungsfreien Rechtsprechungstätigkeit war im Grunde aus politischen Gründen angerufen worden; *er war nicht das Ergebnis*

⁷⁷³ Vgl. Burckhardt, Verwaltungsgerichtsbarkeit 240 f., 256 f.; Burckhardt, Kommentar 797 f.; so die Waadtländer Regierung: vgl. Kaufmann, Handlungsspielräume 166; Pflughard, Regierung 240 ff.; Botschaft zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes vom 20.12.1911, BBl 1911 V 322 ff., insb. S. 333.

⁷⁷⁴ Namentlich von den Regierungen wurde immer wieder diese Argumentation von Burckhardt vorgeführt, vgl. N. 16/10. Dem entspricht es auch, wenn die kalkulierenden Juristen sich für eine Übertragung der Rechtsprechung auf den Computer einsetzen, vgl. N. 13/27 f., 14/33.

⁷⁷⁵ Richterkönig 361 ff., 366, 368 f.

⁷⁷⁶ Ogorek, Richterkönig 364.

⁷⁷⁷ Vgl. Ogorek, Richterkönig 366.

⁷⁷⁸ Der Ausdruck wurde durch die Freirechtsschule geprägt, vgl. Ganaeus Falvius (Hermann U. Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 7 und Ogorek, Richterkönig 366 Anm. 74 m.w.H.

methodologischer Überlegungen. Gleichwohl hatte der Positivismus bedeutsame Folgen. Er war eine Voraussetzung für den eigentlichen "Siegeszug" der juristischen Hermeneutik.

6 Im Gegensatz zu dieser politisch motivierten Methodologie des Positivismus hatte die juristische Methodenlehre des 19. Jahrhunderts schon eigentliche Richterrechtskonzepte entwickelt⁷⁷⁹. Namentlich die logische (heute systematische) Interpretation trug dazu bei, einen Weg zwischen absoluter Bindung und Freiheit zu finden⁷⁸⁰. Einzelne Autoren haben schon im letzten Jahrhundert das "Erkenntnisverfahren" relativiert, so hat sich etwa Bähr⁷⁸¹ und später eine Reihe weiterer Autoren⁷⁸² ähnlich geäußert: /159

"Die Urtheilsfindung ist an sich ein logischer Process, mittelst dessen Besonderes unter ein Allgemeines subsumirt wird. Sie ist ein Erzeugnis nicht des Wollens, sondern des Erkennens; und mit Recht wird deshalb der Richterspruch ein "Erkenntnis" genannt. Freilich sind die Denkgesetze, unter welchen dieses Erkennen steht, *nicht so zwingender Natur*, dass die mittelst solcher zu ziehenden Schlüsse mit absoluter Nothwendigkeit sich gestalten; und deshalb bleibt die Rechtsprechung in gewissem Sinne und Maasse stets ein *freies geistiges Schaffen*".

7 Der Positivismus und die mit ihm verbundene Begriffsjurisprudenz wurden um die Jahrhundertwende von der Freirechtsschule bekämpft⁷⁸³, die sich allerdings in der Praxis nicht durchsetzen konnte. Die Interessenjurisprudenz, die sie ablöste, bereitete den Boden für die heute

⁷⁷⁹ Vgl. Ogorek, *Richterkönig* 257 ff.

⁷⁸⁰ Vgl. Ogorek, *Richterkönig* 144, 368, vgl. zur Herkunft der logischen Auslegung S. 102 ff., 126 ff., 144 ff.

⁷⁸¹ *Rechtsstaat* 13 f., nach dem Original zitiert. Es finden sich nur selten Textstellen, die auf das damals vorherrschend positivistische Umfeld schliessen lassen, vgl. bloss andeutungsweise S. 78 über die falsche bzw. richtige Interpretation der Gesetze.

⁷⁸² Erstaunlich ist die Aussage von Burckhardt, *Einführung* 218, der vom "richtigen Gefühl" spricht, "dass die Arbeit des Auslegers im Grunde eine gesetzgeberische sei". Vgl. zu deutschen Autoren: Bülow, Zirkler, Kierulff und Thöl, vgl. Ogorek, *Richterkönig* 158 f., 257 ff.; Schröder, *Gesetzesauslegung* 64; Biaggini, *Verfassung* 33 f.

⁷⁸³ Vgl. Larenz, *Methodenlehre* 59 ff.; Schröder, *Gesetzesauslegung* 93 ff.; Biaggini, *Verfassung* 34 m.w.H.

herrschende *Wertungsjurisprudenz*⁷⁸⁴. Danach wird die Rechtsanwendung als ein auf übergesetzliche, vorpositive Werte verpflichtetes Tun verstanden, wie sie insbesondere in der Rechtsidee zum Ausdruck gelangt. Die Auslegung ist nicht mehr ein blosses Nachdenken eines bereits Gedachten, sondern ein "Zuendedenken eines Gedachten"⁷⁸⁵. Die schweizerische Methodenlehre betont heute überwiegend die Wertbezogenheit der Auslegung⁷⁸⁶. Die Wertungsjurisprudenz hat - und darin liegt ihr Verdienst - erklärt, dass die Auslegung und Anwendung der Gesetze bei weitem keine "neutrale", unpolitische und sonstwie objektive Tätigkeit darstellt. Sie hat den wertrealisierenden Charakter der Rechtsanwendung allerdings mehr beschrieben als erklärt. Wie diese Werte in der Rechtsanwendung zustande kommen, bleibt im Dunkeln. /160

II. Rechtsprechung und juristische Hermeneutik

1. Verstehen durch Anwenden

8 Eine eigentliche Revolution hat die auf die Jurisprudenz übertragene philosophische Hermeneutik ausgelöst. Die Hermeneutik fand als Lehre des Verstehens ursprünglich auf den Bibeltext Anwendung; die juristische Hermeneutik findet Anwendung auf das Verstehen von Rechtstexten, namentlich Gesetzen. Die Auslegung von Verträgen, einseitigen Willenserklärungen und Gerichtsurteilen wird hier nicht behandelt.

9 Die Gesetzestexte sind in ihrem Idealfall knapp gefasste, konzise und in einer systematischen Ordnung untergliederte Vorschriften, die als

⁷⁸⁴ Vgl. zu dieser Entwicklung Larenz, Methodenlehre 119 ff.; Bydlinski, Methodenlehre 123 ff.; Zeller, Auslegung 285; Biaggini, Verfassung 35 ff.; Rhinow, Rechtsetzung 26 ff. je m.w.H.; Rùthers, Interpretation 46; Höhn, Methodik 98, 115 f.

⁷⁸⁵ Vgl. Radbruch Gustav, Rechtsphilosophie, 6. A., Stuttgart 1963, S. 211; vgl. auch Burckhardt, Einführung 219 (trotz seiner positivistischen Haltung).

⁷⁸⁶ Vgl. Stratenwerth Günter, Zum Streit der Auslegungstheorien, in: Festschrift für Oskar Adolf Germann, Bern 1969, S. 257 ff.; Zeller, Auslegung 285 f.; Rhinow, Rechtsetzung 26 ff. m.w.H.; Biaggini, Verfassung 36 Anm. 79 m.w.H.

Urteilsmassstäbe zu befolgen sind⁷⁸⁷; sie beanspruchen mit andern Worten normative Geltung: Es sind *Rechtsregeln*⁷⁸⁸. Der Jurisprudenz geht es weithin um das Verstehen dieser *sprachlichen Äusserungen*; der Rechtsanwender soll den ihnen zukommenden normativen Sinn heraus Schälen. In der mündlichen Alltagssprache erfolgt das Verstehen *unreflektiert*, weil dem Verstehenden nicht nur die Wahrnehmung der Laute, sondern weitere Sinnquellen wie Gestik, Mimik des Sprechenden, die Situation und der Zweck des Gesprächs, kurz ein *situativer Kontext* zur Verfügung steht. Ähnlich ist es auch mit Gesetzestexten, die ausserhalb eines konkreten Rechtsfalles, scheinbar klipp und klar normativ fordern: "Wer ein Rind einführt, hat 20 Fr. Zoll zu bezahlen"⁷⁸⁹. In solchen Fällen *erscheint* eine "Auslegung" überflüssig; der Hörende bzw. Lesende wird des Sinnes *unmittelbar inne*.

10 Im konkreten und situativen Rechtsanwendungs-Fall lässt der Gesetzestext in aller Regel ein je nach Standpunkt unterschiedliches Verstehen zu. Die deshalb erforderliche Auslegung soll den problematisch erscheinenden Normtext einer zutreffenden Bedeutung zuführen. Die Rechtsordnung, die auf der Idee ihrer Einheit aufbaut, kann es nicht zulassen, dass ein Gesetzestext unterschiedlich gedeutet wird. Es widerspräche den zentralen rechtsstaatlichen Anliegen⁷⁹⁰ der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit. Die Mehrdeutigkeit von Gesetzestexten ist nicht etwa ein Ausnahmefall, nachgerade ein /161 Versehen des Gesetzgebers, der aus Unachtsamkeit unpräzise Begriffe verwendet hat. Vielmehr ist sie in der Gesetzesnatur selbst angelegt. Die Gesetze sollen eine Vielzahl von Sachverhalten und Personen erfassen. Sie sind notwendigerweise abstrakt und typisierend⁷⁹¹. Die moderne Methodenlehre hat daher zu Recht vor dem Missverständnis gewarnt, dass die Gesetzestexte nur dann der Auslegung bedürften, wo sie besonders "unklar", "vage" oder "widersprüchlich" erscheinen⁷⁹². *Grundsätzlich sind alle Gesetzestexte der Auslegung bedürftig*⁷⁹³; eine Anwendung eines *aus sich heraus selbst-verständlichen*

⁷⁸⁷ Vgl. Larenz, Methodenlehre 214; Zeller, Auslegung 56 f.

⁷⁸⁸ Vgl. N. 14/22 ff.

⁷⁸⁹ Vgl. N. 13/3; exemplarisch BGE 107 Ia 112.

⁷⁹⁰ Vgl. N. 2/9.

⁷⁹¹ Vgl. N. 13/3.

⁷⁹² Vgl. Rhinow, Rechtsetzung 1 f., 144.

⁷⁹³ Vgl. Rhinow, Rechtsetzung 187 ff.; Larenz, Methodenlehre 205; Hasenböhler, Richter

Gesetzes kann es nicht geben. Der Rechtsanwender muss immer zunächst verstehen, welche Bedeutung der Gesetzestext in der ihm vorliegenden Fallkonstellation überhaupt haben könnte. Dieser *hermeneutische Prozess* kann unreflektiert oder, was im streitigen Verwaltungsverfahren die Regel darstellt, reflektiert erfolgen

2. Das Vorverständnis als Bedingung des Verstehens

11 Nach dem Standpunkt der Hermeneutik⁷⁹⁴ ergibt sich der Sinn eines Textes nicht etwa primär aus den einzelnen Worten, sondern aus der Folge von Worten in Sätzen, die einen durchgehenden Gedankenzusammenhang zum Ausdruck bringen wollen. Freilich ist der erste Anhaltspunkt für den zu ermittelnden Gedankengang in den einzelnen Worten der Sätze zu suchen. Die Hermeneutik stellt damit vor allem auf das erste der klassischen Auslegungselemente ab, *den Wortlaut*⁷⁹⁵. Die Bedeutung der einzelnen Worte ist /162 in der Sprache *nicht eindeutig* festgelegt. Welche Bedeutung in einem Text gerade die gemeinte ist, ergibt sich aus der Stellung eines Wortes im Satz und aus dem gesamten Sinnzusammenhang des Textes⁷⁹⁶. Der Verstehende muss daher - wenn er überhaupt in ein Verstehen hineinkommen will - bereits *prospektiv mit einer Sinnerwartung* an die einzelnen Wörter und

86. A.A. Ott, Rechtspositivismus 231 f. oder Wassermann, Gewalt 4 und 6 führen das Beispiel der Promillegrenzen im Strassenverkehrsrecht an: Diese "Rechtsvorschrift sperre sich gegen jede Auslegung". Wassermann übersieht, dass das Recht nur in Hinblick auf einen konkreten und wiederum sprachlich rapportierten Sachverhalt verstanden wird (Hier gibt es genügend Beispiele, dass z.T. erfolgreich versucht wird, die Promillegrenze zu verschieben: "Nachtrunk", "Notfall nach Alkoholgenuss", "Pillen", "Fahren hinter einem Weintransport" usw. usf.).

⁷⁹⁴ Die juristische Hermeneutik ist in der Literatur vielfach und ausführlich dargelegt worden, so dass hier die Argumentation im Rahmen des funktionalrechtlichen Rechtsschutzkonzeptes genügen muss: vgl. Larenz, Methodenlehre 204 ff.; Zeller, Auslegung 216 ff., vgl. insb. 216 f. Anm. 2 m.w.H.; Biaggini, Verfassung 39 ff.; Bydlinski, Methodenlehre 69 ff.

⁷⁹⁵ Dieser Ausgangspunkt ist ganz entscheidend: Die Hermeneutik fragt nach den Bedingungen des Verstehens von Wörtern und Sätzen. Ein Teil der Methodenlehre hat dies offensichtlich nicht akzeptiert, vgl. N. 13/17 ff. zur Rekonstruktion der juristischen Methode.

⁷⁹⁶ Vgl. Larenz, Methodenlehre 206.

Sätze herangehen. Ergeben sich Zweifel über den erwarteten Sinn, so muss er die zunächst angenommene Wort- und Textbedeutung und das weitere Textverständnis gegenseitig so lange berichtigen, bis sich eine plausible Übereinstimmung ergeben hat. Dabei sind die hermeneutisch bedeutsamen *Umstände* als Auslegungshilfen heranzuziehen. Hans-Georg Gadamer⁷⁹⁷, der führende Vertreter der modernen, philosophischen Hermeneutik, hat diesen sogenannten *hermeneutischen Zirkel* wie folgt beschrieben:

"Wer einen Text verstehen will, vollzieht immer ein Entwerfen. Er wirft sich einen Sinn des Ganzen voraus, sobald sich ein erster Sinn im Text zeigt. Ein solcher zeigt sich wiederum nur, weil man den Text schon mit gewissen Erwartungen auf einen bestimmten Sinn hin liest. Im Ausarbeiten eines solchen Vorentwurfs, der freilich beständig von dem her revidiert wird, was sich bei weiterem Eindringen in den Sinn ergibt, besteht das Verstehen dessen, was dasteht".

12 Die am Beginn des Verstehensprozesses notwendig vorgegebene Sinnerwartung ist eine *Bedingung des Verstehens*. Der Ausleger tritt mit einem *Vorverständnis* an den auszulegenden Text heran. Ohne Vorverständnis würde sich keine Sinnerwartung und damit kein hermeneutisches Verstehen einstellen⁷⁹⁸. Gadamer hat dieses Vorverständnis - zum Leidwesen der juristischen Methodenlehre - als ein *Vor-Urteil* bezeichnet, wobei er es nicht pejorativ meinte⁷⁹⁹. Gadamer hat nicht übertrieben, wenn er dafür hielt, dass die "Anerkennung der wesenhaften Vorurteilshaftigkeit allen Verstehens ... das hermeneutische Problem zu seiner wirklichen Spitze" zuschärfe⁸⁰⁰. Die Aufklärung habe entgegen ihrem Programm selber von einem Vorurteil gelebt, und dies sei das Vorurteil gegen die Vorurteile überhaupt und damit die *Entmachtung der Überlieferung*. In bezug auf die Rechtsprechung hält Gadamer das "Vorurteil" nicht notwendigerweise für ein falsches Urteil. /163

⁷⁹⁷ Wahrheit und Methode 271; Vom Zirkel des Verstehens (1959), in: Gesammelte Werke, Bd. 2, 57 ff., insb. S. 59 f.

⁷⁹⁸ Vgl. Larenz, Methodenlehre 207.

⁷⁹⁹ Wahrheit und Methode I 274 f.

⁸⁰⁰ Wahrheit und Methode I 274.

"Die Begründung, die methodische Sicherung erst (und nicht das sachliche Zutreffen als solches), gibt dem Urteil seine Dignität. Das Fehlen der Begründung lässt in den Augen der Aufklärung nicht anderen Weisen der Gültigkeit Raum, sondern bedeutet, dass das Urteil keinen in der Sache liegenden Grund hat, 'unbegründet' ist⁸⁰¹. Das ist ein echter Schluss im Geist des Rationalismus. Auf ihm beruht die Diskreditierung der Vorurteile überhaupt und der Anspruch der wissenschaftlichen Erkenntnis, sie völlig auszuschalten"⁸⁰².

13 Das Verstehen von Texten - der Bibel, geschichtlicher Dokumente, der Gesetze, ja aller sprachlichen Äusserungen⁸⁰³ - beruht nach Gadamer auf der Anerkennung der "Applikation als eines integrierenden Momentes allen Verstehens"⁸⁰⁴. Für die (juristische) Hermeneutik sei die Spannung konstitutiv, die auf der einen Seite zwischen dem gesetzten Text und auf der anderen Seite dem Sinne besteht, den seine Anwendung im *konkreten Augenblick der Auslegung* erlange. Die Gesetze wollten nicht historisch verstanden werden, sondern sie sollten sich in ihrer Rechtsgeltung durch die Auslegung konkretisieren. Solle ein Gesetz angemessen verstanden werden, so müsse es in jeder *konkreten Situation*⁸⁰⁵ neu und anders verstanden werden. "Verstehen ist hier immer schon Anwenden"⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ Dieser Gedanke des Handelns ohne Grund wird bei Wittgenstein noch bedeutsam, vgl. N. 14/26.

⁸⁰² Gadamer, Wahrheit und Methode I 275.

⁸⁰³ Gadamer, Wahrheit und Methode I 330 ff. schrieb indes gerade der juristischen Hermeneutik eine exemplarische Bedeutung innerhalb der Geisteswissenschaften zu.

⁸⁰⁴ Wahrheit und Methode I 314.

⁸⁰⁵ Dieser wichtige Gedanke wird in der Ethnomethodologie weiterentwickelt, vgl. N. 15/1 ff.

⁸⁰⁶ Wahrheit und Methode I 314. Das übersieht wohl Biaggini, Verfassung 41 f., wenn er schreibt, die richterliche Tätigkeit erschöpfe sich nicht in einem Verstehensvorgang; Gadamer hat den Begriff zu Recht in einem ganz weiten Sinne, eben als Applikation verstanden (gl. A. Rhinow, Rechtsetzung 137).

3. Vorverständnis und Methodenwahl: Die Zerstörung der Methodensicherheit

14 Die von Gadamer wiederbelebte Hermeneutik hatte für die juristische Methodenlehre eine kaum zu überschätzende Bedeutung; namentlich der wegweisende Beitrag von Josef Esser ist hervorzuheben⁸⁰⁷. Denn die Tatsache, dass die Auslegung von Gesetzen nicht ein rein objektiver, deduktiver Vor- /164 gang ist, fand eine philosophische Fundierung. Es war der juristischen Methodenlehre geradezu ein dringendes Bedürfnis, nach den Erkenntnissen der Wertungsjurisprudenz⁸⁰⁸ eine Analyse zu finden, welche das Schöpferische jeder Rechtsanwendung überhaupt *anerkennt*⁸⁰⁹. Die Anwendung der Gesetze ist ein produktiver Vorgang; keine Rechtsnorm kann ohne einen vom Vorverständnis des Rechtsanwenders geleiteten Verstehensprozess angewendet werden. Es gibt keine von Gesellschaft, Kultur, Sprache und Subjektivität losgelöste "reine" oder "saubere" Auslegung⁸¹⁰. Die Hinführung zum richtigen Resultat der Gesetzesauslegung ist nach den Erkenntnissen der Hermeneutik alles andere als meta-regelgesteuert. Die Rechtsanwender huldigen vielmehr einem Methodensynkretismus; Hassemer kondensiert diese Aporie wie folgt:

"Solange es also keine *Meta-Methode*⁸¹¹ gibt (und die gibt es nicht), welche vorschreibt, in welchen Situationen welche Methode zu verwenden ist, sind die *Auslegungsmethoden* nicht Regeln, sondern *façons de parler*; sie steuern das Ergebnis der Entscheidung nicht, sondern sind nichts weiter als sprachliche

⁸⁰⁷ Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, 2. A. 1964, 3. A. 1974; Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970, 2. A. 1972.

⁸⁰⁸ Vgl. N. 13/7.

⁸⁰⁹ Vgl. in dem Sinne bereits die Feststellungen von Bähr, Rechtsstaat 14 ("freies, geistiges Schaffen", vgl. N. 13/6 in fine); Burckhardt, Einführung 218.

⁸¹⁰ Zu Recht macht Rhinow, Rechtsetzung 143 f. eindringlich darauf aufmerksam.

⁸¹¹ Methode stammt von griechisch *methodos*, das sich aus *meta* "hinter" oder "nach" und *hodos* "Weg" zusammensetzt und den Weg zu etwas hin (Hinführung) bedeutet. Der Begriff *Meta-Methode* ist daher gewollt pleonastisch.

Vehikel, auf denen das Ergebnis daherkommt. Eine für eine praktisch interessierte Methodenlehre deprimierende Situation"⁸¹².

15 Die Hermeneutik hat ein Problembewusstsein gebildet, aber keine methodischen Lösungen vorgeschlagen, *wie* die Gesetzesbindung sichergestellt werden kann⁸¹³. Der juristischen Hermeneutik kann nicht die fehlende Normativität vorgeworfen werden⁸¹⁴, denn sie beabsichtigt nicht eine "Kunstlehre des Verstehens"⁸¹⁵ zu sein; nach Gadamer würde der Hermeneut mit dem Formalismus kunstvollen Könnens durch eine falsche Überlegenheit in Anspruch genommen. Es geht Gadamer vielmehr darum zu zeigen, *wieviele Geschehen in allem Verstehen wirksam ist*⁸¹⁶.

16 Die Erkenntnisse der juristischen Hermeneutik haben nachgerade einen /165 Schock ausgelöst, der nach einer Wiederherstellung der verlorengegangenen, methodischen Sicherheit rief⁸¹⁷. Gefordert wird eine *normative Methodenlehre*, welche zu richtigen Auslegungsergebnissen führt⁸¹⁸. In der juristischen Hermeneutik ist das Vorverständnis gewissermaßen jene Dunkelkammer, wo sich die noch nicht entdeckten Meta-Regeln befinden. In diesem Sinne wurden etliche Versuche unternommen, das Vorverständnis zu operationalisieren. So sind in der Lehre unzählige, namentlich auf dem Boden der Hermeneutik mit Elementen der Topik verbundene Modelle vorgeschlagen worden. Sie wollen die Vorverständnisse auf diese Weise in die Diskussion einbringen und damit zugleich kontrollierbar machen. Wäre dies möglich, so würde ein neuerlicher Rückgriff auf die klassischen Canones - nunmehr auf einem anderen, bewussteren Niveau - denkbar. Im

⁸¹² Vgl. Hassemer, Einführung 117.

⁸¹³ Vgl. Biaggini, Verfassung 41 Anm. 112 m.w.H; Rhinow, Rechtsetzung 144 f.

⁸¹⁴ So aber F. Müller, vgl. N. 13/17 ff.

⁸¹⁵ Gadamer, Wahrheit und Methode I, S. III und XXIX/XXX; Gadamer, Wahrheit und Methode I, S. XXVII/XXVIII: "Es geht ... nicht um eine Methode des Verstehens".

⁸¹⁶ Gadamer, Wahrheit und Methode I S. III und XXIX/XXX.

⁸¹⁷ Vgl. Haverkate Görg, Gewissheitsverluste im juristischen Denken, Berlin 1977, S. 18 f.

⁸¹⁸ So H.-J. Koch, vgl. N. 13/21.

folgenden werden zwei derartige Versuche dargestellt: Friedrich Müller und Hans-Joachim Koch⁸¹⁹

III. Versuche einer Rekonstruktion der juristischen Methode

1. Friedrich Müller: Rationalisierung des Vorverständnisses

17 Müller sucht vom hermeneutischen Ansatz aus nach operablen Kriterien, welche die Rechtsanwendung rational nachprüfbar machen. In der juristischen Methodik sollen die Elemente des *unabwendbaren Vorverständnisses rationalisiert* werden⁸²⁰. Es sei eine Aufgabe der juristischen Dogmatik, Theorie und Methodik, die praktischen Arbeitstechniken der Rechtskonkretisierung "selbständig als norm- und sachbezogenes Vorverständnis der Rechtswelt zu begründen, sie verdeutlichend abzugrenzen, zu differenzieren und sie damit als strukturierten, kontrollierbaren und diskutierbaren Faktor in den Vorgang der *Konkretisierung*⁸²¹ einzubringen". Die Mittel der juristischen /166 Methodik seien nur dadurch einer ins einzelne gehenden Kritik, Beschreibung, Definition, Systematik und Konstruktion fähig⁸²². Ob dieses Verfahren als ein deduktives, offenes oder problembezogenes zu charakterisieren sei, spiele keine Rolle⁸²³.

⁸¹⁹ Die Autoren Koch/Rüssmann, Begründungslehre ordnen die einzelnen Abschnitte ihres Werks dem jeweiligen Verfasser zu. Da Koch in Fortsetzung seiner früheren Arbeiten die semantische Interpretation auch in diesem Gemeinschaftswerk allein vertritt, ist im folgenden nur der Autor Koch angesprochen.

⁸²⁰ F. Müller, Methodik 166 ff.

⁸²¹ Dieser Lieblingsbegriff von F. Müller soll die schöpferische Tätigkeit des Rechtsanwenders verharmlosen; Josef Esser, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in: Festschrift für L. Raiser zum 70. Geburtstag, 1974, S. 517 ff., insb. S. 532 zählt die Konkretisierung zur "hergebrachten beschönigenden Sprache der Methodenlehre".

⁸²² Vgl. F. Müller, Methodik 181.

⁸²³ Vgl. F. Müller, Methodik 182.

18 Die *strukturierende Methodik* von Müller⁸²⁴ sucht deshalb die Elemente des Rechtskonkretisierungsvorganges in eine Rangordnung zu bringen. Es handelt sich um einen durchaus im Sinne der Aufgabe der Methodenlehre klassischen Versuch, Meta-Regeln zur richtigen Anwendung von Rechtsnormen zu entwickeln⁸²⁵. In diesem Rangfolgesystem der Auslegungselemente hat das grammatische Auslegungselement einen Vorrang. Nach Müller stellt der *Normtext* die unübersteigbare Schranke jeglicher Normkonkretisierung dar⁸²⁶. Der Anspruch einer normativ eingegrenzten und eingebundenen Topik wird dadurch erreicht, indem im Zweifelsfall der bloße *Normtext* für die Sinnermittlung entscheidend sein soll. "Der Wortlaut bezeichnet insoweit den im Konfliktsfall vorrangigen Massstab rechtlicher Verbindlichkeit"⁸²⁷.

19 Im Ergebnis geht Müller hinter die Ergebnisse der Hermeneutik und der Wertungsjurisprudenz zurück. Das grammatische Auslegungselement kann nicht jenes sichere Ergebnis liefern, das die *vorhermeneutische Methodensicherheit* noch versprach. Den rrlaut einer *Norm an sich* kann es nicht geben; die Norm lautet nicht für sich allein, sie "lebt" vielmehr erst, wenn sie vom Interpreten aufgenommen, einer Person gegenüber verlautet und *in einer konkreten Situation verstanden* wird⁸²⁸. Der Sprachgebrauch von "Wortlaut" deutet auf dieses Ergebnis hin. Ein (Rechts-)Text kann nur ver-lauten, wenn er eine Stimme findet; dieser Laut ist untrennbar vom Subjekt abhängig, das ihn hervorbringt. /167

20 Neben Müller haben zahlreiche Autoren - welche die Grundannahmen der Hermeneutik zumindest verbaliter akzeptieren - die Forderung erhoben, die Gesetzesbindung des Rechtsanwenders sei durch den Wortlaut sicherzustellen. Dieser stelle die Grenze seiner Auslegungsbefugnis dar⁸²⁹.

⁸²⁴ Vgl. Methodik 182 ff. Auch Höhn, Methodik 335 ff. legt mit seiner normorientierten Gesetzesauslegung ein solches "Auslegungsprogramm" vor.

⁸²⁵ Vgl. F. Müller, Methodik 182. Auf die Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden, vgl. die zusammenfassende Darstellung bei Rhinow, Rechtsetzung 156 ff.; Biaggini, Verfassung 189 f.; Larenz, Methodenlehre 133 f.

⁸²⁶ Vgl. F. Müller, Methodik 182 ff.

⁸²⁷ F. Müller, Methodik 185.

⁸²⁸ Vgl. Searle John R., Ausdruck und Bedeutung: Untersuchungen zur Sprechakttheorie, Frankfurt a.M. 1982, S. 139 ff.; vgl. auch N. 15/1 ff.

⁸²⁹ Vgl. Ott Edward, Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung, Basel/Frankfurt a.M. 1988, S. 26, 65 Anm. 79; Deschenaux Henri, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Pri-

Die wörtliche Auslegung wird in diesen Lehren als das dargestellt, was sie nach den Erkenntnissen der Hermeneutik gar nicht sein kann: als jene Methode, welche verbindlich ein objektives, eindeutiges Resultat verspricht und damit das Gesetzmässigkeitsprinzip, die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit am besten verwirklicht⁸³⁰. Es scheint, dass die juristische Hermeneutik immer noch nicht verarbeitet worden ist; vielmehr bricht in vielen Ausführungen die nunmehr hinter vorgehaltener Hand formulierte Meinung durch, eigentlich sei eine objektive und eindeutige Rechtsanwendung immer schon möglich gewesen, nur dürfe man dies - angesichts der weitgehend akzeptierten Hermeneutik - nicht mehr laut sagen⁸³¹. Die Diskussion wird somit in eine illusionäre Ebene zurückgeführt. Die Vertreter der Klaren-Wortlaut-Auslegung haben die Hermeneutik missverstanden; es ist ja gerade das Problem, dass ein Wortlaut nicht ohne Vorverständnis verstanden und einem konkreten Sinn zugeführt werden kann. Es ist daher folgerichtiger, die Annahmen der Hermeneutik überhaupt abzulehnen und eine Methode aufgrund linguistischer und algorithmischer Modelle zu entwickeln, wie dies beispielsweise Hans-Joachim Koch vorgeschlagen hat⁸³². /168

vatrecht, Band 2, Basel/Stuttgart 1967, S. 81, 87 f.; Häfelin Ulrich, Die Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes, in: Festschrift für Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 111 ff., insb. S. 118 ff., 128. In der modernen schweizerischen Lehre wird zunehmend die gegenteilige Meinung vertreten: Rhinow, Rechtsetzung 193 ff.; Schnyder Bernhard, "Entgegen dem Wortlaut...", in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 29 ff.; Locher Peter, Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Bern 1983, S. 135 f.; Perrin, Théorie 246 ff.

⁸³⁰ Gl. A. Perrin, Théorie 243 ff., insb. S. 256: "L'ésprit prime la lettre"; Biaggini, Verfassung 299 ff.

⁸³¹ Frommel Monika, Die Hermeneutik - Diskussion - überholt oder unbewältigt? ARSP 1987 519 ff.; Frommel Monika, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, S. 9 ff. Eine linguistische Verfeinerung des Ansatzes von F. Müller hat Ralph Christensen, Was heisst Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989 unternommen.

⁸³² Vgl. Koch/Rüssmann, Begründungslehre und bereits Koch, Seminar. Diesem Ansatz sind etliche Autoren partiell gefolgt, vgl. z.B. Höhn, Methodik 197 ff.

2. Hans-Joachim Koch: Semantische Interpretation

21 Das Recht bedient sich der Sprache als dem tragenden Verständigungsmittel. Daher erscheint es nur folgerichtig, diese Feststellung zum Ausgangspunkt für sprachtheoretische und linguistische Untersuchungen zu machen. Koch gelangt über bestimmte sprachphilosophische Grundannahmen⁸³³ in den Bereich der logischen Semantik. Er nimmt in der deutschsprachigen Methodenlehre als "kalkulierender Jurist"⁸³⁴ eine ausgesprochene Extremposition ein. Die semantische Auslegungsmethode ist eine Reaktion auf die juristische Hermeneutik und den Zweifel an methodisch richtigem Vorgehen überhaupt. Der Rechtsanwender soll möglichst stark und weitgehend an das Gesetz gebunden werden; letzten Endes handelt es sich um einen radikalen Gesetzespositivismus⁸³⁵. Koch lehnt die Hermeneutik als zu "spekulativ" ab, denn sie hindere die Juristen an der notwendigen Beschäftigung mit sprachtheoretischen Grundlagen⁸³⁶.

22 Nach Koch geht es in der Methodenlehre um die Frage, "was gute Gründe für juristische Entscheidungen sein könnten"⁸³⁷. Diese guten Gründe sollen nachweisen, dass der *Rechtsanwendungsakt mit dem Gesetz übereinstimmt*; dem legt Koch das *logische Subsumtionsmodell* zu Grunde. Dabei solle der Rechtsanwender vorrangig auf den Gehalt des Gesetzes und die Ziele des Gesetzgebers abstellen; er solle den *semantischen Gehalt* des Gesetzes⁸³⁸ in Bindung an Gesetz und Gesetzgeber finden⁸³⁹. Die juristische

⁸³³ Vgl. N. 13/25.

⁸³⁴ Zippelius, Methodenlehre 104. Koch fand etwelchen Beifall: vgl. z.B. Rill Heinz Peter, Ermessensüberprüfung/Beurteilungsspielraum/Überprüfung von Prüfungsentscheidungen, in: Ress: Entwicklungstendenzen 115 ff., insb. S. 116 ff.

⁸³⁵ Larenz, Methodenlehre 160 begrüsst dabei immerhin die Verteidigung des Subsumtionsmodells.

⁸³⁶ Koch/Rüssmann, Begründungslehre 133 verkennen hier die grundlegende Tragweite der Hermeneutik. Man kann die in N. 14/1 ff. und 15/1 ff. vorgestellte analytische Sprachphilosophie und Ethnomethodologie als differenzierte Weiterentwicklung der Hermeneutik begreifen, gl. A. Mehan/Wood, Reality 192 ff.

⁸³⁷ Koch/Rüssmann, Begründungslehre 1.

⁸³⁸ Daher wird des gesamte Begriffsapparat aus der juristischen (logischen) Semantik von Carnap, Frege und ihren Nachfolgern in die Rechtswissenschaft eingeführt: so die Intension und Extension, oder die Charakterisierung unbestimmter Begriffe (semantischer Spielräume) als poröse, vage, dispositions- und wertausfüllungsbedürftige

Semantik stellt die /169 Gesetzesbindung sicher; es handelt sich um eine wissenschaftlich klingende Spielart des (linguistischen) Positivismus⁸⁴⁰. Die Deduktion des Rechtsanwendungsaktes aus dem Gesetz erfolgt mit den Mitteln der *formalen Logik*, womit sich die Lückenlosigkeit der erforderlichen Schlusskette leichter kontrollieren lasse⁸⁴¹.

23 Das Deduktionsmodell wolle - so Koch - den Graben zwischen dem meist nur allgemein beschriebenen gesetzlichen Tatbestand und dem massgeblichen Sachverhalt mit einer *Schlusskette* überbrücken. Die Rangfolge der Auslegungsmethoden ergebe sich aus staatsrechtlichen, *nicht aus hermeneutischen Überlegungen*. Das demokratisch beschlossene Gesetz soll unbedingte Beachtung finden. Koch untersucht also die Natur des Vorganges "Rechtsanwendung" nicht objektiv, sondern er fragt umgekehrt aus dem gegebenen Gebot der Gesetzesbindung danach, wie "sie erreicht werden"⁸⁴² kann. Richtig an diesem Konzept ist der *funktionalrechtliche Ansatz*. Der Autor geht aber gerade verkehrt vor. Erst *nachdem* die Methodenlehre festgestellt hat, was Rechtsanwendung und Rechtsprechung ist, kann über die Zuweisung an das sachrichtige Staatsorgan befunden werden⁸⁴³.

24 Ähnlich wie Friedrich Müller greift Koch letztlich auf die wörtliche Auslegung zurück, die er mit einer sprachlichen ("semantischen") Auslegung verfeinern will. Dabei geht nach Koch die systematische Auslegung in ihr auf, soweit es damit nur um den getzlichen Kontext der auszulegenden Vorschrift geht. Führt die semantische Auslegung zu keinem Ziel, so kommt es auf die Zweckvorstellungen des Gesetzgebers an. Kann auch damit keine Entscheidung getroffen werden, "ist die semantische Interpretation des Gesetzes im Lichte *vernünftiger Zwecke*" zu ergänzen⁸⁴⁴.

839 Begriffe, vgl. Koch, Seminar 35 ff., 41 ff.
Vgl. Koch/Rüssmann, Begründungslehre 7 argumentiert aus einer von Rudolf Carnap abgeleiteten Position der "intentionalen Semantik" her, vgl. kritisch Busse, Bedeutung 98; vgl. zu Carnap: Koch/Rüssmann, Begründungslehre 133; Stegmüller, Hauptströmungen I 351 ff.

840 Vgl. Busse, Semantik 104.

841 Vgl. N. 13/26.

842 Koch/Rüssmann, Begründungslehre 176.

843 Vgl. N. 13/1 ff. und 17/1 ff.

844 Vgl. Koch/Rüssmann, Begründungslehre 182.

25 Der methodische Ansatz von Koch beruht auf bestimmten sprachphilosophischen Grundlagen, nämlich der *Abbild- (oder Korrespondenz-)theorie der Bedeutung*⁸⁴⁵. Im wesentlichen unterscheidet sie die zwei getrennten Sphären /170 "Sprache" und "aussersprachliche Wirklichkeit"⁸⁴⁶. Die Prädikate der Sprache bezeichnen nun Eigenschaften der aussersprachlichen Wirklichkeit. *Die Sprache bildet die Wirklichkeit ab*⁸⁴⁷. Die sprachlichen Zeichen erlangen ihre Korrespondenzbeziehung zu den realen Dingen der Welt durch *intentionale Denkvorgänge* und gesellschaftliche *Konventionen* der Sprachgemeinschaft⁸⁴⁸. Die semantische Interpretation vermag nach der Auffassung von Koch in vielen Fällen das Gesetzesbindungspostulat klar und eindeutig zu erfüllen. Die Berücksichtigung semantischer Postulate sollte zu einer einigermaßen idealen, klaren und eindeutigen Gesetzessprache⁸⁴⁹ führen. Es muss also darauf ankommen, dass der Gesetzgeber die aussersprachliche Wirklichkeit möglichst exakt erfasst.

26 Koch⁸⁵⁰ versucht, eine wissenschaftliche, juristische Kunstsprache⁸⁵¹ auf der Basis der mathematischen Logik zu entwickeln, welche die

⁸⁴⁵ Den sog. Wittgenstein I, vgl. N. 14/6 ff.

⁸⁴⁶ Koch/Rüssmann, Begründungslehre z.B. 137, 174 usw.

⁸⁴⁷ Bemerkenswert ist freilich, dass Koch/Rüssmann, Begründungslehre 138 die Thesen von Wittgenstein I (vgl. N. 14/6 ff.) ablehnen, letzten Endes liesse sich die Wirklichkeit in einzelne, nicht mehr teilbare (atomare) Tatsachen aufteilen. Sie lassen damit - ohne Begründung - der minimalen Vagheit der Sprache ihr Leben. Entscheidend ist freilich bei Wittgenstein I nicht diese Extremposition (wonach sich jede Vagheit auflösen lässt), sondern vielmehr die Abbildtheorie der Sätze und Wörter. Auf diese bauen die beiden Semantiker aber gerade ihre Theorie auf. Die Ablehnung von Wittgenstein I erfolgt nur scheinbar.

⁸⁴⁸ Vgl. Koch/Rüssmann, Begründungslehre 158 ff. Die detaillierten Darlegungen der Autoren können hier nicht wiedergegeben werden.

⁸⁴⁹ Koch/Rüssmann, Begründungslehre 31 ff., passim.

⁸⁵⁰ Koch/Rüssmann, Begründungslehre 49.

⁸⁵¹ Wohl ist Larenz, Methodenlehre 205 ein Fehler unterlaufen, der gerade nicht in seine hermeneutische Methode passt, wenn er glaubt, die Auslegungsbedürftigkeit der Gesetze bleibe so lange bestehen, bis sie in einer symbolisierten Zeichensprache abgefasst sein werden.

aussersprachliche Wirklichkeit völlig eindeutig abbildet. So soll die Formel⁸⁵²

$$P1 \ \forall x \ \forall y \ \forall z \ [(Ky \wedge Wz \wedge Eyz \wedge Sxy) \rightarrow O(R(x))]$$

genauer als die Formulierung des Syllogismus zu § 224 Abs. 1 des deutschen /171 Strafgesetzbuches⁸⁵³ sein! Die Formel lässt augenscheinlich ein beachtliches Mass an Wissenschaftlichkeit erkennen, sie beruht jedoch - wie noch gezeigt werden wird - auf ontologischen Spekulationen⁸⁵⁴. Zudem kommt die mathematisch-logische Jurisprudenz ohne die gemiedene Alltagssprache gerade nicht aus. Die Formel hätte für sich allein keinen Sinn. Jede Formel müsste für jeden Tatbestand einzeln des langen und breiten alltagssprachlich erklärt werden. Dieses Problem zieht sich durch das ganze Werk von Koch, ohne dass es auch nur thematisiert wird. Gerade das Strafrecht darf von der Alltagssprache und vom alltäglichen Verständnis *nicht absehen*. Denn ein Täter soll gemäss dem Schuldprinzip grundsätzlich nach seiner Vorstellung beurteilt werden. Das Problem stellt sich indessen auch in allen andern Rechtsgebieten. Das vom Gesetzgeber zu ordnende und steuernde Alltagsleben der Menschen vollzieht sich nicht in Formeln. An dieser Gegebenheit der Alltagssprachlichkeit⁸⁵⁵ des Menschen kann keine Methodenlehre vorbeigehen.

⁸⁵² Zu lesen als: "Für alle x, für alle y, für alle z gilt: Wenn y eine Körperverletzung ist und z ein wichtiges Glied und y die Einbusse von z zur Folge hat und x für y strafrechtlich verantwortlich ist, dann ist es geboten, dass x die Rechtsfolge R trifft. $Sxy = x$ ist für y strafrechtlich verantwortlich, vgl. Koch/Rüssmann, Begründungslehre 49.

⁸⁵³ Schwere Körperverletzung: "Hat die Körperverletzung zur Folge, dass der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers, das Sehvermögen auf einem der beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit verliert oder in erheblicher Weise dauernd entstellt wird oder in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfällt, so ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren zu erkennen", entspricht Art. 122 StGB.

⁸⁵⁴ Vgl. N. 14/10 ff.

⁸⁵⁵ Die aktuelle juristische Hermeneutik geht vom Alltag und der Alltagssprache aus, vgl. z.B. Zeller, Auslegung 410. Die Ablehnung der Alltagssprache und des Alltagsverständnisses durch die Neopositivisten (z.B. Koch/Rüssmann, Begründungslehre 2) hat geradezu etwas unmenschliches und totalitäres an sich, gl. A. Bussmann, Semantik 161.

27 Im beginnenden Computer-Zeitalter lag die Bewegung in Richtung kalkulierende Jurisprudenz freilich nahe. So wurde in der amerikanischen Jurisprudenz der 60er Jahre ein eigener Zweig begründet, die "Jurimetrics", die sich u.a. mit der Anwendung der mathematischen Logik auf das Recht⁸⁵⁶ beschäftigt und als Endziel eine rein rationale Rechtsanwendung verfolgt. In letzter Konsequenz ruft die kalkulierende Methodenlehre nicht nach richterlicher Rechtskontrolle, sondern nach dem Computer⁸⁵⁷. Er allein garantiert ein absolut fehlerfreies Kalkulieren. Der menschliche und wertende Einfluss auf die Rechtsanwendung soll minimalisiert oder noch besser ganz ausgeschaltet werden und sich nur noch auf die Gesetzgebung im Sinne von politischer Gestaltung beschränken. /172

28 Gedanklicher Aufwand und praktischer Ertrag fallen bei der kalkulierenden Jurisprudenz besonders auseinander. Die mathematische Formalisierung hielt das Versprechen der Genauigkeit nur auf dem Papier, nicht aber in der Praxis. Die mathematischen Formeln liessen sich nicht auf den Rechtsalltag übertragen. Die Jurimetrics sind in eine Sackgasse geraten; die Gedanken-Ruine von Jurimetrics ist geradezu ein Mahnmal gegen einen extremen Gesetzespositivismus⁸⁵⁸. Die Bewegung "Computer und Recht" hat sich in der Folge von diesen Versuchen abgewendet. Heute beschränkt sich

⁸⁵⁶ Vgl. Reh binder Manfred, Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtstatsachenforschung in den USA, Berlin 1970, S. 29 f.

⁸⁵⁷ Koch/Rüssmann gehen in ihrer Begründungslehre aber nicht so weit.

⁸⁵⁸ Vgl. Reh binder, Fortschritte 15 f. Als besonders abstossendes Beispiel nennt Reh binder: Kort Fred, Simultaneous Equations and Boolean Algebra in the Analysis of Judicial Decisions, Law and Contemporary Problems 28, Nr. 1, S. 143 ff. Busse, Semantik 140 ff. berichtet über einen solchen, vollkommen gescheiterten Versuch in Deutschland. Immer wieder melden sich Autoren mit dem Vorschlag zu Wort, der Richter könne – zumindest in "klaren" Fällen durch einen absolut unparteiischen Computer ersetzt werden: Ott, Rechtspositivismus 231 f., etwa bei "ganz trivialen Rechtsfällen" (vgl. N. 13/10 zur Auslegungsbedürftigkeit aller Gesetze); Dubach, Verwaltungsgerichtsbarkeit 661; Knapp Viktor, Computer und gerichtliche Entscheidung, in: Festschrift für Mario Pedrazzini, Bern 1990, S. 15 ff. Zippelius, Methodenlehre 104 belustigt sich wie folgt: "So erinnert der 'kalkulierende' Jurist gelegentlich etwas an den Mann, der die Hose mit der Beisszange angezogen hat". Und es ist m.E. dabei entscheidend, dass der kalkulierende Jurist es auch mit Beisszange bzw. Computer nicht besser weiss, warum er diese Hose angezogen hat bzw. warum er einer Rechtsregel gerade *so* gefolgt ist, vgl. N. 14/23 ff., insb. N. 14/30.

der Computereinsatz - von unverbesserlichen Neopositivisten einmal abgesehen - auf bescheidenere Vorhaben, namentlich die Erstellung und Aufrechterhaltung juristischer Datenbanken.

IV. Konsequenzen für den Gang der Untersuchung

29 Die Lehren von Friedrich Müller und Hans-Joachim Koch werfen wichtige Fragen auf, welchen sich die weitere Untersuchung widmet.

a) Müller sucht nach einer *normativen Methodologie*. Es ist zumindest prüfenswert - nachdem bis heute keine solche gefunden wurde - ob diese rechtstheoretisch überhaupt möglich ist. Nach Müller soll der Wortlaut die unübersteigbare Schranke jeder Auslegung sein. Er übersieht mit dieser Feststellung freilich den hermeneutischen Zirkel. Denn auch die wörtliche Auslegung garantiert keine methodische Sicherheit. Der Interpret benötigt auch in diesem Fall ein Vorverständnis⁸⁵⁹. /173

b) Koch macht darauf aufmerksam, dass sich Rechtspraxis und Wissenschaft vor allem der *Sprache* bedienen. Die mündliche oder schriftliche Sprache ist das Medium der Jurisprudenz. Es ist von grösster Wichtigkeit für die Methodenlehre, das Zustandekommen von Verstehen und Bedeutung zu analysieren.

Koch baut auf einem sprachphilosophischen Grund auf, der jedenfalls unstritten ist. Ihm gelingt es nur von diesem Boden aus, eine jurimetrische Kunstsprache zu schaffen, die eine geradezu computermässige Gesetzesanwendung garantieren soll. Kann die Vieldeutigkeit der geschriebenen Sprache, namentlich der Gesetze und Präjudizien, erfolgreich mit einer wissenschaftlichen Präzisionssprache bekämpft werden? Im Grunde geht es um die Frage, ob eine solche Sprache die "Wirklichkeit" exakt abbilden kann. Im folgenden sollen beide Anliegen, die Forderung nach einer normativen Methodenlehre und die Analyse der Rechtsanwendung als sprachliches Geschehen, anhand der beiden Sprachphilosophien von Ludwig Wittgenstein weiterverfolgt werden. /174

⁸⁵⁹ Vgl. N. 13/11 ff.

§ 14. Rechtsprechung und analytische Sprachphilosophie

I. Genügt das "Vorverständnis"?

1 Die Hermeneutik misst dem Einfluss des "Vorverständnisses" einen hervorragenden Einfluss auf die Auslegung zu⁸⁶⁰. Diese "Erklärung" für die Wertungsjurisprudenz ist freilich mit dem statischen Begriff "Vorverständnis" verbunden. Es war die Gunst der Zeit, welche der Hermeneutik in der juristischen Methodenlehre einen derart grossen Erfolg beschied⁸⁶¹. Die juristische Hermeneutik hat die Probleme der Methodenlehre nicht verringert. In einer Gegenbewegung dazu sind die Restaurateure des "bequemen" Positivismus am Werk. Die aufgeworfenen grundlegenden Fragen - wie die Gewaltenteilung und die Bindung an das Gesetz - lassen sich mit deduktiven, positivistischen Methoden viel leichter beantworten.

2 Die Hermeneutik hat das Vorverständnis des Interpreten als den (mit-)entscheidenden Faktor der Gesetzesauslegung und -anwendung ausgewiesen, ohne freilich näher darzulegen, wie das Vorverständnis im Rechtsalltag funktioniert. Sollte die gesamte Rechtsanwendung vom Vorurteil der Rechtsanwender⁸⁶² bestimmt sein? Das Wort "Vorverständnis" wird zudem in der gesamten hermeneutischen Literatur nicht richtig klar⁸⁶³. Auch bleibt der hermeneutische Zirkel ungelöst: Wie kommt jemand überhaupt in das Verstehen hinein, wenn doch dazu bereits ein Vorverständnis notwendig ist? Die juristische Methodenlehre hat einige originelle, aber letztlich erfolglose Versuche unternommen, das Vorverständnis operationalisierbar zu machen oder es zumindest nach Sachaspekten zu gliedern, um wenigstens einen rationalen Diskurs zu ermöglichen. Ungeachtet dieser Versuche ist es in der Verwaltungs-

⁸⁶⁰ Vgl. N. 13/11 ff.

⁸⁶¹ Vgl. N. 13/14.

⁸⁶² Das Vorverständnis (bzw. die Subjektivität des Rechtsanwenders) war Gegenstand fruchtloser Operationalisierungen durch die Richtersozioologie. Zwischen sozialer Herkunft der Richter und ihren Entscheidungen konnte überhaupt keine Korrelation nachgewiesen werden. Der Vorwurf der "Klassenjustiz" erweis sich als haltlos, vgl. Röhl, Rechtssoziologie 344 ff.; Rehbinder, Fortschritte 11 ff.

⁸⁶³ Vgl. N. 13/20.

und Gerichtspraxis beim traditionellen "Methodensynkretis- /175 mus"⁸⁶⁴ geblieben.

Die Hermeneutik als Lehre vom "Verstehen" stellt vor allem auf sprachliche Vorgänge und situative Kontexte ab. Das Vorverständnis bezeichnet einen ganzen Theorienkomplex über sprachliches, soziales und intersubjektives Verstehen. Es lädt geradezu ein, eine auf den Phänomenen beruhende und *verstehende* Sprachphilosophie zu entwickeln.

3 Jurisprudenz und Rechtsanwendung spielen sich im Medium der Sprache ab und sind davon entscheidend geprägt⁸⁶⁵. So ist nur an die Bedeutung der mündlich gesprochenen Sprache (Parlamentsdebatten, Gerichtsverhandlungen, Vertragsverhandlungen, Beweisaufnahmen usw.) und der schriftlichen Sprache (Gesetzestexte, Präjudizien, Schrifttum) zu erinnern. In der Rechtsanwendung besteht das wichtigste Phänomen in der *sprachlichen Auseinandersetzung* der Parteien um Sachverhalt und Gesetz. Jeder beruft sich zur Rechtfertigung seiner Handlungsweisen und seiner Anliegen auf das Gesetz⁸⁶⁶. Von daher drängt es sich auf, den Vorgang der Rechtsanwendung aus der Sicht einer "verstehenden" Sprachphilosophie zu analysieren. Nun gibt es freilich nicht *eine* einzige Sprachphilosophie; die philosophische Forschung bietet vielmehr eine Reihe von zum Teil gegensätzlichen Konzepten an.

4 In diesem Jahrhundert hat die von Ludwig Wittgenstein (1889-1951) entwickelte (analytische) Sprachphilosophie eine ungeahnte Bedeutung erlangt. Wittgenstein hat nicht etwa eine Sprachphilosophie hinterlassen, sondern er hat zwei, in gewissen Punkten einander diametral entgegengesetzte Sprachphilosophien entworfen. Die erste frühe Philosophie wird mit Wittgenstein I⁸⁶⁷ (Abbild- oder Korrespondenztheorie der Bedeutung) und die spätere analytische Sprachphilosophie wird mit Wittgenstein II⁸⁶⁸ bezeichnet. In der /176 juristi-

⁸⁶⁴ Vgl. N. 13/14 m.H.

⁸⁶⁵ Vgl. N. 4/9.

⁸⁶⁶ Vgl. N. 16/27 zur "strategischen Nutzung" der Gesetzesbindung.

⁸⁶⁷ Vgl. z.B. Stegmüller, Hauptströmungen I 524.

⁸⁶⁸ Vgl. Stegmüller, Hauptströmungen I 561. Heute sind vor allem aus den Schriften der

schen Methodenlehre wurde immer wieder versucht, die Rechtsanwendung mit möglichst genauen Definitionen und einer formalen Logik als ein gesetzestbestimmtes Verhalten aufzufassen⁸⁶⁹. Oder es wurde die strikte Bindung des Rechtsanwenders an den "Wortlaut" der Norm als genügend "bindend" angesehen. Der sprachphilosophische Hintergrund dieser Vorschläge wird erst mit Blick auf Wittgensteins Überlegungen deutlich.

5 Für die juristische Methodenlehre - dies sei vorausgeschickt - hat Wittgenstein II nicht deshalb eine Bedeutung, weil er eine Gebrauchstheorie der Wörter und Sätze entwickelte und damit deren Bedeutung zu erklären suchte. Bedeutsam ist vielmehr sein Konzept des "*Regelfolgens*". Was bedeutet es, einer sozialen (sprachlich abgefassten Rechts-) Regel zu folgen? Lässt sich die Einhaltung einer Regel exakt nachkontrollieren? Die Antwort auf diese Fragen ist für die juristische Methodenlehre und die hier erforderlichen methodologischen Überlegungen wichtig⁸⁷⁰. Der an der Universität Cambridge lehrende Wittgenstein war vor allem von der angelsächsischen Philosophie rezipiert worden. Die deutschsprachige Rechtstheorie und Methodenlehre hatte bedauerlicherweise infolge einer verstümmelten und verkürzten Rezeption eigentliche Fehlinterpretationen und Missverständnisse zementiert⁸⁷¹. Die Methodenlehre hat namentlich das wichtige Konzept des Regelfolgens *nicht* erkannt⁸⁷². /177

"Übergangszeit" grundlegende Verbindungen zwischen beiden Philosophien erhellt worden, vgl. Kenny, Wittgenstein 255 ff.

Wittgenstein II gilt als Begründer der "analytischen" Sprachphilosophie. Allerdings bestehen zwischen Vertretern der analytischen Sprachphilosophie und Wittgensteinianern mitunter unüberbrückbare Gegensätze. Wird die "Analyse" als Suche nach dem Wesen der Sprache verstanden, so stünde diese Art der analytischen Sprachphilosophie in diametralem Gegensatz zu Wittgenstein II, der jeglichen Essentialismus bekämpfte, vgl. Stegmüller, Hauptströmungen I 569.

⁸⁶⁹ So Hans-Joachim Koch, vgl. N. 13/21 ff.

⁸⁷⁰ Vgl. N. 1/6, 13/1 ff.

⁸⁷¹ Gl. A. Busse, Regeln 24 f.; Rottleuthner, Handeln 25. Vgl. etwa die in N. 14/11 bzw. N. 14/24 genannten Beiträge von Roellecke bzw. Schiffauer.

⁸⁷² Vgl. z.B. Larenz, Methodenlehre 201 ff.; Zeller, Auslegung 107 f. beschäftigen sich nur

II. Wittgensteins frühe (I) und späte (II) Philosophie

1. Abbildtheorie der Bedeutung

6 Die Abbildtheorie der Bedeutung⁸⁷³ ist nicht eine Entdeckung des jungen Wittgenstein. Das Modell ist vielmehr seit der Antike bekannt⁸⁷⁴, wengleich Wittgenstein ihm eine besondere, wissenschaftliche Ausprägung gab. Wittgenstein hatte davon erfahren, dass in Pariser Gerichten Verkehrsunfälle mit Spielzeugautos und Puppen rekonstruiert wurden⁸⁷⁵. Ein Zusammenstoß zwischen einem Lastwagen und einem Kinderwagen wurde beispielsweise durch das Zusammenstellen eines Spielzeuglastwagens und eines Spielzeugkinderwagens dargestellt. Für Wittgenstein illustrierte dieses Vorgehen geradezu mustergültig seine im "Tractatus-logico-philosophicus" (1921) entwickelte *Abbild- oder Korrespondenztheorie der Bedeutung*. Eine bestimmte Stellung des Spielzeuglastwagens und des Spielzeugkinderwagens vermag die wirkliche Stellung des Lastwagens und des Kinderwagens zur Zeit des Unfalls darzustellen. Dies ist aber nur dann möglich, wenn die Spielzeugfahrzeuge die wirklichen Fahrzeuge *vertreten*. Erst diese abbildende Beziehung macht ein Bild zu einem Bild⁸⁷⁶. Die räumliche Beziehung zwischen den *Spielzeugfahr-*

mit dem "Sprachspiel oder dem berühmten § 43 der PU (= Philosophische Untersuchungen) I; Bydlinski, Methodenlehre 303 Anm. 241 tritt mangels "Kompetenz" nicht auf Wittgenstein ein und verwendet nur solche "bereits vorliegende Ergebnisse" der Philosophie, welche "rechtswissenschaftlich verarbeitet" sind; Pawlowski Hans-Martin, Methodenlehre für Juristen, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 12 erwähnt Wittgenstein lediglich.

⁸⁷³ Die Bezeichnungen sind ziemlich unterschiedlich, z.B. nach Mehan/Wood, Reality 182 ff., "correspondence theory of meaning" (Korrespondenztheorie); Stegmüller, Hauptströmungen I 535, "Mosaiktheorie".

⁸⁷⁴ Vgl. Wittgenstein, PU I § 1, 46 (Augustinus); Kripke, Regeln 93.

⁸⁷⁵ Tagebücher 1914-1916, in: Werkausgabe, Band I, S. 94 ff., insb. S. 94 f., Eintrag vom 29.9.1914 unter Verweis auf TLP, Ziff. 4.031, S. 29; vgl. Kenny, Wittgenstein 70 ff.

⁸⁷⁶ Wittgenstein, TLP 2.1514, S. 14.

zeugen stellt die räumliche Beziehung zwischen den *wirklichen Fahrzeugen* dar.

7 Entsprechende Überlegungen gelten für die menschliche Sprache; der frühe Wittgenstein glaubte, *sie bilde die Wirklichkeit ab*. Die Sätze sind der wahrnehmbare Ausdruck von Gedanken, und Gedanken sind logische Bilder von Tatsachen. Sätze und Gedanken stellten im wörtlichen Sinne Bilder dar. Dies ist jedoch nicht immer erkennbar, weil die Sprache den Gedanken bis zur Unkenntlichkeit verkleidet, wie es das folgende, einfache Beispiel illustriert. Der Satz "X liegt links von Y" sagt etwas anderes aus als "Y liegt links von X", obwohl beide Sätze aus den gleichen Wörtern bestehen. Woher kommt es, dass der erste Satz, nicht aber der zweite bedeutet, X liege links von Y? Es kommt daher: Das Zeichen "X" steht im Rahmen des ersten und nicht des zweiten Satzes links von "Y". Hier symbolisiert also die räumliche Beziehung /178 zwischen den Wörtern die räumliche Beziehung zwischen Gegenständen. Der Satz bildet die Wirklichkeit unmittelbar ab⁸⁷⁷. Damit besteht ein *Isomorphismus* zwischen der Tatsache, dass die aussersprachlichen, "wirklichen" Elemente in bestimmter Weise geordnet sind und deren sprachlicher Abbildung⁸⁷⁸.

8 Nach dem *Tractatus-logico-philosophicus* muss zwischen jedem Bild und dem Abgebildeten eine Gemeinsamkeit bestehen. Diese nennt Wittgenstein "*logische Form*"⁸⁷⁹. Jeder Satz muss mit dem Abgebildeten eine gemeinsame logische Form haben. Im üblichen Sprachgebrauch wird die logische Form der Gedanken von einem Schleier umhüllt. Dieser Schleier lässt sich heben, indem man die hochgradige Komplexität der Sätze zerlegt, bis man zu völlig unzusammengesetzten Bestandteilen, den sogenannten "*Elementarsätzen*" gelangt⁸⁸⁰. Jeder sinnvolle Satz muss sich durch eine vollständige Analyse in eine Wahrheitsfunktion von weiter nicht analysierbaren "Elementarsätzen"

⁸⁷⁷ Vgl. Wittgenstein, TLP Ziff. 4.01, 1. Satz, S. 26; Stegmüller, Hauptströmungen I 544.

⁸⁷⁸ Vgl. Kripke, Regeln 108; Stegmüller, Hauptströmungen I 539.

⁸⁷⁹ Wittgenstein, TLP Ziff 2.2., S. 16.

⁸⁸⁰ Vgl. Wittgenstein, TLP Ziff. 421, S. 38.

umwandeln lassen⁸⁸¹. Ein auf diese Weise zerlegter Satz besteht also aus einer langen Kette von unteilbaren Sätzen (*Elementar- oder eben Atomsätzen*), von denen jeder die Namen einfacher Gegenstände ("Sachen", "Dinge") enthält⁸⁸². Die logischen Beziehungen zwischen den Namen bilden die Beziehungen zwischen den bezeichneten Gegenständen richtig oder falsch ab. Diese logische Sprachphilosophie will die Scheinsätze der Philosophie entlarven, die *kein Bild der Wirklichkeit liefern*. Das Ziel dieser Sprachphilosophie ist die Konstruktion einer *formalisierten Kunstsprache*; das Leitbild ist demnach die wissenschaftliche und nicht die alltägliche Sprache.

9 Der dargelegte methodische Ansatz von Hans-Joachim Koch⁸⁸³ beruht mit der semantischen Interpretation der Gesetze auf eben dieser logischen, rein abbildenden Sprachphilosophie. Die Ähnlichkeiten zwischen Wittgenstein I und Koch sind frappant; er sucht wie der junge Wittgenstein eine exakte, wissenschaftliche Kunstsprache zu entwickeln. Die Problematik eines solchen /179 Bemühens wird aus dem Blickwinkel von Wittgensteins zweiter Philosophie deutlich.

2. Grundzüge von Wittgensteins Spätphilosophie

a.) *Ablehnung der Abbildtheorie*

10 Wittgenstein hat später wesentliche Annahmen des *Tractatus-logico-philosophicus* verworfen. Sein späteres Werk, das erst nach seinem Tode publiziert worden ist, beinhaltet damit zugleich eine Kritik entsprechender Auffassungen in der juristischen Methodenlehre. Er lehnt die *ontologische Aussage* ab, die

⁸⁸¹ Es handelt sich um eine Theorie der Wahrheitsbedingungen (ebenso wie bei Koch/ Rüssmann, Begründungslehre 144, die ihre Methodenlehre auf der Abbildtheorie der Bedeutung aufbauen), währenddem der späte Wittgenstein eine Theorie der Behauptbarkeitsbedingungen aufstellte, vgl. Kripke, Regeln 139.

⁸⁸² Es handelt sich um den logischen bzw. ontologischen Atomismus, vgl. Stegmüller, Hauptströmungen I 535 bzw. Busse, Bedeutung 101.

⁸⁸³ Vgl. N. 13/21 ff.

Wirklichkeit sei als Tatsache nur auf eine eindeutige Weise bis hin zu unteilbaren Ur-Bestandteilen zerleg- und abbildbar⁸⁸⁴. Zugleich lehnt er damit die spekulative Scheidung einer geistig-sprachlichen Sphäre von Gedanken (im Sinne des Idealismus oder Essentialismus) von der sog. aussersprachlichen Wirklichkeit ("Welt", "Tatsachen") ab⁸⁸⁵. Die "Wirklichkeit" als (metaphysische) Abstraktion kann gar kein sinnvolles Thema der Philosophie und auch nicht der Methodenlehre sein⁸⁸⁶. Damit bildet die Sprache die Wirklichkeit auch nicht ab. Das Ideal einer absolut exakten, nur den Ur-Bestandteilen und den Gesetzen der formalen Logik folgenden *Wissenschaftssprache* fällt in sich zusammen⁸⁸⁷.

11 Wittgenstein befasste sich seit 1929 ausschliesslich mit der Widerlegung seiner früheren Thesen und entsprechender sprachphilosophischer Anschauungen⁸⁸⁸. Nicht selten wird daher die Auffassung vertreten, Wittgenstein sei ein destruktiver Geist gewesen, der lediglich die Philosophie kritisiere, aber positiv nichts zur Erhellung der philosophischen Probleme beitrage. Namentlich seine sokratisch-fragende Methode mag bei oberflächlicher Betrachtung

⁸⁸⁴ Nach Stegmüller, Hauptströmungen I 565 stellt dies das "ontologische Grundgerüst" der absolut exakten Idealsprache dar, vgl. Stegmüller, Hauptströmungen 565. Das Exaktheitsideal wird an die Sprache herangetragen und ihr geradezu aufgezwungen, vgl. N. 14/35.

⁸⁸⁵ Viele juristische Methodenlehren und Lehrbücher setzen immer noch den ontologischen Dualismus von Geist (Sprache, Normen) und Materie ("aussersprachliche Wirklichkeit") voraus, vgl. z.B. F. Müller, Methodik 108; Zäch, Recht 45; Koch/Rüssmann, Begründungslehre 138. So haben bereits David Hume und George Berkely diese Unterscheidung als für die Philosophie fruchtlos angesehen, vgl. Kripke, Regeln 84 f. m.w.H.; vgl. auch Stegmüller, Hauptströmungen I 598 f.

⁸⁸⁶ Vgl. Wittgenstein, PU I § 116. Wittgenstein leugnet selbstverständlich die "Wirklichkeit" dieses Tisches, an dem ich jetzt schreibe, nicht. Er erklärt nur, dass diese Wirklichkeit kein Thema der Philosophie sei, weil es bloss durch die Struktur der menschlichen Sprache zum philosophischen Scheinthema erhoben werden könne.

⁸⁸⁷ Wittgenstein hat die Kritik in seinem Hauptwerk, den 1953 posthum veröffentlichten "philosophischen Untersuchungen", Teil I §§ 46 ff. dargelegt; vgl. ferner Wittgenstein, Vermischte Bemerkungen 502 ("Dasjenige").

⁸⁸⁸ Vgl. Wright, Wittgenstein 37 f.

den Anschein erwecken, Wittgenstein habe eine unsystematische Aphorismensammlung hinterlassen⁸⁸⁹. Die eingehende Beschäftigung mit seiner Philosophie und die Wirkungsgeschichte belegen das Gegenteil: Wittgenstein ist gewiss kein (Kalenderblatt-) Aphorist⁸⁹⁰. Wittgenstein konnte seine Spätphilosophie nicht in einem konventionellen Buch mit Fussnoten, Kapitelüberschriften und einer feingegliederten Disposition darlegen; das Thema sperrte sich förmlich dagegen⁸⁹¹. Wittgenstein spielt im Vorwort seines Hauptwerkes auf den eigenartigen Charakter seiner Philosophie und seiner Sprache an⁸⁹²:

"Nach manchen missglückten Versuchen, meine Ergebnisse zu einem solchen Ganzen zusammenzuschweissen, sah ich ein, dass mir dies nie gelingen würde. Dass das beste, was ich schreiben konnte, immer nur philosophische Bemerkungen bleiben würden, dass meine Gedanken bald erlahmten, wenn ich versuchte, sie, gegen ihre natürliche Neigung, in einer Richtung weiterzuzwingen. - Und dies hing freilich mit der Natur der Untersuchungen selbst zusammen. Sie nämlich zwingt uns, ein weites Gedankengebiet, kreuz und quer, nach allen Richtungen hin zu durchreisen".

Wittgenstein wollte die Hauptquellen für philosophische Schwierigkeiten aufdecken. "Die Philosophie ist ein Kampf gegen die Verhexung unseres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache"⁸⁹³. Wittgenstein hat zwar ledig-

⁸⁸⁹ So aber Koch/Rüssmann, Begründungslehre 162 oder Roellecke Gerd, Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Ludwig Wittgensteins, in: Festschrift für Gerhard Müller, Tübingen 1970, S. 323 ff., insb. S. 332. Nicht einmal die "Vermischten Bemerkungen" - es handelt sich um von den Nachlassverwaltern publizierte Bruchstücke - haben einen aphoristischen Charakter, vgl. das Vorwort von G.H. von Wright, S. 447 f.

⁸⁹⁰ Vgl. z.B. Stegmüller, Hauptströmungen I 563.

⁸⁹¹ Vgl. Kripke, Regeln 15, 91 f.

⁸⁹² So Wittgenstein im Vorwort seiner Philosophischen Untersuchungen, S. 231; vgl. auch den Entwurf in den Vermischten Bemerkungen 458 f. und 489 ("Wenn ich").

⁸⁹³ Wittgenstein, PU I § 109; vgl. auch Wittgenstein, Vermischte Bemerkungen 460, 470, und vor allem 474 f.: "Irrwege der Sprache".

lich den *Tractatus-logico-philosophicus* publiziert, hinterliess aber in Cambridge eine philosophische Schule⁸⁹⁴, welche seine Werke verbreitete. /181

12 Die deutschsprachige Methodenlehre befasste sich nur unzulänglich mit Wittgenstein⁸⁹⁵. Dies hängt damit zusammen, dass seine Philosophie fast ausschliesslich im angelsächsischen Sprachbereich wahrgenommen und dort weiterentwickelt wurde⁸⁹⁶. Erschwerend kommt noch hinzu, dass die Philosophischen Untersuchungen - obwohl in einem meisterhaften, einfachen und verständlichen Stil geschrieben -, wohl zu den schwierigsten Werken der abendländischen Philosophiegeschichte gehören⁸⁹⁷

b.) *Theorie der Wortbedeutung*

13 Nach der semantischen Auslegungslehre und der frühen Philosophie von Wittgenstein bezeichnet ein Prädikat (Name) einen jeweils in der ausser-sprachlichen Wirklichkeit vorhandenen Gegenstand. Der Name ist ein abhängiger Stellvertreter des Gegenstandes. Wittgenstein unterscheidet in den philosophischen Untersuchungen scharf zwischen dem Namensträger und der Bedeutung des Namens. Dem Namen entspricht ein Träger⁸⁹⁸, aber nicht eine (vorgegebene) Bedeutung. Auf diese Weise kann Herr X als Namensträger sterben; die Bedeutung seines Namens geht deshalb nicht verloren. Ausgangspunkt seiner philosophischen Untersuchungen ist die Frage, wie der *Zusammenhang* zwischen dem *sprachlichen Ausdruck und dessen Bedeutung* hergestellt wird. Kommt dieser Zusammenhang durch eine *Konvention* der Gesellschaft, durch eine vorgegebene *natürliche Idee* oder eine besondere geistige *Intention* ("Meinen") des Sprechers zustande⁸⁹⁹? Wittgenstein ver-

⁸⁹⁴ Vgl. Wright, Wittgenstein 38 ff. Zur Publikation des riesigen Nachlasses, vgl. ebenda S. 45 ff.

⁸⁹⁵ Vgl. N. 14/5.

⁸⁹⁶ Vgl. den hervorragenden Sammelband: Patterson Dennis M. (Ed.), Wittgenstein and Legal Theory, Boulder/San Francisco/Oxford 1992.

⁸⁹⁷ Gl. A. Stegmüller, Hauptströmungen I 563.

⁸⁹⁸ Vgl. Wittgenstein, PU I § 55.

⁸⁹⁹ Siehe die knappe Darstellung dieser Auffassungen bei Koch/Rüssmann, Begründungs-

wirft alle diese Auffassungen, vor allem aber die letzte. Nach dieser von ihm bekämpften Auffassung stellen die Wörter willkürliche Zeichen dar, die jederzeit geändert werden können. Der hinter jedem Wort stattfindende, intentionale geistige Akt des Meinens kann auf *irgendwelche Wörter* hinzielen; damit könnte durch eine geänderte Intention das Wort "Hund" Katze bedeuten und der Satz, "Hunde miauen" wäre wahr⁹⁰⁰. Wittgenstein hat unter vielen Beispielen⁹⁰¹ etwa das folgende formuliert: /182

"Wenn ich sage 'Herr Schweizer ist kein Schweizer', so meine ich das erste 'Schweizer' als Eigenname, das zweite als Gattungsname. Muss da also beim ersten 'Schweizer' etwas anderes in meinem Geiste vorgehen als beim zweiten? (Es sei denn, dass ich den Satz 'papageienhaft' ausspreche.) - Versuch, das erste 'Schweizer' als Gattungsnamen und das zweite als Eigennamen zu meinen! - Wie macht man das? Wenn *ich's* tue, blinzele ich mit den Augen vor Anstrengung, indem ich versuche, mir bei jedem der beiden Worte die richtige Bedeutung vorzuführen. - Aber führe ich mir denn auch beim gewöhnlichen Gebrauch der Wörter ihre Bedeutung vor?"⁹⁰²

14 Wäre das Sprechen von einem inneren, nichtsprachlichen Akt des Intendierens (Meinens) begleitet, so müssten diese Arten von Experimenten ohne weiteres gelingen. Ihr Misslingen offenbart aber, dass die Theorie des Bedeutungsgebens durch "Meinen" auf einem grundlegenden Irrtum aufbaut. Würde der innere Akt des Meinens wirklich die Bedeutung herstellen, so könnten diese Akte nicht nur mit beliebigen Zeichen (z.B. Wörtern, Symbolen) assoziiert sein, sie könnten sich sogar in gänzlicher Sprachunab-

lehre 158 f.

⁹⁰⁰ Vgl. das Beispiel bei Koch/Rüssmann, Begründungslehre 159.

⁹⁰¹ Vgl. das vielzitierte Beispiel abcd = Das Wetter ist schön, PU I § 508 und 509.

⁹⁰² PU Iii zweitletzter Absatz, S. 493.

hängigkeit abspielen⁹⁰³. Man müsste mit irgendeinem Ausdruck etwas meinen können, ohne überhaupt etwas zu sagen. Das ist offenbar absurd⁹⁰⁴.

15 An die Stelle der bedeutungsverleihenden Meinungsakte tritt die Idee, dass man mit sprachlichen Ausdrücken⁹⁰⁵:

"rechnet, operiert, sie mit der Zeit in dieses oder jenes Bild überführt. - Es ist, als glaubte man, dass etwa die schriftliche Anweisung auf eine Kuh, die mir einer ausfolgen soll, immer von einer Vorstellung einer Kuh begleitet sein müsse, damit diese Anweisung nicht ihren Sinn verliere".

16 Worte, sprachliche Ausdrücke und Sätze erhalten ihre Bedeutung durch den Gebrauch oder die Verwendung in der Sprache, im Sprechen als Tätigkeit selber. Selbstverständlich gibt es ein "Meinen" im Sinne eines absichtsvollen Sprachgebrauchs; die sprachlichen Ausdrücke werden mit bestimmten Absichten eingesetzt⁹⁰⁶. Wird dasselbe Wort verschieden gebraucht, so erhält es dementsprechend verschiedene Bedeutungen. In Sprechsituationen sind dafür namentlich die Betonung, der Tonfall oder der Gesichtsausdruck /**183** massgebend⁹⁰⁷. Der eigentliche Ausgangspunkt für Wittgensteins Spätphilosophie ist der § 43 der Philosophischen Untersuchungen:

"Man kann für eine *grosse* Klasse von Fällen der Benützung des Wortes "Bedeutung" - wenn auch nicht für alle Fälle seiner Benützung - dieses Wort so erklären: Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache".

⁹⁰³ Vgl. Stegmüller, Hauptströmungen I 572, vgl. eingehend S. 645 ff.

⁹⁰⁴ Siehe zu weitergehenden Überlegungen, ob die Behandlung abstrakter Fragestellungen ohne Sprache möglich ist, Wittgenstein, PU I § 342, § 661.

⁹⁰⁵ Wittgenstein, PU I § 449.

⁹⁰⁶ Vgl. Wittgenstein, PU IIxi, S. 553; Busse, Bedeutung 103.

⁹⁰⁷ Namentlich für Sätze wie: "Komm!" oder "Kommst Du?", Wittgenstein spricht in diesem Zusammenhang von "Satzradikal", vgl. PU, S. 27.

17 Dieses berühmt gewordene Wittgenstein-Zitat ist nicht das Endergebnis seiner Sprachphilosophie⁹⁰⁸, sondern ihr Ausgangspunkt. Der Gebrauch eines Wortes in der Sprache ist *nicht wesentlich festgelegt* und damit in irgendeinem geistigen Prinzip verankert. Die sprachlichen Zeichen tragen kein Wesen in sich, sondern erst im Gebrauch selber kommt das Zeichen zum Leben⁹⁰⁹.

Die juristische Methodenlehre ist zumindest auf die Gebrauchstheorie der Bedeutung aufmerksam geworden und hat referierend darauf hingewiesen⁹¹⁰. Allerdings bietet § 43 der PU isoliert betrachtet immer noch genügend Möglichkeiten, um in einer essentialistischen Weise umgedeutet zu werden⁹¹¹. So könnte man versucht sein, eine semantische Analyse der Verwendungsregeln sprachlicher Ausdrücke durchzuführen, um zur exakten, wesentlich festgelegten Bedeutung zu gelangen⁹¹². /184

⁹⁰⁸ Als das es in den (zu) kurzen Darstellungen immer wieder ausgegeben wird. Das knappe Zitat sagt allein wenig aus und ist leicht missverständlicher Deutung zugänglich, vgl. N. 14/5 und 14/19.

⁹⁰⁹ Vgl. Wittgenstein, PU I § 432.

⁹¹⁰ Vgl. z.B. Larenz, Methodenlehre 201 ff.; Rhinow, Rechtsetzung 149 Anm. 129. Koch, Seminar 39 hat sich noch auf Wittgenstein, PU I § 43 berufen und den Essentialismus abgelehnt (vgl. S. 40). Im späteren Gemeinschaftswerk haben Koch/Rüssmann, Begründungslehre 136 die Position der "Neo-Intentionalisten" (S. 160 ff.) übernommen und Wittgenstein II verworfen. Zeller, Auslegung 89 hält - gestützt auf Ullmann Stephen, Semantik, Frankfurt a.M. 1973, S. 61, 83 f. - den Intentionalismus für absolut notwendig, weil ansonsten Wörterbücher unmöglich wären! Die Naivität dieser Argumentation spricht für sich selbst, vgl. Wittgenstein, PU I § 309 und Busse, Semantik 270 f.

⁹¹¹ Dies geschieht etwa bei Koch, Seminar 39 oder Zeller, Auslegung 89. Stegmüller, Hauptströmungen I 577 und Busse, Regeln 28 sprechen in diesem Zusammenhang von "atomistischen" Missdeutungen.

⁹¹² So das Vorgehen von Koch, Seminar 41 ff. zu den fünf Klassen des semantischen Begriffsapparates, vgl. N. 13/22. Die juristische Methodenlehre hat dieses semantische Vokabular aufgegriffen, vgl. z.B. Hassemer, Einführung 180 ff.

c.) *Sprachspiele*

18 Mit dem Wort "Gebrauch" meint Wittgenstein nicht irgendeinen unüblichen Gebrauch eines Wortes, sondern den korrekten Gebrauch⁹¹³. Ein richtiger oder falscher Gebrauch eines sprachlichen Ausdrucks setzt *Regeln* voraus, die zu befolgen sind. Es gibt eine grosse Anzahl solcher Regeln, die aber auf verschiedenen Ebenen liegen. Wittgenstein unterscheidet namentlich die "Oberflächengrammatik" und die "Tiefengrammatik" der Sprache⁹¹⁴; erstere meint in üblichem Sinne die Weise, in der ein Wort im Gefüge einer bestimmten Äusserung zu verwenden ist. Die letztere, für die sich Wittgenstein vor allem interessiert, bezeichnet den Zweck der Lebensform, in der dieses Wort eine Rolle spielt. Man darf sich durch die einigermaßen klare und einfache Struktur der Oberflächengrammatik nicht ein zu einfaches und schematisches Bild der Sprache vortäuschen lassen.

19 Der Ausdruck *Sprachspiel* ist nicht zufällig gewählt; der Vergleich mit dem *Schachspiel* beispielsweise liegt nahe. Wie im Schachspiel mit Figuren, so wird auch in einem Sprachspiel nach Regeln mit Wörtern und Sätzen operiert⁹¹⁵. Die Realisierung des Schachspiels besteht in einem bestimmten Operieren mit Spielfiguren; die Umsetzung eines Sprachspiels besteht in einem Operieren mit Wörtern und Sätzen in einem situativen Kontext. Beide Spiele werden von Regeln beherrscht. Die Bedeutungen der einzelnen Spielfiguren (seien es nun Schachfiguren oder sprachliche Ausdrücke) versteht man erst, wenn man die Spielregeln, d.h. die für die einzelnen

⁹¹³ Vgl. Stegmüller, Hauptströmungen I 585.

⁹¹⁴ Vgl. Wittgenstein, PU I § 664.

⁹¹⁵ Vgl. N. 14/15. Eine isolierte Betrachtung einzelner Grundbegriffe der analytischen Sprachphilosophie, wie etwa "Sprachspiel", ist sinnlos. So kommt Zeller, Auslegung 107 f. auf diese Weise zum wenig erstaunlichen Resultat, dass "die Bezeichnung Sprachspiel für den praktisch tätigen Juristen nichts Neues" bringe. Zeller hat den Begriff missverstanden; es geht nicht um einen mehr oder minder gepflegten Umgangston. Auch kann man gar nicht aus dem Sprachspiel "herausfallen"; es gibt keine Möglichkeit, im Spiel nicht mitzumachen, vgl. Kemmerling, Regel 125. Wer am Sprachspiel nicht Anteil hat, ist "geisteskrank", vgl. N. 14/27 und die empirischen Untersuchungen zu Geisteskranken N. 15/10 ff.

Figuren geltenden Zugregeln, kennt. Man könnte daher geradezu von einer "Schachtheorie der Sprache" (W. Stegmüller⁹¹⁶) sprechen. Das Schachbild der Sprache gibt freilich die Situation nicht korrekt wieder; zwischen beiden "Spielen" bestehen /185 bedeutende Unterschiede⁹¹⁷. Namentlich sind bei Unterhaltungsspielen die Regeln so präzise wie mathematische Regeln formuliert. Beim Sprachspiel sind die Regeln der "Tiefengrammatik" keine absolut präzisierbaren Regeln, was aber keineswegs bedeutet, dass die Sprache mangelhaft präzise ist⁹¹⁸. Diese Tiefenregeln sind vielmehr in gewisser Weise elastisch und einer Weiterentwicklung fähig.

20 Das zentrale Wort "*Sprachspiel*" will hervorheben, dass das Sprechen und Schreiben einer Sprache Teil einer viel umfassenderen Tätigkeit, eben einer "*Lebensform*" ist. Die sprachlichen Äusserungen sind stets in einen Kontext von Handlungen eingebettet. Beispiele von Sprachspielen sind etwa: eine Geschichte erfinden und erzählen, Theater spielen, Bitten, Fluchen oder Beten u.a.m.⁹¹⁹. Sprachspiele umfassen immer grössere Zusammenhänge; es sind nicht bloss isolierte, einzelne Sprechhandlungen. Der Gebrauch eines Wortes ist innerhalb eines solchen Sprachspieles zu sehen. Was innerhalb einer einzelnen Sprechhandlung geäussert wird, kann mit zahlreichen anderen Faktoren im Zusammenhang stehen, etwa was der Sprechende vorher sagte oder welche Handlungen er und seine Sprechpartner vollzogen haben (Lachen, Grimassen ziehen, Gesten usw.). Die Regeln für den Gebrauch im Sinne der Tiefengrammatik sind die das Sprachspiel beherrschenden Regeln. Das gesamte soziale Tätigkeitsfeld der Menschen ist als Lebensform mit der Sprachbeherrschung verwoben. *Sprechen und menschliches Leben* kann nicht voneinander abgetrennt werden; für sich allein würde die Sprache sinnlos. "Wenn ein Löwe sprechen könnte, wir könnten ihn nicht verstehen"⁹²⁰. Witt-

⁹¹⁶ Vgl. Stegmüller Wolfgang, Das Wahrheitsproblem und die Idee der Semantik, 2. A, Wien/ New York 1968, S. 282.

⁹¹⁷ Vgl. Stegmüller, Hauptströmungen I 593.

⁹¹⁸ Vgl. Wittgenstein, PU I § 88 und N. 14/30.

⁹¹⁹ Wittgenstein, PU I § 23.

⁹²⁰ Wittgenstein, PU I § 358.

gensteins Sprachphilosophie erweist sich auf diese Weise als soziale Wissenschaft; sie stellt ganz auf die mit-menschliche Situation im Alltag ab. Die Regeln der Tiefengrammatik können nicht in einem wissenschaftlichen Elfenbeinturm erforscht werden. Eine vom Alltag der Menschen abgeschnittene Kunstsprache (etwa im Sinne logischer Operationen), die jegliche Unbestimmtheit vermeidet und vollkommen exakt ist, kann es nicht geben. Die Alltagssprache, aber auch die (alltäglichen) Sondersprachen der Wissenschaft sind untrennbar mit der Lebensform der Menschen verbunden.

21 Die einzelnen Sprachspiele weisen mehr oder weniger grosse Ähnlichkeiten /186 auf. Wittgenstein hat diese Gemeinsamkeiten der Sprachspiele einer Lebensform als *Familienähnlichkeit* bezeichnet⁹²¹. Wie bei Mitgliedern einer Familie gleichen einander die einzelnen Sprachspiele in gewissen Punkten und in andern nicht. Wichtig ist dabei, dass *die* Ähnlichkeit nicht nach vorgegebenen Kriterien festgemacht werden kann. Sprachspiele, die eben durch Familienähnlichkeit miteinander verknüpft sind, bilden eine *Lebensform*. Der Begriff Familienähnlichkeit umschreibt Wittgensteins Haltung zum Essentialismus deutlich. Es gibt nicht eine Idee, eine Essenz oder ein Wesen, die allen Sprachspielen gemeinsam ist⁹²². Es handelt sich lediglich um sektorielle, nicht aber wesenhaft, alles übergreifende Gleichartigkeiten, eben Familienähnlichkeiten.

⁹²¹ Vgl. Wittgenstein, PU I § 67.

⁹²² Vgl. Smith, Fallacy 186; Stegmüller, Hauptströmungen I 611 f. Gerade deshalb mit Wittgenstein II unvereinbar ist der Versuch von Canaris Claus-Wilhelm, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993 377 ff., insb. S. 381 den *konkret-allgemeinen* Begriff Larenz' auf die analytische Philosophie abzustützen.

III. Rechtsprechung als Regelbefolgung

22 Wittgenstein behandelt mit seinem Konzept des Regelfolgens einen zentralen Punkt seiner Philosophie. Namentlich anhand der von Wittgenstein gewählten Beispiele zeigt sich, dass sein Konzept für soziale Regeln und insbesondere für die juristische Methode der Rechtsanwendung fruchtbar gemacht werden kann⁹²³. Der Rechtsanwender - sei dies eine Verwaltungsbehörde oder der Richter - beurteilt das Handeln von Privaten und Vorinstanzen anhand von Rechtsregeln. Er beurteilt also fremdes und nicht eigenes Handeln. Nach Wittgenstein ist diese Konstellation dem Regelfolgen immanent. Von meinen Handlungen kann ich nicht sagen, welchen Regeln sie folgen, weil das nur ein anderer sagen kann. Das Regelfolgen ist ein sozialer, nicht aber ein privater Vorgang; es handelt sich um einen Zusprechungs-begriff⁹²⁴. /187

23 Wittgenstein erläutert das Verhältnis zwischen Bedeutung und intersubjektiver Geltung eines sprachlichen Ausdrucks anhand des Regelbegriffs. Dabei ist es gerade die fehlerhafte Anwendung einer Regel in einer bestimmten Situation, welche interessiert. Das Verstehen einer Regel "selbst ist ein Zustand, *woraus* die richtige Verwendung entspringt"⁹²⁵. Die Menschen folgen nicht einer Regel, indem sie sich in verschiedenen Situationen objektiv beobachtbar "gleich" verhalten. Denn es könnte sich auch um die regelmässige Wiederkehr eines Naturvorganges handeln. Man folgt einer Regel nicht, indem man in verschiedenen, aber teilweise genügend

⁹²³ Die sozialwissenschaftliche Grundlagenforschung hat Wittgensteins Konzept des Regelfolgens vorbehaltlos auf das Recht angewendet, vgl. z.B. Bix, Application 209 ff., der das Problem aber thematisiert; Radin, Reconsidering 125 ff.; Rottleuthner, Handeln 18; Kripke, Regeln passim; Kemmerling, Regel 104 ff. (vgl. aber S. 127 f., wo Kemmerling Wittgensteins Beispiele einseitig findet); Günther, Sinn 120 ff., Busse, Bedeutung 136 und Anm. 69 m.w.H.

⁹²⁴ Rottleuthner, Handeln 24 spricht von Zurechnungsbegriff.

⁹²⁵ Wittgenstein, PU I § 146.

ähnlichen Situationen immer das Gleiche tut; vielmehr indem man *immer der gleichen Regel folgt*. Die Worte "Regel" und "gleich" sind miteinander verworben⁹²⁶. Die Regelbefolgung kann nur aus einer *inneren Perspektive* heraus verstanden werden. Dabei stellt sich aber das erhebliche Problem wie diese innerseelischen Begleitvorgänge bei der Regelbefolgung beschrieben werden können. Wenn sich keine objektiven Bedingungen dafür angeben lassen, wann jemand einer Regel folgt, so kann man das Regelfolgen nicht mehr vom subjektiven Glauben, einer Regel zu folgen, unterscheiden⁹²⁷. Damit hätte es auch keinen Sinn mehr, zwischen Regelbefolgung und Nicht-Regelbefolgung zu unterscheiden.

24 Wie lassen sich richtige und falsche Regelanwendungen voneinander unterscheiden? Wittgenstein diskutiert zwei Möglichkeiten, die er aber schliesslich beide ablehnt. Nach einem ersten Modell inspiriert die Regel durch ihre blosser Bedeutung den Anwender, sie richtig anzuwenden. Es handelt sich um den "*Regelplatonismus*"⁹²⁸; den Regeln wird ähnlich wie den Ideen bei Platon eine eigene Existenz unabhängig von ihrem Vollzug zugeschrieben. Regel und Situation sind voneinander unabhängig. Die Regel nimmt sämtliche Anwendungssituationen in sich selber vorweg. Wittgenstein verwendet dabei das Beispiel einer mathematischen Reihe: "'Die Übergänge sind eigentlich alle schon gemacht' heisst: ich habe keine Wahl mehr. Die Regel, einmal mit /188 einer bestimmten Bedeutung gestempelt, zieht die Linien ihrer Befolgung durch den ganzen Raum. - Aber wenn so etwas wirklich der Fall wäre, was hülfe es mir?"⁹²⁹. Das Richtigkeitskriterium der

⁹²⁶ Wittgenstein, PU I § 225.

⁹²⁷ Vgl. N. 14/25.

⁹²⁸ Vgl. Wittgenstein, PU I §§ 232 ff. Diesen Begriff hat erst die Literatur verwendet, vgl. z.B. Rottleuthner, Handeln 25; Kemmerling, Regel 105; Günther, Sinn 122 (wobei der Begriff nicht durch Kemmerling geschaffen wurde); Busse, Regeln 24. Busse, Regeln 25 ff. und Busse, Bedeutung 131 ff. macht zu Recht darauf aufmerksam, dass die auf Wittgensteinschen Ideen beruhende Arbeit von Schiffauer, Wortbedeutung 145 ff. auf dem Regelplatonismus beruht und Wittgenstein in einem zentralen Punkt seiner Argumentation missachtet.

⁹²⁹ Wittgenstein, PU I § 219.

Anwendung befindet sich in der Regel selbst; "die Regel regelt ihre Befolgung"⁹³⁰. Dieses Modell lässt sich jedoch nicht aufrechterhalten. Denn entweder müssten die internen Zustände (Intentionen, Bilder oder Stimmen) uns anweisen, wie die Regel richtig anzuwenden ist⁹³¹, oder es müsste *Regeln der Regelanwendung* geben⁹³². Nach juristischem Selbstverständnis wäre es gerade die Aufgabe der juristischen Methodenlehre, solche Meta-Regeln zur Anwendung der Rechtsnormen zu entwickeln⁹³³. Man kann sich stets fragen, nach welcher Regel R_{n+1} die Anwendung einer Regel R_n erfolgt. Wird die Regel R_{n+1} "erkannt", so kann erneut gefragt werden, nach welcher Regel R_{n+2} (die normative Methode) anzuwenden sei, ad infinitum. Eine Regel wird nicht mittels einer andern Regel angewendet⁹³⁴, denn das Problem des *unendlichen Regresses* ist nicht lösbar.

25 Das Scheitern des Regelplatonismus und das Problem des unendlichen Regresses führen unmittelbar in den *Regelskeptizismus*: Wenn die Regel nicht zur richtigen Anwendung *inspiriert* und es keine *Metaregel* gibt, dann lässt sich jede Handlung mit einer Regel vereinbaren. Infolgedessen ist die Unterscheidung zwischen richtiger und falscher Regelanwendung sinnlos: "Keine Verhaltensweise ist ein Regelverstoss; - alles Verhalten ist Regelfolge"⁹³⁵. Eine juristische Methodenlehre wäre nach dieser Auffassung unmöglich. Wittgenstein lehnt auch dieses skeptische Modell ab. In § 198 der Philosophischen Untersuchungen bündelt Wittgenstein seine wesentlichen Argumente:

⁹³⁰ Kemmerling, Regel 106.

⁹³¹ Wittgenstein, PU I §§ 140, 222, vgl. N. 14/13 ff.

⁹³² Die Literatur spricht in diesem Zusammenhang auch vom Regel-Instrumentalismus, vgl. z.B. Rottleuthner, Handeln 25; Busse, Regeln 26.

⁹³³ Vgl. N. 13/1 f.

⁹³⁴ Vgl. z.B. Wittgenstein, PU I §§ 84, 211; Wittgenstein Ludwig, Werkausgabe, Band III, Wittgenstein und der Wiener Kreis, Gespräche aufgezeichnet von Friedrich Waismann, Frankfurt a.M. 1984, S. 155; Kemmerling, Regel 107 f.; Günther, Sinn 123; Kley Roland, Hayeck's Social and Political Thought, Oxford 1994, S. 150.

⁹³⁵ Kemmerling, Regel 105.

"Aber wie kann mich eine Regel lehren, was ich an *dieser* Stelle zu tun habe?"

Mit dieser Frage wird der Regelplatonismus zurückgewiesen, der die These aufstellte, die Regel selbst könne dem Anwender sagen und ihn inspirieren, wie er sich in jeder Situation zu verhalten habe. /189

Der Skeptiker stellt dann seine These auf:

"Was immer ich tue, ist doch durch irgendeine Deutung mit der Regel zu vereinbaren".

Wittgenstein weist den Regelskeptizismus zurück:

"Nein, so sollte es nicht heißen. Sondern so: Jede Deutung hängt mitsamt dem Gedeuteten in der Luft; sie kann ihm nicht als Stütze dienen. Die Deutungen allein bestimmen die Deutung nicht".

Die blossen Deutungen von Regeln vermögen den Regelplatonismus nicht zu überwinden, denn sie beschränken sich weiterhin auf die isolierte Deutung der Regel. Es geht in diesem Punkt der Argumentation nicht um die beliebige Vereinbarkeit von Regel (bzw. ihren Deutungen) und Handlungen, sondern darum, dass der Regelanwender von der Regel und ihren Deutungen aus die *Handlungen gar nicht erreicht*⁹³⁶. Der Skeptizismus führt dazu, dass eine Ebene erreicht wird, auf der die Menschen ohne einen Grund handeln, mit dem sie ihre Handlungen rechtfertigen können. Die Menschen handeln zwar ohne zu zögern, aber blind⁹³⁷. Wie kommt Wittgenstein nun aber von diesem "Glatteis" weg, "zurück auf den rauhen Boden"⁹³⁸, wo er gehen kann? Er schlägt nun das fehlende Verbindungsstück von Handlung und Regel vor:

⁹³⁶ Vgl. Wittgenstein, PU I § 201; Rottleuthner, Handeln 19; Kemmerling, Regeln 108 ff.; Günther, Sinn 124; Busse, Regeln 25 übersieht diesen grundlegenden Zusammenhang: Das Problem ist nicht die Verbindung zwischen Regel und ihrer Deutung, sondern vielmehr der Zusammenhang zwischen Regel (bzw. ihrer Deutung) *und der Handlung*.

⁹³⁷ Vgl. Wittgenstein, PU I § 219; Smith, Fallacy 175; Rottleuthner, Handeln 20.

⁹³⁸ Wittgenstein, PU I § 107.

"Lass mich so fragen: Was hat der Ausdruck der Regel - sagen wir, der Wegweiser - mit meinen Handlungen zu tun? Was für eine Verbindung besteht da? - Nun, etwa diese: Ich bin zu einem bestimmten Reagieren auf dieses Zeichen abgerichtet worden, und so reagiere ich nun".

26 Damit stellt Wittgenstein eine zentrale These seiner Spätphilosophie auf. Die *gemeinsame Praxis* derjenigen Menschen, welche an einer Lebensform teilnehmen, verbindet die Regel bzw. die Deutung einer Regel in einer Situation *mit der Handlung*. Die Befolgung einer Regel ist eine eingeübte Tätigkeit. Dabei ist vorweg auf ein mögliches Missverständnis hinzuweisen: Beim "Reagieren" handelt es sich *nicht* bloss um ein behavioristisches Schema⁹³⁹: "Ich habe auch noch angedeutet, dass sich Einer nur insofern nach einem Wegweiser richtet, als es einen ständigen Gebrauch, eine Gepflogenheit, /190 gibt". Damit hebt Wittgenstein die *intersubjektive Dimension* jeder Regelbefolgung hervor. Die Teilnehmer einer Lebensform erlernen die Regeln durch Sozialisation; sie erwerben dadurch eine gemeinsame menschliche Handlungsweise oder eine *Praxis*⁹⁴⁰. Das Befolgen einer Regel ist Bestandteil einer bestimmten, sozialen Praxis; man könnte sich auch andere Gepflogenheiten (Gebräuche, Institutionen⁹⁴¹) vorstellen. Die Praxis hat also etwas Kontingentes an sich⁹⁴². "Befehlen, fragen, erzählen, plauschen gehören zu unserer Naturgeschichte so wie gehen, essen, trinken, spielen"⁹⁴³. Das Zufällige an dieser Praxis erscheint freilich nur von aussen her zufällig; innerhalb der Praxis bleibt es bei einem intersubjektiven Apriori, das jeder anerkennen muss, der an dem

⁹³⁹ Vgl. Stegmüller, Hauptströmungen I 638 ff.

⁹⁴⁰ Wittgenstein, PU I §§ 202, 206. Wittgenstein, PU I § 198, § 318 verwendet gerne das Wort "Abrichten" statt Erziehung oder Sozialisation.

⁹⁴¹ Diese Begriffe sind synonym zur Gepflogenheit, vgl. Wittgenstein, PU I § 199.

⁹⁴² Vgl. Kemmerling, Regel 127; Günther, Sinn 125.

⁹⁴³ Wittgenstein, PU I § 25.

Sprachspiel und der Lebensform teilnehmen will⁹⁴⁴. Es kann daher auch keine unabhängigen Kriterien für die richtige oder falsche Anwendung einer Regel geben, sondern nur solche, die innerhalb einer Lebensform praktiziert werden⁹⁴⁵. "Die Kriterien dafür, was in einem bestimmten Zusammenhang das gleiche ist, sind eben die, die für diesen Kontext festlegen, was korrekte Regelfolge ist, - und das wird ja durch die übereinstimmende Art, Regeln zu folgen, bestimmt"⁹⁴⁶. Einen philosophisch "tieferen" Grund dafür, dass gerade dies richtig und das andere falsch ist, gibt es nicht. In einer Gemeinschaft sind bestimmte Verhaltensweisen als richtig festgesetzt⁹⁴⁷, d.h. *institutionalisiert* worden⁹⁴⁸.

27 Wittgensteins Überlegungen lassen sich am besten an einem praktischen Beispiel erläutern⁹⁴⁹, welches allerdings nicht allzu wörtlich verstanden werden möchte. Frau X beherrscht die Additionsfunktion. Das bedeutet, sie ist eine Person, die nach dem Urteil von z.B. Y die gleiche Lösung nennt, die Y /191 selbst nennen würde. Würde X sich bei ihren Antworten plötzlich nach einem andern Verfahren richten, das in absurder Weise von jenem von Herrn Y abweicht, wird Y denken, X sei etwas passiert, dass sie nicht mehr der Regel folge, der sie bis jetzt gefolgt ist. Beharrt X auf ihrer absurden Additionsmethode und weisen ihre Antworten auf die Addition von Zahlen kein erkennbares Muster auf, so wird Y denken, X habe *den Verstand verloren*. Solange sich freilich X und Y je gegenseitig vorwerfen, sie beherrschten die Addition

⁹⁴⁴ Vgl. Wittgenstein, Vermischte Bemerkungen 506 ("Warum fragen"), 455 (Wenn Einer") und 487 ("Die Lösung").

⁹⁴⁵ Vgl. N. 14/20 f.

⁹⁴⁶ Kemmerling, Regeln 114.

⁹⁴⁷ Es handelt sich dabei aber nicht um Konventionen im Sinne von gewillkürten Festlegungen der Gemeinschaft, vgl. N. 14/13.

⁹⁴⁸ Vgl. Kemmerling, Regel 117.

⁹⁴⁹ Dieses Beispiel ist Kripke, Regeln 114 ff. entnommen. Die interessante, hier aber nicht weiter verfolgte Wittgenstein-Interpretation von Kripke ist in der Literatur - nicht zu Unrecht - auf Widerspruch gestossen, vgl. Scruton Roger, Critical Notice, in: Mind 1984 592 ff.; Bix, Application 210 f.; Smith, Fallacy 176 ff.

nicht, so wäre die beschriebene Differenz nicht weiter erklärbar. Tatsächlich herrscht in der menschlichen Gemeinschaft eine Übereinstimmung hinsichtlich der richtigen Resultate der Addition. Jeder Person, welche die Beherrschung der Addition behauptet, wird diese Fähigkeit von der Gemeinschaft bescheinigt, vorausgesetzt, ihre Additionsresultate stimmen mit denen der Gemeinschaft häufig genug überein. Wer eine solche "Prüfung" besteht, wird als Addierer in die kommunikative Gemeinschaft der Menschen aufgenommen. Dies lässt sich auf alle Arten von sozialen Regeln, namentlich auf die Sprache übertragen. Wer die "Prüfung" besteht, wird als normaler Sprecher der Sprache und Mitglied der menschlichen Gemeinschaft anerkannt. Verfährt jemand anormal, so wird er verbessert, bis eine hinreichende Übereinstimmung mit den Ergebnissen der Gemeinschaft erreicht ist. Ist z.B. ein Kind in zahlreichen Fällen unverbesserlich abweichend, so kann es weder an der Verständigung noch am Leben der Gemeinschaft teilnehmen; es wird für "geistesschwach" erklärt, behandelt und allenfalls sogar isoliert.

28 Worin besteht dieser Nutzen der richtigen Addition oder der sonstwie richtigen Einhaltung sozialer Spielregeln? Im vorher erwähnten Additionsbeispiel sei angenommen, dass Frau X eine Verkäuferin und Herr Y ein Käufer sei. Der Kunde Y verlangt sechs Eier; dabei erwartet Y, dass die Verkäuferin die Eier genau so abzählt wie er selbst und nicht nach einer absurden, willkürlichen Zählweise. Y schreibt der Verkäuferin X also die Beherrschung bestimmter Regeln zu: Y erwartet, dass sich X in dieser Situation ebenso verhalten würde wie er. Das gesamte Leben beruht auf zahllosen Interaktionen wie der beschriebenen; die Menschen schreiben einander bestimmte Regeln zu. Sie *schaffen sich eine gemeinsame, intersubjektiv geteilte Welt in der sie ihre Lebensbedürfnisse decken* und bei Unstimmigkeiten den Fehler aufdecken können ("Es sind nur vier Eier - ich habe doch fünf bezahlt"). Die Erwartung, dass die Regeln von allen Menschen überhaupt immer in

gleicher Weise angewandt würden, wird nicht stets erfüllt. So gibt es einerseits die Möglichkeit von "Fehlern", andererseits ist die Personenkategorie der Geistes- /**192** kranken von dieser Regelzuschreibung dispensiert; sie haben in diesem Sinne nur beschränkt Anteil am Leben der menschlichen Gemeinschaft. Wittgenstein löst das Problem des Regelfolgens also in der Weise, dass die Menschen im Sprachspiel einander Regeln und Begriffe zuschreiben. Dabei kommt es - das zur Verdeutlichung des bisher ausgeführten - auf folgendes an.

29 Das Spiel kann nur dann sinnvoll vollzogen werden, wenn zwischen den Mitgliedern der Gemeinschaft im grossen ganzen *Übereinstimmung* über die Regel- und Begriffszuschreibung besteht⁹⁵⁰. Alle diese gemeinsamen Übereinstimmungen in den Reaktionen der Mitglieder einer bestimmten Gemeinschaft und ihre Verflechtung mit ihren Handlungen bildet eine konkrete *Lebensform*. Die Übereinstimmung in der Lebensform kann nicht mittels traditioneller Argumente begründet werden. So zählen die Menschen in Westeuropa die Eier nicht in der gleichen Weise ab, *weil* der Begriff des Abzählens bei allen gesunden Menschen der gleiche ist. Eine solche Begründung würde Wittgensteins Problem des Regelfolgens missachten, denn es gibt keine objektive Tatsache, welche das Abzählen bei allen Menschen in gleicher Weise erfolgen lässt. Vielmehr können die Menschen beim Abzählen voneinander behaupten, dass sie erwarten dürfen, dass das Abzählen mit 1, 2, 3 ... erfolgt. Das gehört zum Sprachspiel, das sich nur aufgrund der *bloßen Tatsache* der generellen Übereinstimmung in Gang hält⁹⁵¹. "Das

⁹⁵⁰ Bei der Verwendung sprachlicher Ausdrücke gelingt die Kommunikation nur, wenn die Erwartung der "gleichen" Übereinstimmung eintritt, vgl. Busse, Regeln 33 f.; Rottleuthner, Handeln 24.

⁹⁵¹ Hier könnte man wiederum nach neurologischen Gründen dafür fragen, das steht aber nicht zur Debatte, vgl. Kripke, Regeln 122.

Hinzunehmende, Gegebene - könnte man sagen - seien *Lebensformen*"^{952,953}.

30 Nach Wittgenstein entscheidet der Konsens gerade nicht über die Richtigkeit oder Falschheit einer Regelanwendung, vielmehr ist der "Konsens" die auf- /193 rechterhaltene Praxis⁹⁵⁴. Die Praxis ist als solche veränderbar⁹⁵⁵, in einem Sprachspiel steht sie aber insgesamt nicht zur Disposition. Die übereinstimmende Praxis wird nicht "abgemacht", sondern es ist das Ziel aller sozialen Interaktionen, zu einer solchen intersubjektiven Übereinstimmung zu gelangen. Diese erreichte Übereinstimmung beruht keineswegs auf einer exakten Definition, wie ein Wort zu gebrauchen ist; denn das situative Alltagshandeln der Menschen öffnet immer wieder neue Türen, wo in produzierte Räume sinnvoller Übereinstimmung eingetreten werden kann. Die sprachlichen Ausdrücke sind notwendigerweise immer offen. Sie sind hinreichend präzise, wenn mit ihnen das fragliche Spiel gespielt werden kann⁹⁵⁶. Man kann diese

⁹⁵² Wittgenstein, PU Ixi 363.

⁹⁵³ Jürgen Habermas sucht dagegen die Prämissen, die in jedem Sprachspiel oder Lebensform als erfüllt angenommen werden müssen, selbst zum Thema der Beteiligten zu erheben. Damit würde die Ebene des Sprachspieles verlassen, vgl. Theorie des kommunikativen Handelns, Band 2, Frankfurt a.M. 1981, S. 35; Günther, Sinn 126. Es ist angesichts der empirischen Ergebnisse der Ethnomethodologie (vgl. N. 15/1 ff.) vermutlich ausgeschlossen, dass die Lebensform "verlassen" oder gar zum Thema erhoben werden kann.

⁹⁵⁴ Vgl. Wittgenstein, PU I § 241; Bix, Application 215; Kemmerling, Regel 115 mit weiteren Beispielen. Es ist bedeutsam, auf ein mögliches Missverständnis hinzuweisen. Die übereinstimmende Meinung der Menschen, die eine Regel praktizieren, entscheidet nicht darüber, ob die Regel richtig angewandt worden ist (vgl. PU I § 241); denn ob jemand einer Regel folgt, ist entweder wahr oder falsch - unabhängig was die Gemeinschaft darüber denkt. Das Regelfolgen beruht auf der nackten, nicht weiter zu begründenden Tatsache, der primitiven, gleichartigen Reaktion der Menschen auf gewisse Gegenstände, vgl. z.B. Wittgenstein, PU I § 185 (man hat in die Richtung zu blicken, in die ein Finger zeigt - und nicht umgekehrt von der Fingerspitze zur Handwurzel); Wittgenstein, Vermischte Bemerkungen 493 ("primitive Form").

⁹⁵⁵ Vgl. Busse, Regeln 31.

⁹⁵⁶ Vgl. Wittgenstein, PU I § 88.

Übereinstimmungsprozesse nicht durch klare "Definitionspflöcke" ersetzen; die Lebensform kann nicht versteinert werden. Die übereinstimmende Regelbefolgung vollzieht den gesuchten Übergang von der Regel zur Handlung, und zugleich stellt sie die Teilnahme an einer intersubjektiven Praxis dar. Für Wittgenstein sind Regel und Praxis zuletzt ununterscheidbar⁹⁵⁷. Die Begründung einer Handlung durch Verweis auf Regeln kommt zu einem abrupten Ende:

"Habe ich die Begründungen erschöpft, so bin ich nun auf dem harten Felsen angelangt, und mein Spaten biegt sich zurück. Ich bin dann geneigt zu sagen, so handle ich eben"⁹⁵⁸. /194

IV. Ergebnisse

1. Unmöglichkeit einer normativen und essentialistischen Methodenlehre

31 In der Methodenlehre sind zahlreiche Versuche unternommen worden, mittels einer normativen Methodik den Rechtsanwender korrekt anzuleiten. So hatte beispielsweise *Friedrich Müller* mit seiner strukturierenden Methodik eine Rangfolge von Anwendungsregeln aufgestellt, welche den Graben zwischen Rechtsnorm und konkreter Rechtsanwendung überbrücken sollte⁹⁵⁹. Selbst wenn man seine Auslegungsregeln als echte Regeln anerkennt⁹⁶⁰, stellt sich seiner Theorie der Einwand des unendlichen Regresses

⁹⁵⁷ Vgl. Günther, Sinn 128.

⁹⁵⁸ PU I § 217.

⁹⁵⁹ Vgl. N. 13/17 ff.

⁹⁶⁰ So betrachtet F. Müller etwa die wörtliche Auslegung zu Unrecht als Rechtsanwendungsregel, vgl. N. 13/20. Es ist bedauerlich, dass der gute Beitrag von Busse, Semantik 263 diese wesentliche Frage der juristischen Methodenlehre nur deshalb ausblendet, weil er "mitten in der Rechtstheorie" als Linguist zu "schweigen habe".

von Regeln entgegen⁹⁶¹. Die Suche nach einer normativ verbindlichen Methode der Rechtsauslegung und -anwendung gleicht exakt einer Quadratur des Zirkels. Es kann daher auch kein "Methodenprogramm" geben, das abläuft und dann das richtige Ergebnis liefert⁹⁶².

32 Die Schwäche jeder "strikt" wörtlichen oder semantischen Auslegung wird vor dem Hintergrund der analytischen Sprachphilosophie besonders deutlich. Die Verfechter der wörtlichen Auslegung sind eigentliche Regel-Platonisten⁹⁶³. Die Rechtsregel muss dabei den Rechtsanwender über die von Wittgenstein bekämpften Anschauungen oder Mechanismen präzise anleiten⁹⁶⁴. Die Anrufung irgendeines "Wortlautes" setzt eine Wortbedeutung unhinterfragt intuitiv voraus. Dies führt dazu, dass der "Wortlaut" Anfangs- und bereits Endpunkt der Argumentation ist⁹⁶⁵. Der Rechtsanwender, der seine Auslegung mit dem Wortlaut der Norm "begründet", beruft sich also auf ein rein subjektives Moment, seine Privatintuition. Es handelt sich mit andern Worten /195 um ein *autoritäres Gehabe*⁹⁶⁶, denn jegliche Diskussion soll abgeschnitten werden.

33 Koch stützt sich mit seinem Konzept der *kalkulierenden Jurisprudenz* auf den Intentionalismus und die Abbild- oder Korrespondenztheorie der Sprache ab. Die von ihm beschriebenen intentionalen Vorgänge im Gehirn des Menschen verschaffen den sprachlichen Ausdrücken eine Bedeutung⁹⁶⁷.

⁹⁶¹ Vgl. N. 14/24.

⁹⁶² So aber Biaggini Giovanni, Die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell I.Rh. kraft bundesgerichtlicher Verfassungsinterpretation, Recht 1992 65 ff.

⁹⁶³ Vgl. Busse, Bedeutung 99.

⁹⁶⁴ Dem Regel-Platonisten schweben Bilder, vor wie sie in N. 14/25 gemäss PU I 219 beschrieben werden; vgl. weitere plastische Bilder, vor denen zu "warnen" ist: Kemmerling, Regel 106 m.w.H.

⁹⁶⁵ Vgl. Schiffauer, Wortbedeutung 102; Busse, Bedeutung 132; die Wortlautgrenze ist eine Illusion, vgl. Busse, Semantik 23 f. m.w.H., 26.

⁹⁶⁶ Vgl. N. 14/36 zur rechtsstaatlichen Bewertung. Im Bereich der Theologie finden sich verblüffende Parallelen: Die "wörtliche" Auslegung der Bibel führt fast immer zu theologischem Totalitarismus.

⁹⁶⁷ Vgl. N. 13/25 und die Bewertung durch Wittgenstein II N. 14/13 ff.

Die durch den Rechtsanwender zu reproduzierende intentionale Bedeutung der Sprache ist konventionell vorgegeben, aber auch beliebig abänderbar. Ziel der Kochschen Methodenlehre ist die Schaffung einer juristischen Kunstsprache, die jede Mehrdeutigkeit vermeidet und in jedem Einzelfall zu einem rein gesetzes- und computergesteuerten Akt der Rechtsanwendung führt⁹⁶⁸.

34 Die Gesetzgebung muss sich notwendigerweise mit den *alltäglichen Lebenssituationen des Menschen* abfinden, will sie dem Konfliktregelungsanspruch gerecht werden. Sprachlich bedeutet dies, dass die Gesetzessprache unmittelbar an die *Alltagssprache in dem zu regelnden Sach- und Lebensbereich "anschiessen"* muss⁹⁶⁹. In vielen Fällen wird dies die Fachsprache im betreffenden technischen oder sozialen Bereich sein. Die juristische Fachsprache ist der technischen Fachsprache oder der gewöhnlichen Alltagssprache aufgesetzt⁹⁷⁰; sie ist aber unabdingbar auf das Verstehen im zu regelnden Alltagsbereich angewiesen. Eine juristische Kunstsprache mit einem ein-eindeutigen logischen Kalkül, die von den zu regelnden Lebensbereichen absieht, kann folglich nicht valabel sein.

35 Trotz dieser Grundgegebenheiten lehnt etwa Koch⁹⁷¹ die Alltagssprache rundweg ab und will die Jurisprudenz auf ein logisches Kalkulieren reduzieren⁹⁷². Ihm geht es freilich nicht darum, das methodische Problem zu erkennen. Koch zäumt das Pferd vielmehr am Schwanz auf⁹⁷³ und will zeigen, wie eine absolute Gesetzesbindung des Rechtsanwenders möglich ist^{974,975}.

⁹⁶⁸ Die Jurimetrics-Bewegung ist in den letzten Jahren verebbt, vgl. N. 13/28 m.H.

⁹⁶⁹ Vgl. Noll, Gesetzgebungslehre 186.

⁹⁷⁰ Vgl. Noll, Gesetzgebungslehre 186 ff.

⁹⁷¹ Koch/Rüssmann, Begründungslehre 2.

⁹⁷² Vgl. N. 13/26 ff.

⁹⁷³ Busse, Bedeutung 109 (vgl. auch Busse, Semantik 225) hält sogar dafür, dass Kochs Vorgehen wissenschaftlich unredlich ist. Das vorgegebene Ergebnis der "semantischen" Bindung des Rechtsanwenders an das Gesetz werde mit einem Potpourri irgendwelcher linguistischer und sprachphilosophischer Theorien "gestützt".

⁹⁷⁴ Das Ideal der kristallreinen Logik wird erzwungen, vgl. Wittgenstein, PU I § 101. Koch/Rüssmann treten daher wie der junge Wittgenstein gewissermassen "verständnis-

Seine "esoterische" Methodenlehre hat den erforderlichen Kontakt mit dem "rauhem Boden"⁹⁷⁶ ganz verloren⁹⁷⁷.

In diesem Zusammenhang ist es interessant, auf den Charakter des schweizerischen Zivilgesetzbuches hinzuweisen, wie er von Eugen Huber geprägt worden ist⁹⁷⁸. Der von ihm gewünschte demokratisch-volkstümliche Charakter der Kodifikation wird zum einen in der Gesetzessprache verkörpert, die bewusst nicht auf kasuistische Vollständigkeit angelegt ist, als vielmehr auf allgemeine Verständlichkeit. Zum andern drückt dieses Bemühen auch die demokratische Tradition der Schweiz aus, wonach jeder Rechtsunterworfenen sich als Stimmbürger und als Behördenmitglied an der Entstehung und Handhabung des Rechts beteiligen soll. Der tiefere, urdemokratische und "bodennahe" Sinn der Postulate von Eugen Huber wird eigentlich erst vor dem Hintergrund der stark "praxisorientierten" Ansätze von Wittgenstein II deutlich.

Vom Standpunkt des freiheitsschützenden, gewaltenteiligen Gesetzgebungsstaates, der die Rechtsetzung demokratisch ermöglichen will, ist die Metho-

los", von aussen her, an die Sprache heran und auferlegen ihr ein Exaktheitskorsett. Dies geht nicht ohne ontologische Spekulationen, vgl. N. 14/10.

⁹⁷⁵ Das führt zu skurilen Ergebnissen. So hatte Koch, Seminar 49 mit der Forderung nach "kristallklarer Logik" (Wittgenstein) die jeder Erfahrung widersprechende Behauptung aufgestellt, die Aussage "Dieses Auto ist gut", sei völlig sinnlos, wenn keine Kriterien der Güte angegeben werden können. Der Alltag beruht demgegenüber häufig aus allgemeinen Aussagen, die im situativen Kontext eine sehr präzise Bedeutung haben. Die Forderung nach Kriterien der Güte erinnert an die berühmten Krisenexperimente von Garfinkel (vgl. die Beispiele in N. 15/8), wo das Verstehen zwischen Menschen förmlich zusammenbrach, als der Experimentator im Anschluss an solch alltägliche Bemerkungen nach Kriterien der Güte, des schönen Wetters usw. fragte.

⁹⁷⁶ Vgl. Wittgenstein, PU I § 107, ferner die beeindruckenden §§ 101 ff.

⁹⁷⁷ Larenz, Methodenlehre 160 wertet das Vorgehen der beiden Autoren als 'unmöglich'. Busse, Bedeutung 98 und Busse Semantik 225 sieht bei Koch und vielen Juristen eine hartnäckig verteidigte "Alltagstheorie" über die Sprache. Daher werden sprachphilosophische und linguistische Theorien von diesem Fundament aus verworfen, ohne dass die Gegenargumente ernsthaft geprüft werden, vgl. Busse, Bedeutung 101 ff.

⁹⁷⁸ Vgl. Eugen Huber, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bd. I, 2. A., Bern 1914, S. 12.

/197 denlehre von Koch besonders bedenklich⁹⁷⁹. Die Gesetzesauslegung wird nach Koch - ganz im Gegensatz zum Konzept von Eugen Huber - von "Eingeweihten" vorgenommen, welche das erforderliche Geheimwissen oder schlicht die nötige essentialistische Eingebung (Intuition) zur richtigen Gesetzesauslegung besitzen. Eine derartige juristische Methode erliegt besonders leicht autoritären Druckversuchen, wie dies die historischen Forschungen von Bernd Rüthers zeigen⁹⁸⁰. Das Legalitätsprinzip fordert stattdessen in seiner sprüngen, freiheitsschützenden Funktion⁹⁸¹ vielmehr, dass dann, wenn eine demokratische Rechtsetzung nicht möglich ist, zumindest eine "demokratische" Rechtsanwendung erfolgen muss, in der die Auslegung nicht diktiert wird, sondern in Beachtung der Personenwürde der Rechtsunterworfenen stattfinden kann⁹⁸²

2. Zentrale Bedeutung der (Rechts-) Praxis

36 Bei Wittgenstein II nimmt das Wort "Praxis" eine ähnlich prominente Stellung ein, wie das "Vorverständnis" bei Gadamer⁹⁸³. Die "Praxis" ist in der Tat ein grober Raster⁹⁸⁴, man könnte versucht sein, Vorverständnis und Praxis gleichzusetzen. Wittgenstein verfolgt im Grunde genommen einen hermeneutischen Ansatz; er möchte das Handeln des sozial verstehenden Menschen erklären⁹⁸⁵. Das Vorverständnis ist vorgegeben, und wie die Praxis ist es eine Bedingung des Verstehens. Allerdings erhält die Praxis über den

⁹⁷⁹ Gl. A. Busse, Semantik 161.

⁹⁸⁰ Vgl. zur essentialistischen Methode Rüthers, Rechtsbegriffe 62 und N. 16/12 ff.

⁹⁸¹ Vgl. N. 4/1 ff.

⁹⁸² Vgl. N. 17/31 ff.

⁹⁸³ Vgl. N. 13/11 ff.

⁹⁸⁴ Vgl. Günther, Sinn 127.

⁹⁸⁵ Vgl. Kemmerling, Regel 116.

Begriff des (operativen) Sprachspiels eine Flexibilität und ist im Unterschied zum Vorverständnis *Gegenstand* empirischer Beobachtungen⁹⁸⁶.

37 Die zentrale Bedeutung der "Praxis" bei Wittgensteins Konzept des Regelfolgens ist für die juristische Methodenlehre auf den ersten Blick frappierend, weil gerade die neuere Methodenlehre⁹⁸⁷ ebenfalls auf die grosse Bedeutung der Rechtspraxis, die sog. "Präjudizien", hingewiesen hat. Die Regeln leben nicht allein für sich, sondern die *Praxis verkörpert im eigentlichen Sinne /198 die Regel*. Regel und Regelpraxis bzw. Gesetz und Gesetzesanwendung lassen sich sowohl nach Wittgenstein als auch nach den Erkenntnissen der modernen, hermeneutisch beeinflussten Methodenlehren nicht grundsätzlich auseinanderhalten⁹⁸⁸

3. Wie kommt die (Rechts-) Praxis zustande?

38 Legalitätsprinzip und Gesetzesbindung sind nach Wittgenstein keine unmöglichen Postulate⁹⁸⁹; ihre Verwirklichung muss freilich in einem andern Licht gesehen werden⁹⁹⁰. Das Gesetz erhält eine andere Rolle als es die immer noch lebendige Vorstellung der rein gesetzesteuerten Rechtsanwendung suggeriert. Der Gesetzgeber⁹⁹¹ verwendet beim Setzen von Recht sprachliche Ausdrücke im Rahmen (s)einer (Begriffs-)Zuschreibungs-

⁹⁸⁶ Wittgenstein, PU I § 66. Vgl. N. 15/1 ff.

⁹⁸⁷ Vgl. Kriele, Theorie §§ 42 ff.

⁹⁸⁸ Vgl. Radin, Reconsidering 147. In der Lehre finden sich überraschenderweise "Einsichten", wonach die Norm in der Anwendungssituation erst gebildet wird, vgl. Imboden, Erfahrungen 8a m.w.H.; Probst, Änderung 99; Rhinow, Rechtsetzung 194; Heusinger Bruno, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, Köln usw. 1975, S. 6 f.; Roellecke Gerd, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, Mainz 1969, S. 302; Burckhardt, Einführung 218.

⁹⁸⁹ Gl. A. Smith, Fallacy 188.

⁹⁹⁰ Vgl. auch zu den Ergebnissen aus der Sicht der Ethnomethodologie N. 15/23 ff.

⁹⁹¹ Das Wort "Gesetzgeber" ist freilich wiederum eine unzulässige Abstraktion: Er ist keine Person, die handelt und spricht. In concreto sind es stets Einzelparlamentarier, welche die "Stimme des Gesetzgebers" führen.

praxis⁹⁹². Er kann damit nicht mehr als eine *Thematisierung seiner politischen Anliegen* erwarten. Die behördliche oder richterliche Rechtsanwendung setzt die vom Gesetzgeber angeschnittene Thematisierung erst eigentlich fort⁹⁹³. Das Recht kann nur innerhalb der sprachlichen Zuschreibungspraxis überhaupt "steuern". Diese Zuschreibungspraxis ändert sich laufend; das geschriebene Gesetz ist daher keine für alle Zukunft genau bestimmte Grösse⁹⁹⁴. Die Verwirklichung, ja die Verkörperung des Gesetzes, findet erst im Akt der Rechtsanwendung statt. Gesetzgebung und Gesetzesanwendung sind daher nicht grundsätzlich unterscheidbar⁹⁹⁵. Ein präzises, geradezu "lochkartenartiges" Lenken des Rechtsanwenders durch den Gesetzgeber kann nicht stattfinden, denn die in den Gesetzen verwendeten Ausdrücke können nicht auf die "aussersprachliche Wirklichkeit" einwirken und sie gestalten. Dies ist /199 die notwendige Folge der Feststellung, dass die Sprache die "Wirklichkeit" nicht abbildet. Die Rechtsprechung verlangt von den Gesetzesnormen eine *hinreichende Bestimmtheit*. Der einzelne muss sein Verhalten nach einer Norm richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Die Rechtsprechung hat dem Gesetzgeber jedoch die Verwendung allgemeiner Begriffe zugestanden, ansonsten könnte er der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse nicht Herr werden⁹⁹⁶. Diese Anforderungen decken sich mit den Ergebnissen der analytischen Sprachphilosophie. Der Gesetzgeber muss sich lediglich auf der Linie der *allgemein gefestigten Begriffszuschreibungspraxis* bewegen. *Mehr kann sprachphilosophisch und rechtstheoretisch nicht verlangt werden.*

39 Der Rechtsanwender setzt den vom Gesetzgeber begonnenen Diskurs fort. Er setzt die sprachlich vom Gesetzgeber in den Gesetzestexten (und

⁹⁹² Vgl. N. 14/28 ff.

⁹⁹³ Vgl. J.P. Müller, *Gerechtigkeit* 182 f.

⁹⁹⁴ Vgl. Busse, *Bedeutung* 137.

⁹⁹⁵ Vgl. Kälin, *Verfassungsgerichtsbarkeit* 162; Radin, *Reconsidering* 150.

⁹⁹⁶ Vgl. z.B. BGE 117 Ia 479 f., 109 Ia 284; Urteil *Silver* a.o. EGMR/A 61, § 88; Urteil *Sunday Times I*, EGMR/A 30, § 49; Rhinow, *Rechtsetzung* 262.

allenfalls in den Materialien) geäußerte Zuschreibung praktisch um. Dabei wird der Rechtsanwender den Gesetzgeber in manchen Punkten "enttäuschen" müssen. Erst im konkreten Anwendungsfall lebt und zeigt sich das "Recht". Die *Täuschung durch das abstrakte Recht hört in diesem Moment des Vollzuges auf*. Die Rechtsregel wird gewissermassen ent-tarnt, indem sie sich im Vollzug als "Praxis" zeigt.

40 Ein Gericht ist als die Instanz definiert, die verbindlich darüber befindet, was es heisst, einer Regel zu folgen. Im Prozess ist ausser dem Sachverhalt meist strittig, was es heisst, einer Rechtsregel zu folgen. Jeder "versteht" die Regel zu seinen Gunsten. Nach Wittgenstein liegen für den Fall unterschiedlicher Deutungen verschiedene Regeln vor⁹⁹⁷, denn das Problem ist nicht die Deutung, sondern die Verbindung von gedeuteter Regel mit Vollzug. Das unter Entscheidungszwang stehende Gericht muss also in Wittgensteinscher Terminologie die Regel erst festsetzen. Die Streitparteien werden voneinander sagen, sie hätten jeweils die Norm falsch ausgelegt. Allerdings kann bis zum Gerichtsentscheid nicht gesagt werden, wer die Norm falsch auslegte. Die Tatsache, dass eine Streitpartei die Regel falsch ausgelegt oder sogar verletzt hat, ist erst das Ergebnis des Prozesses, das eben gerade darüber hinweg- /200 täuscht, dass der Richter die Regel erst aufgestellt hat⁹⁹⁸. Dabei wird *retrospektiv* festgestellt, dass die Regel eigentlich immer schon so gegolten habe, nur habe sich eine Partei darüber getäuscht⁹⁹⁹. Der in der Jurisprudenz grassierende Regelplatonismus stellt den Vorgang verkehrt dar. Es heisst dann, der Rechtsanwender habe aufgrund einer richtigen Methode und aufgrund seiner besonderen Kompetenz den "Sinn" von Rechtsnormen ermittelt; der Entscheid folge aus der Rechtsregel.

41 Das Folgen einer Regel ist eine Praxis wie eben jede "Rechtsanwendung". Es handelt sich um einen konkreten Vorgang. Es ist für diese

⁹⁹⁷ Vgl. N. 14/25.

⁹⁹⁸ Siehe die im Mittelalter gebräuchliche Formulierung: 'vor einem Richter Recht nehmen', vgl. N. 2/2.

⁹⁹⁹ Vgl. Rottleuthner, Handeln 23.

Untersuchung, welche die sozial gestaltete und gestaltende Natur der Rechtsanwendung und Rechtsprechung aufzeigen möchte, interessant, dass sich ein Zweig der amerikanischen Soziologie, die Ethnomethodologie, intensiv mit der "Praxis" befasst hat. Es ist kein Zufall, dass sie dabei insbesondere den Bereich der alltäglichen Rechtsanwendung beobachtet hat. Im Grunde genommen handelt es sich dabei um ein Verfahren zur Aufdeckung der "Tiefengrammatik"¹⁰⁰⁰. Die Untersuchungen von Wittgenstein fanden in der Ethnomethodologie eine sachverwandte Fortsetzung. /201

¹⁰⁰⁰ Vgl. N. 14/18 f.

§ 15. Der juristische Alltag: Ethnomethodologie

I. Grundgedanken

1 Ein für die Methode des Rechts in höchstem Masse relevanter Ansatz ist die auf den Ideen von Wittgenstein und der Hermeneutik aufbauende und von Harold Garfinkel (*1917) begründete *Ethnomethodologie*¹⁰⁰¹. Diese philosophische¹⁰⁰² und protosoziologische¹⁰⁰³ Wissenschaft, die im deutschen Sprachraum kaum zur Kenntnis genommen wurde¹⁰⁰⁴, befasst sich mit dem *How-to-do-it des Alltags*: Nämlich mit der Frage, wie die Menschen soziale Handlungen durchführen und als Mitglieder einer Gesellschaft eine begründbare, intersubjektiv teilbare, soziale Ordnung hervorbringen:

"Ethnomethodological studies analyze everyday activities as members' methods for making those same activities visibly-rational-and-reportable-for-all-practical-purposes, i.e. 'accountable', as organizations of commonplace everyday activities"¹⁰⁰⁵.

Die Ethnomethodologie befasst sich im Alltag der Rechtsanwendung aus einer praktischen Sicht mit einem Gegenstand der juristischen Methodenlehre: Wie werden die Verfügungsverfügungen und Gerichtsentscheide auf das

¹⁰⁰¹ Vgl. zum Begriff: Garfinkel, *Studies* 11.

¹⁰⁰² Es handelt sich gerade nicht um eine bloße Spielart der Soziologie, in die sie oft fälschlicherweise eingereiht wird, vgl. Weingarten/Sack/Schenkein, *Ethnomethodologie* 8 f.

¹⁰⁰³ Vgl. Eberle, *Sinnkonstitution* 496 ff.

¹⁰⁰⁴ Vgl. aber den Sammelband von Weingarten/Sack/Schenkein, *Ethnomethodologie und Arbeitsgruppe Bielefelder Soziologen* (Hrsg.), *Alltagwissen, Interaktion und gesellschaftliche Wirklichkeit*, Band 1: Symbolischer Interaktionismus und Ethnomethodologie; Band 2: Ethnotheorie und Ethnographie des Sprechens, Reinbek, 5. A. 1981. Die deutschen Rechtssoziologen behandeln die Ethnomethodologie nur am Rande, vgl. Röhl Klaus, *Rechtssoziologie*, Köln usw. 1987, S. 193 und die Erwähnung des ungewöhnlichen Vorgehens der Ethnomethodologen durch Seibert Thomas, *Der Durchschnittsleser als Mittler gerichtlicher Kommunikationsvorstellungen*, in: Grewendorf, *Rechtskultur* 332 ff., insb. S. 346.

¹⁰⁰⁵ Garfinkel, *Studies* vii. Die Charakteristiken der Ethnomethodologie können im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher dargelegt werden. Eine hervorragende Einführung in das Konzept geben Mehan/Wood, *Reality* 8 ff. Ein rein theoretisches Konzept der Ethnomethodologie ist nicht möglich, vgl. Garfinkel, *Studies* viii; a.A. Patzelt Werner, *Grundlagen der Ethnomethodologie*, München 1987.

Gesetz "abgestützt" und begründet? Wie und wodurch erhalten die gesetzlichen Begriffe eine Bedeutung?

Der von Garfinkel geschaffene Begriff "*Ethnomethodologie*" bezeichnet also /202 die "Methodologie", mittels derer die Angehörigen einer Kulturgemeinschaft ("ethno") ihre intersubjektiv geteilte Alltagswelt hervorbringen¹⁰⁰⁶.

2 Die Ethnomethodologie schliesst insofern unmittelbar an Wittgenstein II an¹⁰⁰⁷, als auch Wittgenstein seine Leser zum Beobachten aufgefordert hatte: "Denk nicht, sondern schau!"¹⁰⁰⁸ Die Ethnomethodologie ist genau besehen gerade eine solche phänomenologische Praxis zur Aufdeckung der Tiefen-grammatik¹⁰⁰⁹. Die ethnomethodologische Forschung hatte sich - als ein eigentlich rechtssoziologischer Ansatz¹⁰¹⁰ - vor allem mit der sozialen Erzeugung einer gemeinsamen Wirklichkeit *in besonderen Rechtsverhältnissen* befasst, so namentlich in psychiatrischen Kliniken, bei der Strafverfolgung, bei Gerichtsverhandlungen und in Verwaltungsbehörden.

3 Die Ethnomethodologie beruht ferner auf der philosophischen Hermeneutik¹⁰¹¹. Diese hat aufgewiesen, dass der, der verstehen will, immer schon etwas verstanden haben muss. Ohne "Vor-Verständnis" kommt niemand in ein Verstehen hinein. Der Mensch als ein soziales Wesen kann "*verstehen*" und sich in einer situativen Interaktion zurechtfinden. Er weiss sich in einer bedeutungsvollen Welt. Die Ethnomethodologie untersucht nun gerade, wie diese bedeutungsvolle Welt von den Menschen hervorgebracht wird. So führt die *Interpretation* den Menschen zur von ihm konstituierten

¹⁰⁰⁶ Vgl. Garfinkel, *Origins* 15 f.; Garfinkel, *Studies* 11.

¹⁰⁰⁷ Vgl. N. 14/42.

¹⁰⁰⁸ PU I § 66. Vgl. N. 14/37.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Garfinkel, *Studies* 104 ff.; Eberle, *Sinnkonstitution* 451; vgl. N. 14/18.

¹⁰¹⁰ Garfinkel hat seine ersten Untersuchungen in den fünfziger Jahren bei einer Geschworenen-Verhandlung gemacht, vgl. Garfinkel, *Studies* 104 ff.; Garfinkel, *Origins* 15-18; vgl. auch Mehan/Wood, *Reality* 79 ff.

¹⁰¹¹ Vgl. N. 13/8 ff. Die Ethnomethodologie empfing ihre wesentlichen Anstösse von Alfred Schütz, *Gesammelte Aufsätze*, Band I-III, Den Haag 1971/72. Siehe zu problematischen Annahmen von Schütz: Mehan/Wood, *Reality* 31 f.; Eberle, *Sinnkonstitution* 438 f.

Wirklichkeit hin, die er dann "versteht". Auf diese Weise wechseln Interpretation und Verstehen einander ab¹⁰¹².

4 Im folgenden kann der ethnomethodologische Ansatz lediglich skizziert werden; ferner kann es in keiner Weise darum gehen, ein Patentrezept einer richtigen juristischen Methode zu entwickeln. Vielmehr soll mit der Ethnomethodologie das *Praxis-Ergebnis* der analytischen Sprachphilosophie¹⁰¹³ noch näher und mit Beispielen untersucht werden. Wie und wodurch erhalten die Rechtsnormen in der Rechtsanwendung eine als sinnvoll erfahrene Bedeutung?

II. Konzept der Ethnomethodologie

5 Garfinkel bezieht sich ausdrücklich auf Wittgenstein II¹⁰¹⁴, welcher den Gebrauch von Sprache und Zeichen als - im Hinblick auf ein konkretes Sprachspiel - rationalen Gebrauch begreift. Die Zeichenverwendung setzt die Kenntnis des Sprachspieles voraus. Den Zeichen und sprachlichen Ausdrücken wohnt keine präexistente Bedeutung inne. Die Bedeutung wird vielmehr situativ und kontextabhängig geschaffen¹⁰¹⁵, so dass die Teilnehmer eine Handlung als sinnvoll verstehen und erklären können. Diese Schaffung von sinnvoller Bedeutung in einem Kontext ist nach Garfinkel der Schlüssel zur Entzifferung der sozialen Ordnung. Verstehbare, soziale Situationen sind sinnhaft, m.a.W. rational erklärbar organisiert. Sinn wird situativ in sozialen Interaktionen erzeugt; die soziale Ordnung ist daher nicht fortbestehend, sondern *sie ist eine sich andauernd konstituierende Wirklichkeit*¹⁰¹⁶. Die Ethnomethodologie untersucht jene Methoden, mit denen die Handelnden soziale Situationen ordnen und ihr eine intersubjektive Struktur geben. Die Teil-

¹⁰¹² Unter den Ethnomethodologen wiesen vor allem Mehan/Wood, *Reality* 192 ff. darauf hin; vgl. auch Kripke, *Regeln* 123 f. Anm. 78.

¹⁰¹³ Vgl. N. 14/37 ff.

¹⁰¹⁴ Vgl. Garfinkel, *Studies* 70 Anm. 11.

¹⁰¹⁵ Vgl. Garfinkel, *Studies* 70 ff.

¹⁰¹⁶ Vgl. Eberle, *Sinnkonstitution* 442.

nehmer einer sozialen Situation schaffen einen Orientierungsrahmen, in dem allein Verstehen möglich ist¹⁰¹⁷.

Wittgenstein bezeichnete die durch Familienähnlichkeiten verbundenen Sprachspiele als eine *Lebensform*¹⁰¹⁸. In der Ethnomethodologie werden die Wittgensteinschen Lebensformen als "Realitäten" bezeichnet. Damit ist nicht die "aussersprachliche Wirklichkeit"¹⁰¹⁹ gemeint, vielmehr bedeutet "Realität" in diesem Zusammenhang die von den Teilnehmern einer sozialen Situation geschaffene *Intersubjektivität*¹⁰²⁰. /204

6 Der Sinn von sprachlichen Ausdrücken ist vom Kontext abhängig; der Sozialwissenschaftler spricht in diesem Zusammenhang von *Indexikalität*. Garfinkel hat entdeckt, dass der *Kontext*, auf den die Indexikalität verweist, nicht einfach für sich existiert, sondern vielmehr *seinerseits situativ konstituiert und indexikal* ist. Garfinkel nennt diese gegenseitige konstitutive Beziehung "*Reflexivität*"¹⁰²¹. Mehan/ Wood¹⁰²² illustrieren die Reflexivität anhand des sozialen Vorganges des Grüssens:

"To say 'hello' both creates and sustains a world in which persons acknowledge that (1) they sometimes can see one another; (2) a world in which it is possible for persons to signal to each other, and (3) expect to be signaled back to, by (4) some others but not all of them. This is a partial and only illustrative list of some of the things a greeting accomplishes. Without the superstitious use of greetings, no world in which greetings are possible 'objects' would arise. A greeting creates 'room' for itself. But once such verbal behaviors are regularly done, a world is built up that can take their use for granted.

When we say 'hello' and the other replies with the expected counter greeting, the reflexive work of our initial utterance is masked. If the other scowls and walks on, then we are reminded that we were attempting to create a scene of greetings and that we failed. Rather

¹⁰¹⁷ Vgl. Eberle, Sinnkonstitution 443.

¹⁰¹⁸ Vgl. N. 14/20.

¹⁰¹⁹ Vgl. N. 14/10.

¹⁰²⁰ Vgl. Mehan/Wood, Reality 21.

¹⁰²¹ Vgl. Garfinkel, Studies 7 ff.

¹⁰²² Reality 13.

than treat this as evidence that greetings are not 'real', however, the rejected greeter ordinarily turns it into an occasion for affirming the relity of greetings. He says, 'He didn't hear me', 'She is not feeling well', 'It doesn't matter anyway'".

7 Die Ethnomethodologie hat ausser der Reflexivität eine Reihe weiterer Merkmale der "Realität" herausgeschält. Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, alle diese Realitätsmerkmale zu behandeln¹⁰²³. Für die vorliegende Fragestellung sind jedoch zwei Realitätsmerkmale besonders instruktiv. Es handelt sich um die *Fragilität* von Realität¹⁰²⁴ und vor allem die Schaffung von "*Realität*" *durch soziale Interaktion*¹⁰²⁵.

8 Mit den Krisenexperimenten (auch als Inkongruitätsverfahren bezeichnet) wird der interaktiv geschaffene Orientierungsrahmen zerbrochen, weil der Experimentator - ohne dass es die Versuchsperson weiss - Verhaltensregeln des Alltags missachtet. Die *konstituierte "Wirklichkeit"* *erweist sich als ein instabiles und fragiles Gebilde*. Die Verhaltensregel tritt im Krisenexperiment offen zu Tage und wird als solche bewusst. Es gehört zur dauernd konstituierten Wirklichkeit, dass der sie reflexiv stützende Regelgebrauch selber nie zum /205 Thema erhoben wird, denn die Wirklichkeit würde dadurch den Teilnehmern nicht mehr real erscheinen.

Garfinkel¹⁰²⁶ berichtet von seinen Krisenexperimenten, bei denen das Verstehen zusammenbricht, wie das folgende Beispiel zeigt:

"On Friday night my husband and I were watching television. My husband remarked that he was tired. I asked, 'How are you tired? Physically, mentally, or just bored?'

(S) I don't know, I guess physically, mainly.

(E) You mean that your muscles ache or your bones?

(S) I guess so. Don't be so technical.

(After more watching)

¹⁰²³ Vgl. dazu eingehend Mehan/Wood, Reality 14 ff.

¹⁰²⁴ Vgl. Mehan/Wood, Reality 23 ff.; Garfinkel, Studies 42 ff.

¹⁰²⁵ Vgl. N. 15/10 ff.

¹⁰²⁶ Studies 42 ff., Case 3, Case 6, S. 43 f.

- (S) All these old movies have the same kind of old iron bedstead in them.
(E) What do you mean? Do you mean all old movies, or some of them, or just the ones you have seen?
(S) What's the matter with you? You know what I mean.
(E) I wish you would be more specific.
(S) You know what I mean! Drop dead!"

Das Beispiel zeigt ausser der Fragilität der Wirklichkeit, dass die Sprache *lediglich eine hinreichende Präzision* ihrer Begriffe benötigt¹⁰²⁷. Die von bestimmten Methodenlehren geforderte, absolut präzise, juristische Sprache würde das Verstehen überhaupt verunmöglichen¹⁰²⁸. Denn die Rechtssprache muss notwendigerweise an die Alltagssprache der Menschen anknüpfen und sich mit der hinreichend präzisen Alltagssprache zufriedengeben.

9 Von besonderem Interesse für die juristische Methodenlehre ist das Realitätsmerkmal der *sozialen Interaktion*. Anhand von drei Beispielen aus dem juristischen Bereich kann nachgerade in Fortsetzung von Wittgenstein II verdeutlicht werden, wie gesetzliche Begriffe eine hinreichend präzise Bedeutung erhalten können. Zwar geht es nicht um Beispiele im üblichen Sinne des Wortes, denn die Ethnomethodologie als eine Methode zur Aufdeckung der Tiefengrammatik lässt sich nur an konkreten Beispielen erforschen. /20

III. Realität durch soziale Interaktion

1. Die Untersuchung von Wood: psychiatrische Klinik

¹⁰²⁷ Was schon Wittgenstein festgestellt hat, vgl. N. 14/30.

¹⁰²⁸ Vgl. zu einer solchen Forderung, welche gerade zu einem Krisenexperiment im Sinne von Garfinkel führte, N. 14/35.

10 Wood berichtet in seiner unveröffentlichten Lizentiatsarbeit¹⁰²⁹ von sozialen Interaktionen zwischen den Pflegern und Patienten einer psychiatrischen Klinik. Die Pfleger hatten eine Art Taxionomie entwickelt, mit der sie die Patienten etikettierten. Die dabei verwendeten Begriffe entstammen grösstenteils der psychiatrischen Fachsprache. Den einzelnen Begriffen korrespondierten bestimmte Merkmale der betreffenden Patiententypen. So verursachte etwa der Typus "Epileptiker"¹⁰³⁰ im Pflegebereich Probleme mit der Hygiene, dagegen bereitete er keine Schwierigkeiten im Bereich der Arbeit und Aufsicht. Den einzelnen Etiketten wurden also bestimmte, "tatsächliche" Probleme im Pflegebereich, zugeschrieben. Für die Pfleger wird das Verhalten der "Geisteskranken" sinnhaft rekonstruierbar und im Rahmen einer gemeinsamen Wirklichkeit mitteil- und verstehbar. Wood untersuchte in seiner Arbeit, wie die Taxionomie auf die einzelnen Patienten angewandt wurde.

11 Die Anwendung der Taxionomie liesse sich mit der alten, von Wittgenstein I deutlich herausgestellten Abbildtheorie der Bedeutung einleuchtend erklären¹⁰³¹. Ein bestimmtes Etikett korrespondiert mit dem tatsächlichen Verhalten des Patienten. Damit nimmt die Abbildtheorie an, dass das Verhalten von Klinikpatienten eindeutig erkennbare Merkmale (wie Arbeitsscheu oder Unsauberkeit) besitzt. Das geübte Personal überwacht das Verhalten der Patienten und subsumiert automatisch das Verhalten unter das entsprechende Etikett. Die Theorie basiert ausserdem auf der psychologischen Theorie, dass das Verhalten ein rein privater, innerer Zustand ist, der von sozialen Korrelationen nicht beeinflusst wird. Nach der Abbildtheorie bleiben die Bedeutungen über Zeit und Raum stabil; sie hängen nicht von den konkreten Teilnehmern oder von dem spezifischen Rahmen ab, in dem sie zum Ausdruck kommen¹⁰³².

¹⁰²⁹ Wood Houston, *The Labeling Process on a Mental Hospital Ward*, University of California, Santa Barbara 1968. Wood berichtet ausführlich: Mehan Hugh/Wood Houston, *Reality* 20 ff.

¹⁰³⁰ Weitere Etiketten waren etwa: "boshafter alter Mann", "Kind", "Nigger", "Soziopath", "depressiver Typ", "Alkoholiker", vgl. die Tabelle bei Mehan/Wood, *Reality* 20, wo die tatsächlichen Eigenschaften bei den einzelnen Begriffen aufgeführt werden.

¹⁰³¹ Vgl. Mehan/Wood, *Reality* 23: "Correspondence theory of signs", vgl. dazu N. 14/6 ff.

¹⁰³² Vgl. Mehan/Wood, *Reality* 23, 182 ff.; Garfinkel Harold, *The Perception of the Order. A Study in Social Order*, unveröff. Diss. Harvard University 1952, S. 91 ff. (zit. nach

12 Wood beschreibt nun fünf Fallgeschichten, die zeigen, dass die Begriffsetiketten *nicht* durch einen einfachen Abbildprozess aufgesetzt werden. Vielmehr werden die Etiketten in der täglichen Interaktion der Pfleger untereinander und den Patienten geformt. Das Etikettieren ist eine soziale Aktivität. Wood beschreibt u.a. die Etikettierungsgeschichte des Patienten Jimmy Lee Jackson. Im Verlauf seines dreimonatigen Klinikaufenthaltes behielt Jackson stets die offizielle psychiatrische Diagnose: psychoneurotische Reaktion - depressiver Typ. Die Pfleger sahen Jackson jedoch aus dem Gesichtswinkel ihrer alltäglichen Situation in der Klinik. Zunächst war er für sie ein "Nigger", später ein "depressiver Typ" und zuletzt ein "Soziopath"; dementsprechend hat auch die "Bedeutung" von Jackson für die Pfleger geändert. Als "Nigger" war Jackson in den Augen der Pfleger faul und ohne Moral und Skrupel. Er würde dabei versuchen, sich bei den Pflegern einzuschmeicheln, um Aufmerksamkeit zu erregen und sie für seine eigenen Zwecke zu gebrauchen.

13 Eines Abends litt Jackson an Zahnschmerzen. Da er die Aufmerksamkeit eines Arztes nicht anders auf sich ziehen konnte, stieß er seinen Arm durch eine Fensterscheibe und erlitt eine schwere Verletzung des Unterarms, die genäht werden musste. Die Pfleger der zur Zeit dieses Vorgangs arbeitenden Spätschicht schlossen daraus nichts. Dagegen kam die nachfolgende Frühschicht der Pfleger zum Schluss, dass Jackson einen Selbstmord versucht hatte. Daher war Jackson für sie kein "Nigger" mehr, sondern ein depressiver Typ. Obwohl die Frühschicht beim Vorgang gar nicht anwesend war, akzeptierte die Spätschicht den Etikettenwechsel. Jacksons klinische Vergangenheit erfuhr eine Neuinterpretation. Alle Pfleger behandelten ihn anders. "He was listened to sympathetically, given whatever he requested, and no longer exhorted to do more ward work. All the attendants came to believe that he had always seen him as such"¹⁰³³.

14 Einige Wochen später etikettierten die Pfleger Jackson neu als "Soziopath". /208 Denn Jackson wurde als unfähig angesehen, Selbstmord zu begehen, eigentlich sei er *immer schon dazu unfähig* gewesen. Das

Mehan/ Wood); Wieder Lawrence D., On Meaning by rule, in. J.D. Douglas (Hrsg.), Understanding Everyday Life, Chicago 1970, S. 107 ff.

¹⁰³³ Mehan/Wood, Reality 22.

Einschlagen der Scheibe sei lediglich ein Schwindel gewesen, daher sei er ein "Soziopath". "Attendants who had praised Jackson as a hard worker when he was labeled a depressive now pointed to this same work as proof he was a 'conniver'. Requests for attention and medicine that had been promptly fulfilled for the depressive Jackson were now ignored for the sociopath Jackson, or used as occasions to attack him verbally"¹⁰³⁴.

15 Jackson erhielt im Laufe seines Klinikaufenthaltes drei Etiketten, obwohl er stets der gleiche blieb, ungeachtet des jeweils geänderten Pflerverhaltens. "Jackson ... remained constant despite these changes in attendant behavior. He did the same amount of work and sought the same amount of attention and medicine whether he was labeled a nigger or a depressive or a sociopath. What Jackson was at any time was determined by the reality work of the attendants"¹⁰³⁵. Das Beispiel zeigt eindrücklich, dass die Etiketten ihre Bedeutung gerade nicht aus einer Abbildung des Verhaltens von Jackson erhalten; die Begriffe korrespondieren nicht mit tatsächlichen Eigenschaften der "aussersprachlichen Wirklichkeit". Vielmehr verschafft der soziale Kontext, das Interaktionshandeln der Pfleger untereinander und mit Jackson, die Bedeutung. Die Begriffe sind *indexikalische* Ausdrücke, d.h. sie sind vom konkreten Kontext abhängig¹⁰³⁶. Das situative Handeln der Teilnehmer formte erst die Verwendung der Begriffsetiketten. Das wichtige Realitätsmerkmal der sozialen Interaktion zeigt, dass Begriffe und Wörter gerade nicht Gegenstände der Wirklichkeit abbilden, sondern vielmehr gibt ihnen erst die soziale Interaktion Bedeutung und Sinn.

16 Die Untersuchung von Wood zeigt etwas anderes Wichtiges. Wood hatte selbst als Pfleger in dieser Klinik gearbeitet und begleitend Notizen genommen. Die dreifache Änderung der Etikettierung fiel ihm während seiner Klinikarbeit nicht als merkwürdig auf. Erst nachdem er seine Arbeit als Pfleger an der Klinik aufgegeben hatte, erkannte er anhand der Notizen die Etikettenveränderungen. Seine Feststellungen sind erst ausserhalb der

¹⁰³⁴ Mehan/Wood, Reality 22.

¹⁰³⁵ Mehan/Wood, Reality 22.

¹⁰³⁶ Vgl. N. 15/6.

alltäglich- /209 chen Situationen in der Klinik möglich gewesen; Wood war für seine Feststellungen auf eine "*Outsider-Position*"¹⁰³⁷ angewiesen.

17 Diese ethnomethodologischen Studien von Wood machen ausserdem klar, dass es berechtigt ist, in Anstalten oder in Verwaltungsbehörden von einem "Klima" zu sprechen, das durch die beteiligten Personen interaktiv geschaffen wird. Die von den alten rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtslehrern geprägten Terminologien erhalten vor diesem Hintergrund einen ganz neuen Sinn. So sprachen etwa Bähr oder Ruck von einem *Bürokratengeist*, der in einer Verwaltung herrsche und der ebenfalls nach einer gerichtlichen Nachkontrolle rufe¹⁰³⁸. Dabei geht es nicht um eine pejorative Bewertung, denn in Verwaltungen, Anstalten und allen Stätten eines gemeinsamen Zusammenwirkens von Menschen wird notwendigerweise eine von der Aufgabe der Organisation abhängige, gemeinsame "Wirklichkeit" geschaffen und laufend bestätigt. Die gewissermassen "von aussen" herantretenden "Gesuchsteller", "Kunden" oder "Insassen" der betreffenden Verwaltungs- oder Organisationseinheit werden vor dem Erfahrungshintergrund der Anstaltsmitarbeiter bewertet und dementsprechend behandelt. Dieser Erfahrungshintergrund wird in einer ständig ablaufenden Interaktion zwischen Mitarbeitern und Publikum geschaffen, bestätigt, aber auch ständig verändert und den neuen "tatsächlichen" Umständen angepasst.

Die folgenden Beispiele zeigen ebenfalls deutlich, dass die Bedeutung und die Wirklichkeit nicht etwas Stabiles und Vorgefundenes ist, sondern von den Beteiligten einer Interaktion erst geschaffen wird.

2. Tätigkeit der Polizei: Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung

18 Die Ethnomethodologie hat sich in mehreren Untersuchungen mit der Strafverfolgung durch die Polizei beschäftigt¹⁰³⁹. Das *Verhalten von*

¹⁰³⁷ Mehan/Wood, Reality 22.

¹⁰³⁸ Vgl. N. 2/11 c).

¹⁰³⁹ Atkinson John Maxwell/Drew Paul, Order in court: The organization of verbal interaction in judicial settings, Atlantic Highlands, New York 1979; Cicourel Aaron, The social organization of juvenile justice, New York usw. 1968, S. 292 ff.; Pomerantz

Polizisten bei /210 der Beobachtung und Interpretation gesetzwidrigen Verhaltens wurde namentlich analysiert. So untersuchte Bittner¹⁰⁴⁰ die soziale Struktur eines grossstädtischen Elendsviertels im Hinblick auf den gesetzlichen Auftrag der Polizei. Dabei stellte er fest, dass die Polizeibeamten die potentiellen Straftäter nicht einfach wegen gegebener gesetzlicher Tatbestände festnahmen; vielmehr gaben die von den Polizisten angerufenen Tatbestände nur scheinbar den Anlass zum Eingreifen. Die mögliche Verhaftung entschied sich in der situativen Interaktion zwischen Polizisten, Betroffenen und allfälligen Zuschauern. In solchen Gesprächen war der Umgangston zwischen Beamten und "Verdächtigen" beidseitig betont rau und informell. Als Gegenleistung für die sprachliche Gleichordnung mussten die Verdächtigten hingegen den Polizisten stets Zutritt zu Bereichen gewähren, die üblicherweise als privat galten; Fragen mussten immer beantwortet werden. Zog ein "Verdächtiger" das Verhalten des Polizisten in Zweifel oder blieben Fragen unbeantwortet, so machte der Polizist unmissverständlich klar, "wer der Chef" ist. Gelingt dies nicht, so musste zum Äussersten, nämlich zur Verhaftung gegriffen werden. Ein gesetzlicher Haftgrund für die "nötig" gewordene Verhaftung konnte dabei immer angerufen werden. In den Interaktionen der Polizisten mit den Betroffenen hat sich anhand des Verhaltens der Beteiligten entschieden, ob jemand als "Gesetzesbrecher" festgenommen wurde. Eine Subsumtion eines beobachteten Verhaltens unter einen gesetzlichen Haftgrund - wie dies der klassische Syllogismus beschreibt - fand *nicht* statt.

3. Rechtsanwendung durch die Verwaltung

Anita/Atkinson John Maxwell, Ethnomethodology, conversation analysis and the study of behavior, in: Müller D.J. u.a. (Hrsg.), Topics in psychology and law, Chichester 1984, S. 283 ff.; Leiter Kenneth, A primer on ethnomethodology, New York/Oxford 1980, S. 208 ff.; Robert Emerson, Judging delinquents, Context and process in juvenile court, New York 1969; Mehan/Wood, Reality 76 ff. Siehe zu weiterer Literatur: Patzelt Werner, Ein analytisches Paradigma, Neue politische Literatur 29/1984 3 ff., 187 ff.

¹⁰⁴⁰ Bittner Egon, The police on skid-row: a study of peace keeping, in: American Sociological Review 32/1972 699 ff.

19 Zimmerman¹⁰⁴¹ untersuchte die verwaltungsbehördliche Rechtsanwendung im Bereich der Armenunterstützung in den USA. Die Rechtsregeln sind im "Social Security Act" kodifiziert. Die um Armenunterstützung nachsuchenden Personen erscheinen vor den Schaltern der Fürsorgebehörde. Dabei nehmen sich der Schalterbeamte, der Sachbearbeiter und der vorgesetzte Beamte eines "Falles" an. Erhält eine bedürftige Person grundsätzlich Armenunter- /211 stützung, so muss noch die Kategorie der Bedürftigkeit festgestellt werden. Die Unterstützung wird in Form von Geld, Lebensmitteln oder Medikamenten gewährt.

"On New Year's Eve, an ... applicant appeared in the office seeking carfare. His assigned worker was in the field, and another worker in the unit was designated to handle the matter temporarily. His request for carfare was supposedly in order to keep a doctor's appointment. The worker consulted with the supervisor on the request and was directed to defer issuance of the carfare pending a review of the case record. The supervisor noted that he could not meet his scheduled appointment on time in any event. She also told the worker to contact the doctor to verify the existence of the appointment.

The amount of money at issue would total at the most two dollars, and probably be less. At the time, the caseworker involved could not comprehend the effort extended by the supervisor to monitor the expenditure of such a small amount. She was not "skeptical" of the request. (...)

As it turned out, the case record depicted the man as a "chronic alcoholic". Furthermore, it was also learned that the doctor with whom the man claimed to have had an appointment was on vacation. This information recast the situation as that of a drunk attempting to secure liquor on New Year's Eve"¹⁰⁴².

20 Zimmerman hat herausgearbeitet, dass die drei betroffenen Beamten einen konkreten "Fall" gegen ihren unterschiedlichen "Background" beurteilten, obwohl die gesetzlichen Regelungen stets die

¹⁰⁴¹ Vgl. Zimmerman, Practicalities 320 ff.; vgl. auch Mehan/Wood, Reality 88 ff.

¹⁰⁴² Zimmerman, Practicalities 331 f.

gleichen blieben. Die Bedeutung eines Ereignisses, eines sprachlichen Ausdrucks oder einer Handlung kann nicht isoliert verstanden werden. Denn die Bedeutung ergibt sich aus der Art und Weise des Verstehens der involvierten Personen. Die Studie von Zimmerman zeigt deutlich wie andere vergleichbare Untersuchungen, dass Regeln stets auf einen weiteren, *praktischen* Horizont verweisen, der durch die einzelnen Beteiligten entsprechend ihren alltagspraktischen Bedürfnissen geschaffen wird. Ohne diese wirklichkeitskonstituierende Arbeit besitzt eine Rechtsnorm keine Bedeutung und kein "Leben"¹⁰⁴³. /212

IV. Ergebnisse

21 Die ethnomethodologische Forschung zur Rechtsanwendung lässt sich schwer "zusammenfassen". Die Ethnomethodologie sperrt sich gegen jede Verallgemeinerung. Ihre "Beispiel-Ergebnisse" verdeutlichen die Erkenntnisse der Hermeneutik und der Sprachphilosophie von Wittgenstein¹⁰⁴⁴.

22 Nach dem ethnomethodologischen Konzept *konstituieren soziale Regeln, Akteure und konkrete Situationen zusammen die "Realität"* und das Verstehen der einzelnen Personen innerhalb dieses geschaffenen Bezugs- und Orientierungsrahmens. Die Ethnomethodologie hat den Vorrang der Normen in der klassischen Handlungstheorie aber nicht bestätigen können¹⁰⁴⁵:

"Rules, like actors and situations, do not appear except in a web of practical circumstances. Intertwined, the actor, rules, and the present definition of the situation *constitute* the situation. No single one of these can be abstracted out and treated as either cause or effect. Actors cannot be seen as outside of the situations judging

¹⁰⁴³ Gl. A. Mehan/Wood, Reality 89; vgl. ähnlich Garfinkel, Studies 41.

¹⁰⁴⁴ Vgl. Mehan/Wood, Reality 90.

¹⁰⁴⁵ Vgl. Mehan/Wood, Reality 75; Akteure, Regeln und Situationen können gar nicht unabhängig voneinander existieren. Garfinkel hat mit Recht bemängelt, dass die traditionelle Soziologie die Menschen im Alltagsleben zu "kognitiven Trotteln" ("judgmental dopes", vgl. Garfinkel, Studies 66 ff.) macht.

them, for they are an integral and reflexive constituent of those situations. In short, the ethnomethodological ethnographies of rule use demonstrate that descriptions of realities as rules systems are unavoidably and necessarily incomplete"¹⁰⁴⁶.

Der dialektisch erfolgende Gebrauch dieser drei Komponenten sozialer Wirklichkeit bestimmt den Inhalt der Rechtsanwendung und Rechtsprechung. Ein Gesuchsteller oder Beschwerdeführer ist ein Subjekt der Situation, und die Situation enthält diese Personen mit ihrem Hier-Und-Jetzt-Verständnis. Rechtsnormen werden dabei als weiteres Konstituens des Person-Situation-Kontextes angerufen. Rechtsregeln erscheinen und leben ausschliesslich in den konkreten Situationen der Rechtspraxis. Sie sprechen nicht für sich allein. Nur wenn die Gesetzestexte in konkreten Situationen mit Personen verbunden werden, finden sie eine Stimme und eine Bedeutung. Alle gesetzlichen Begriffe, seien sie in den Augen der Juristen unbestimmte oder bestimmte Rechtsbegriffe, sind *indexikalische Ausdrücke*. Gelingt das "Verstehen" in der Rechtsanwendung, so wird die exakte Bedeutung der Gesetzesnormen im Kontext situativ geschaffen. /213

23 Dagegen ist einzuwenden, dass die Gesetze doch eine *abstrakte "Bedeutung"* besitzen. *Der Gesetzgeber hat gewiss "etwas" regeln wollen?* Wenn das Gesetz von den Parlamentskammern beschlossen ist, so ist es zunächst geschriebener Text (im Unterschied zu vielen sozialen Regeln). Der Gesetzgeber hat in dem beschlossenen Gesetz Fach- und sonstige Begriffe, sprachliche Ausdrücke und Sätze verwendet, wie er im Rahmen der Zuschreibungspraxis¹⁰⁴⁷ erwarten kann, dass sie die Sprachgemeinschaft und/oder die angesprochenen Personenkreise "gleich" verwenden. Im Gesetzgebungsprozess bestimmen die situativen Interaktionen im Parlament die exakte und für den Gesetzgebungsprozess *hinreichend präzise Bedeutung*¹⁰⁴⁸ der zu beschliessenden Normen. Der geschriebene Gesetzestext kann infolge der Indexikalität nur eine beschränkte

¹⁰⁴⁶ Mehan/Wood, Reality 75 f.

¹⁰⁴⁷ Vgl. N. 14/28 ff., 14/39 ff.

¹⁰⁴⁸ Die Behauptung zahlreicher Lehrbücher und Methodenlehren, die menschliche Sprache sei unpräzise oder sogar unzulänglich, vgl. z.B. Larenz, Methodenlehre 321; Häfelin/Müller, Verwaltungsrecht 36, widerspricht jeglicher Erfahrung, vgl. N. 14/30.

Normbedeutung enthalten¹⁰⁴⁹; selbstverständlich können die Gesetzesmaterialien an dieser Situation nichts ändern. Selbst wenn sie den situativen Kontext im Parlament anlässlich der Gesetzgebung vollständig reproduzieren könnten, würden sie nichts helfen. Denn die Bedeutung des Gesetzes im Parlament braucht nicht mit der Bedeutung in der Rechtsanwendung übereinzustimmen. Es handelt sich je um völlig andere Situationen. Eine Gesetzesnorm erlangt *ihre hinreichend präzise Bedeutung* in fortwährend produzierten, situativen Interaktionen: sei dies zunächst im Parlament anlässlich der Gesetzesberatung oder sei es z.B. anlässlich einer Hafttrichter Verhandlung über die Frage, ob gegen jemanden ein Haftgrund vorliege. Die Bedeutung ist dann hinreichend präzise, wenn - um mit Wittgenstein zu sprechen - das Spiel gespielt werden kann, d.h. der *Zweck der betreffenden situativen Handlung erfüllt wird*¹⁰⁵⁰. Die Bedeutung ist nicht präexistent und nicht allgemeingültig, sondern die präzise Bedeutung wird im situativen Kontext von Akteuren unter Beachtung von Normen erst *geschaffen*. Jede wörtliche, semantische oder sonstwie bezeichnete Auslegung einer Norm, welche den bereits innewohnenden Normgehalt entnehmen will, sucht vergeblich nach der *essentiellen Bedeutung*. Auf diese Weise drückt sich *reflexiv* das Bemühen der entsprechenden Methodologie um (scheinbar exakte Natur-) Wissenschaftlichkeit aus.

24 Die juristischen Methodenlehren, welche deduktiv einen vorgegebenen Sinn /214 des Gesetzes aufdecken wollen, suchen nach einem Phantom. Die hermeneutisch beeinflussten Methodenlehren haben indessen jene Spur gelegt, welche die Ethnomethodologie bis zur Genese von verstehbarem Sinn und von Bedeutung in situativen, sozialen Kontexten weiterverfolgt. Die juristische Methodenlehre ist kein unmögliches Unterfangen, wenn sie die Phänomene mit den angemessenen Verfahren erforscht:

"I do not suggest that social scientists cease studying human phenomena, only that they begin to use methods that are more becoming to the mysterious phenomena ethnomethodology has unearthed"¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ N. 15/6.

¹⁰⁵⁰ Vgl. N. 14/28 ff.

¹⁰⁵¹ Mehan/Wood, Reality 238.

Die juristische Methodenlehre kann also gar nicht zeigen, wie die deduktive Bindung des Rechtsanwenders an das Gesetz hergestellt wird. Es kann sich daher nicht um eine Lehre der richtigen Auslegung und Anwendung der Gesetze handeln. Die Methodenlehre muss sich vielmehr mit dem umgekehrten Vorgang befassen: Wie erreichen es die Verfahrensbeteiligten in einer konkreten Rechtsanwendungssituation, dass ihr Urteil vor dem Hintergrund einer gemeinsam erzeugten sozialen Wirklichkeit als mit dem Gesetz übereinstimmend aufgefasst und verstanden wird? Auf welche unausgesprochenen Regeln beziehen sie sich dabei? Lassen diese Spielregeln insbesondere die *Personalität der Rechtsunterworfenen zur Geltung kommen* oder sind sie nur Objekte vor dem Erfahrungshintergrund des Rechtsanwenders? Die Methodenlehre sollte daher die Spielregeln und Verfahrensgrundsätze der Rechtsanwendung aufdecken. Die Gesetzesbindung des Rechtsanwenders erhält dadurch einen neuen und zugleich uralten, ursprünglichen Sinn. Das Gesetzmässigkeitsprinzip war von Kant und von den theoretischen Urhebern der französischen Revolutionsverfassungen als eine Garantie prozeduraler Freiheit verstanden worden. Die juristische Methodenlehre sollte daher aufzeigen, dass und wie auch in der Rechtsanwendung diese prozedurale Freiheitssicherung stattfinden kann. In einem fast buchstäblichen Sinne sollte die juristische Methodenlehre zur Freiheit hinführen. Denn das parlamentarisch-demokratische Verfahren kann niemals genügen: die Gesetzesbindung lässt sich nicht mechanisch-deduktiv sicherstellen.

25 Eine ethnomethodologische Studie ist nur dank einer *Aussensei-terposition* möglich. Ein Beobachter kann die ablaufende Begriffsbildung nur dann nachvollziehen, wenn er sich von den dialektischen Prozessen der Akteure in Situationen unter Anrufung von Regeln "beobachtend" entfernt. Den Beteiligten erscheint die von ihnen "gefundene" Lösung naheliegend. Beim richterlichen Rechtsschutz gegen die Exekutive ist es entscheidend, dass der Richter sich *der Sache* als unabhängige Person mit dem Selbstverständnis des Rechtsschützers "*von aussen*" annimmt. Ein verwaltungsinterner Rechtsschutz führt zu einer bloss ungenügenden Wiederholung des Verfahrens. Der Richter hat zwar keine grundsätzlich besseren Erkenntnismittel als die Verwaltung¹⁰⁵², er kann aber dank seiner Un-

¹⁰⁵² Vgl. aber zu den Vorteilen richterlicher Rechtsfindung N. 17/3 ff.

abhängigkeit einen vollständig neuen Prozess der Begriffsbildung führen. Es ist von grösster Bedeutung, dass der Richter die Betroffenen am Verfahren angemessen beteiligen kann. Die intensivste und dem *Personsein* gerechteste Beteiligung erfolgt durch eine *mündliche Verhandlung*. Von daher ist es eindrücklich, dass in den angelsächsischen Rechtssystemen die mündliche Verhandlung vor Gericht garantiert ist. Über die Art. 6 Abs. 1 und 5 Abs. 4 EMRK erhält dieses diskursive Rechtsdenken auch zunehmend Einfluss in der Schweiz¹⁰⁵³. Es ist kein Zufall, dass in der angelsächsischen Welt - wo die Ideen der analytischen Philosophie stark rezipiert und diejenigen der Ethnomethodologie überhaupt erst entwickelt wurden - Fairness und waffengleicher Diskurs zwischen den Parteien eines Rechtsstreites ein besonderes Gewicht haben. Die Bewertung des Habeas-Corpus-Verfahrens durch Dicey enthält unter methodologischen Gesichtspunkten mehr als nur ein Körnchen Wahrheit:

"The Habeas Corpus Acts declare no principle and define no rights, but they are for practical purposes worth a hundred constitutional articles guaranteeing individual liberty"¹⁰⁵⁴.

26 Schliesslich ist noch auf eine andere Entwicklung in der amerikanischen Methodenlehre hinzuweisen, welche ähnliche Ziele wie die analytische Sprachphilosophie und die Ethnomethodologie verfolgt. Das *Critical Legal Studies Movement*¹⁰⁵⁵ (CLS), das sich *nicht* auf Wittgenstein und Garfinkel bezieht, bekämpft namentlich den naiven Glauben an den Subsumtionsmechanismus und die unpolitische Rechtsanwendung¹⁰⁵⁶. Ähnlich wie bei Wittgenstein soll nicht ein idealistisches Bild der Rechtsanwendung gezeichnet werden, sondern ein realistisches. Dieses Ziel bringt es mit sich, dass gemeinhin in der

¹⁰⁵³ Vgl. N. 10/1 ff. und 11/1 ff.

¹⁰⁵⁴ Dicey, Introduction 199.

¹⁰⁵⁵ So einer der führenden Vertreter: Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, in: *Harvard Law Review* 1982/1983 561 ff.; ferner: Mark V. Tushnet, *Following the Rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles*, in: *Harvard Law Review* 1982/83 781 ff.; Paul F. Campos, *Advocacy and Scholarship*, in: *California Law Review* 1982/1983 817 ff.; Joseph William Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, in: *Yale Law Journal* 1984/85 1 ff.

¹⁰⁵⁶ Vgl. zu den Postulaten des CLS: Kelman Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge/Massachusetts USA 1987, S. 3 f.

traditionellen Methodenlehre geteilte Auffassungen fallengelassen werden, so etwa die Meinung, die individuellen Werte und Wünsche seien subjektiv, willkürlich und an die Einzelperson gebunden, wogegen die "Tatsachen" und die "Vernunft" objektiv und universell gelten und allgemeingültig festgestellt werden können. Die CLS verfährt indes nach andern Methoden als etwa die hier vorgestellten hermeneutischen Methodologien und ist deshalb für die vorliegende Untersuchung nicht methodenrelevant. /217

§ 16. Rechtsanwendung aus politikwissenschaftlicher Sicht

I. Überblick

1 Die Behauptung, die Anwendung des Rechts sei selbst ein *politischer Akt*, würde bei vielen Juristen *Befremden* auslösen¹. Sind "Politik" und "Recht" also Gegensätze? Dies wird namentlich dadurch nahegelegt, dass die *Gerichte keine politischen Fragen* entscheiden sollen. So sehen in vielen nationalen Rechtssystemen die Gerichte im Rahmen einer entsprechenden Doktrin von der Entscheidung eines Rechtsstreites ab und überlassen die Frage den politischen Gewalten zur Beantwortung¹⁰⁵⁷. Offenbar soll die gerichtliche Rechtsanwendung grundsätzlich unpolitischer Natur sein und es auch bleiben. Wie es sich mit der Natur des "Politischen" verhält, ist Gegenstand der folgenden Überlegungen, welche die funktionalrechtlich richtige Zuordnung der Rechtsanwendungskontrolle¹⁰⁵⁸ vorbereiten.

2 Das Problem des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Exekutive lässt sich aus politikwissenschaftlicher Sicht namentlich aus *zwei Gesichtswinkeln* erhellen. Zum einen fragt es sich, worin sich das Ergebnis der methodologischen Untersuchungen zeigt, dass zwischen Rechtsanwendung und Rechtsetzung, also zwischen Politik und blossem Gesetzesvollzug kein prinzipieller, höchstens ein gradueller Unterschied besteht (II. Abschnitt). Zum andern lassen sich politikwissenschaftlich deutlich Machtballungen in der Hand der Exekutive nachweisen. In allen demokratischen Staaten entwickelten sich konkordante Regierungssysteme. Die zur Koalition zusammengeschlossenen Parteien beherrschen sowohl Regierung als auch Parlament. Die Regierung erhielt über die Klammer der Parteien einen zunehmend grösseren Einfluss auf die Gesetzgebung und kontrolliert über ihr Verordnungsrecht unmittelbar einen beachtlichen Teil der Rechtsetzung (III.). Die exekutivische Machtballung bedarf nach dem ursprünglichen, prozeduralen Freiheitsverständnis einer institutionellen Neu-Balancierung: der Verwaltungsgerichtsbarkeit (IV.). /218

¹⁰⁵⁷ Vgl. z.B. Löwenstein, Verfassungslehre 252 f.; Kokott, Begriff 607. So namentlich in den USA: Political-Question-Doktrin, in Grossbritannien: Acts of State, Frankreich: Actes de Gouvernement (vgl. N. 18/4 ff.) oder Deutschland: justizfreie Hoheitsakte.

¹⁰⁵⁸ Vgl. N. 17/1 ff.

II. Rechtsanwendung als politische Tätigkeit?

1. Ent- und Repolitisierung der Rechtsanwendung

3 Der Begriff "Politik"² bezeichnet das zielbewusste Handeln *im Rahmen von Alternativen*, um Staat und Gesellschaft zu gestalten und inhaltlich zu bestimmen¹⁰⁵⁹. Keine Rolle spielt der Gegenstand des politischen Handelns; es können dies Anliegen wie die Sozialpolitik sein oder die institutionellen Rahmenbedingungen für die Politik selbst. Dem politischen Handeln ist eine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Alternativen immanent. In dieser Untersuchung geht es nicht um eine allgemeingültige Politikdefinition¹⁰⁶⁰. Vielmehr genügt in Übereinstimmung mit der politikwissenschaftlichen Literatur die angeführte, heuristische Begriffsbeschreibung. In diesem Jahrhundert unternahmen etliche Autoren den Versuch, "Politik" allgemeingültig zu definieren¹⁰⁶¹. So sah etwa *Max Weber* Politik als *Streben nach Machtanteil*¹⁰⁶² an oder *Carl Schmitt* verstand sie als *unversöhnliches Freund-Feind-Verhältnis*¹⁰⁶³. Andere Autoren hielten "politisch" und "rechtlich" überhaupt für Gegenstücke¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁹ Vgl. z.B. Löwenstein, Verfassungslehre 40; Schilling, Unterstellung 116; Flechtenheim Ossip K., Politik als Wissenschaft, Berlin 1953, S. 7; Mannheim Karl, Ideologie und Utopie, 6. A., Frankfurt a.M. 1978, S. 98 ff.; Wassermann, Gewalt 3.

¹⁰⁶⁰ Vgl. N. 14/40! Vgl. Schilling, Unterstellung 116; Kokott, Begriff 613.

¹⁰⁶¹ Vgl. Kokott, Begriff 614 ff.

¹⁰⁶² Vgl. Max Weber, Politik als Beruf (1919), in: Max Weber, Gesammelte Politische Schriften, herausgegeben von Johannes Winckelmann, 5. A., Tübingen 1988, S. 505 ff., insb. S. 506.

¹⁰⁶³ Vgl. Der Begriff des Politischen, Berlin 1932, S. 54, 58; vgl. insbesondere, Hofmann Hasso, Legitimität gegen Legalität, 2. A., Berlin 1992, S. XXII, 101 ff.; Wassermann, Gewalt 3. Schmidt bejaht die Politik, denn eine Welt ohne Freund-Feind-Gegensatz ist für ihn eine liberalistische Welt ohne Ernst, eine Welt des Konsums, der Technik und der ewigen Diskussion (vgl. insb. S. 68 ff.).

¹⁰⁶⁴ Vgl. Imboden, Gewaltentrennung 123; Bilfinger Carl, Betrachtungen über politisches Recht, ZaöRV 1929 57 ff., insb. S. 62 ff.; Wengler Wilhelm, Der Begriff des Politischen

4 Der Positivismus hat als ein ideengeschichtliches Phänomen eine grosse Bedeutung, nicht aber als effektive Möglichkeit, die Gesetzesbindung zu sichern¹⁰⁶⁵. Nach dem aus politischen Gründen im letzten Jahrhundert¹⁰⁶⁶ /219 bedeutsam gewordenen Gesetzespositivismus¹⁰⁶⁷ wird die Tätigkeit der Rechtsanwendung als gesetzestesteuerter Nachvollzug der demokratischen Gesetze dargestellt. Rechtsfragen werden geklärt, indem die *methodisch richtig geleitete Erkenntnis aus der Gesetzgebung "abgeleitet"* wird¹⁰⁶⁸. Der Rechtsanwender muss daher die Verantwortung für sein Tun nicht selbst tragen, vielmehr kann er dank seiner Methodik auf den legitimierten Urheber allen staatlichen Tuns, den Gesetzgeber, verweisen und sich dadurch von politischer Verantwortung entheben. Die logisch-formale Jurisprudenz hat eine "Flucht in unpolitische Neutralität" ermöglicht¹⁰⁶⁹. Der Rechtspositivismus hat als politische Idee die gesellschaftlichen Rollenerwartungen an die Gerichte bis heute bestimmt *und* methodengeschichtlich eine - scheinbar - unpolitische Rechtsanwendung und namentlich Rechtsprechung "sichergestellt"¹⁰⁷⁰. Faktisch sanktionierte diese Auffassung die tradierten obrigkeitsstaatlichen Vorstellungen, wie sie in der Lehre vom Ermessenspielraum der Verwaltung noch lebendig sind¹⁰⁷¹.

im internationalen Recht, Tübingen 1956, S. 5, 32.

¹⁰⁶⁵ Vgl. Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 255, 274 oder Maus, Theorie 304 und Justiz 133 bei Anm. 34. Besonders krass ist Seibel, Abschied 137, nach welchem der Subsumtionsmechanismus "aus sich selbst heraus .. genügend Entscheidungssicherheit ...bietet". Insofern sei der Syllogismus "antiideologisch"!

¹⁰⁶⁶ Die im letzten und diesem Jahrhundert erfolgte Entpolitisierung der Gerichte hat eine uralte Einsicht verschüttet. Im Mittelalter sah jeder Souverän in der Gerichtshoheit sein wesentlichstes Herrschaftsrecht, vgl. Görlitz, Puissance 268 und dazu namentlich die Formulierungen in den Landfriedensbriefen, vgl. N. 2/2.

¹⁰⁶⁷ Und zwar *wegen* der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, vgl. N. 13/5.

¹⁰⁶⁸ Vgl. Görlitz, Funktionen 72.

¹⁰⁶⁹ Böckenförde Ernst-Wolfgang, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Diss. Berlin 1959, S. 211; Görlitz, Funktionen 80; Görlitz/Voigt, Rechtspolitologie 117 f.

¹⁰⁷⁰ Vgl. N. 13/5.

¹⁰⁷¹ Vgl. Imboden, Gesetz 9 f.; Görlitz, Funktionen 80; Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 267; Görlitz, Puissance 276, 280; vgl. N. 4/5.

5 Die den Staat gestaltende, zwischen Alternativen entscheidende und damit politisierende Behörde ist nach ursprünglichem Konzept der Gesetzgeber. Die gesetzesanwendenden Behörden sind demgegenüber nicht rein "rechtlich" tätig. Ihre Entscheide lassen sich nicht aus den formellen Gesetzen *deduzieren*. Eine *methodisch sichere* Anbindung an das Gesetz kann es nicht geben¹⁰⁷². Jeder Rechtsanwender - und das gilt selbstverständlich auch für den Richter - wählt und entscheidet im Rahmen von Alternativen, ob er dies zugibt oder verleugnet; d.h. er ist zugleich *wirklich politisch tätig*¹⁰⁷³. /220

6 Es ist bemerkenswert, dass Arthur Meier-Hayoz in seinen älteren Schriften noch an den tradierten Unterscheidungen festhielt, aber in seinem Beitrag "Strategische und Taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts"¹⁰⁷⁴ neue Wege beschritt¹⁰⁷⁵. Seine Unterscheidung zwischen der *politisch-strategischen Gesetzgebung* und der *politisch-taktischen Rechtsanwendung* gibt eine vergrößernde, aber vor dem Hintergrund der hier erfolgten methodischen Untersuchungen zutreffende Funktionsausscheidung wieder. *Strategie* ist

¹⁰⁷² Vgl. N. 14/31 ff., 15/21 ff.

¹⁰⁷³ Diese Aussage ist von einigen Autoren akzeptiert worden, vgl. z.B. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 162 f.; Eichenberger, Justiz 253 f.; Löwenstein, Verfassungslehre 40 ff. über eine neue (politische) Dreiteilung der Staatsfunktionen; Huber, Niedergang 33; Meier-Hayoz, Aspekte 421; Donner, Funktion 10, 12; Wassermann, Gewalt 2 ff.; Eichenberger, Sonderheiten 73 und 77 betont nachdrücklich die substantielle Mitgestaltung von gesellschaftlichen, staatlichen und persönlichen Problemlösungen, also die "politische Tönung" der richterlichen Tätigkeit. Dazu kommt noch ein faktischer Einwurf von Maus, Justiz 140 Anm. 67: "Das Gesetz verpflichtet seinen Adressaten, nicht seinen Interpreten", (von Klaus Adomeit, Juristische Methode, in: Görlitz Axel (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München 1972, S. 217-222, insb. S. 220).

¹⁰⁷⁴ Vgl. JZ 1981 417 ff. Ähnlich Löwenstein, Verfassungslehre 40 ff., der ohne methodologische Überlegungen in seiner rein politikwissenschaftlichen Analyse die Staatsfunktionen *policy determination*, *policy execution* und *policy control* unterscheidet.

¹⁰⁷⁵ Gl. A. Haller Walter, Verfassungsfortbildung durch den amerikanischen Supreme Court: strategische und taktische Aspekte, in: Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Basel 1993, S. 79 ff.; Biaggini, Verfassung 168. Der Ansatz von Meier-Hayoz ist deshalb grundlegend, weil er zu Recht die illusorischen Annahmen rein methodengesteuerter Rechtsanwendung preisgibt und stattdessen eine realistische Sicht der Dinge vertritt.

derjenige "Teil der Politik, der sich durch langfristige, grundlegende Planung und durch umfassende Vorbereitung unter Einbeziehung aller wesentlichen Faktoren auszeichnet". Demgegenüber ist *Taktik* derjenige Teil der Politik, der sich innerhalb der Strategie bewegt und "im Kleinen, im relativ Unkontroversen bleibt"¹⁰⁷⁶. Damit hat sich der rechtsschöpfende Beitrag des Richters auf das relativ Unkontroverse zu beschränken, "die darüber hinausgehende Strategie" sei dem Gesetzgeber zu überlassen¹⁰⁷⁷. Dies ist namentlich durch einen wichtigen institutionellen Unterschied zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung gerechtfertigt, indem sich der Gesetzgeber *jederzeit einer Materie* annehmen kann. Dagegen ist der Richter nur in einem konkreten, *anhängigen* Fall zuständig¹⁰⁷⁸. Im übrigen ist eine abstrakte Funktionsausscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht möglich, aber auch nicht nötig. /221 Vielmehr entscheidet sich im Wechsel der politischen Strömungen, was kontrovers ist und was nicht¹⁰⁷⁹.

7 Auf diese Weise verlangt die moderne Anschauung über Rechtsetzung und Rechtsprechung nach einer *Repolitisierung* der Gerichtsbarkeit¹⁰⁸⁰. Was früher der Gesetzespositivismus aus politischen Gründen aus dem Bewusstsein der Rechtsanwender verbannt hatte¹⁰⁸¹ - nämlich die Rechtsanwendung als wer-tende, politische, *regel-setzende* Tätigkeit - kehrt heute, in einem erneuerten

¹⁰⁷⁶ Vgl. Meier-Hayoz, Aspekte 421.

¹⁰⁷⁷ Vgl. Meier-Hayoz, Aspekte 423. Meier-Hayoz, Aspekte 422 f. zählt noch eine Reihe weiterer Argumente dafür auf, dass sich der Richter auf das Unkontroverse beschränken müsse, namentlich den zentralen Grund, der mangelnden demokratischen Verankerung des Richters. Er übersieht m.E. hierbei, dass im Rechtsstaat alle Behörden demokratisch legitimiert sind, vgl. N. 19/10.

¹⁰⁷⁸ Vgl. z.B. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 168; Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit 518; Meier-Hayoz, Aspekte 422; Rhinow, Rechtsetzung 192.

¹⁰⁷⁹ Die Unterscheidung strategisch/taktisch bedeutet keinesweges, dass der Rechtsanwender bloss politisch unwichtige Entscheide treffen darf. Vielmehr lassen sich aus der Gerichtspraxis zahlreiche Entscheide anführen, welche grosse faktische, politische und finanzielle Auswirkungen haben, vgl. N. 16/10.

¹⁰⁸⁰ Vgl. Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 252 f.

¹⁰⁸¹ Vgl. N. 13/5.

Verständnis der juristischen Methode wieder zurück. Die Anwendung des (Verwaltungs-) Rechts durch die Exekutive und die Gerichte ist eine gestaltende und politische Aufgabe.

Es ist das Anliegen redlicher Rechtswissenschaft, "die politischen Elemente der Rechtsanwendung als solche erkennbar und bewusst zu machen"¹⁰⁸². Von daher erhebt sich die dringende Forderung, zumindest bei den oberen Gerichten die *Dissenting Opinion* zu ermöglichen, wie sie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Schaffhauser Obergericht als Verwaltungsgericht, die Zürcher Gerichte¹⁰⁸³ und viele ausländische, oberste Gerichte kennen. Rechtsprechung ist nicht ein methodisch geleiteter Nachvollzug getroffener Vorentscheidungen, sondern politische Gestaltung. Die immer diskutierbaren Gründe für oder gegen eine Entscheidung sollen möglichst sichtbar gemacht werden. Freilich verträgt sich die *Dissenting Opinion* nicht mit deduktiv orientierten Methodenlehren¹⁰⁸⁴.

8 Die Aussage von der "politischen" Natur selbst der einfachen Rechtsanwendung klingt befremdlich¹⁰⁸⁵. Dies liegt daran, dass der Positivismus trotz der /222 Erkenntnisse der juristischen Hermeneutik das Selbstverständnis der Rechtsanwender bestimmt¹⁰⁸⁶. Damit lassen sich die grundlegenden Probleme der Rechtsanwendung aus dem Gesichtsfeld

¹⁰⁸² Rüthers, Rechtsbegriffe 93; Rüthers, Auslegung 475.

¹⁰⁸³ Vgl. § 138 Abs. 4 GVG ZH, wobei in der Urteilsbegründung auf die Gerichtsminderheit lediglich hingewiesen wird.

¹⁰⁸⁴ Koch/Rüssmann, Begründungslehre behandeln entsprechend ihrem deduktiven Ansatz diese Figur mit keinem Wort.

¹⁰⁸⁵ Vgl. N. 16/1. Beispiel: Nach der hier vertretenen herkömmlichen Politikdefinition stellt Schilling, Unterstellung 117 f. apodiktisch fest: "Es ergibt sich, dass die Politik zwar ihre Verwirklichung vor allem in der Gesetzgebung findet, dass sich die Eigenschaft "politisch" aber jedem Staatsakt - mit Ausnahme der richterlichen Urteile - ... anhaften kann". Entsprechende Formulierungen dieses Politikverbotes finden sich in allen älteren, klassischen Werken: z.B. Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 8. A., München/Berlin 1971, S. 467; Scheuner Ulrich, Der Bereich der Regierung, in: Festschrift für Rudolf Smend zum 70 Geburtstag, Göttingen 1952, S. 253 ff., insb. S. 275 f.

¹⁰⁸⁶ Vgl. N. 13/5.

verbannen; der herkömmliche Syllogismus der Rechtsanwendung¹⁰⁸⁷ kann seinen mechanischen Vollzug ungestört fortsetzen.

2. Anwendungsbeispiele zur Rechtsanwendung als politischer Tätigkeit

9 Im folgenden sollen aus der politikwissenschaftlichen und historischen Forschung drei Beispiele vorgestellt werden, welche die methodologisch fundierte Analyse der Rechtsanwendung als politisch gestaltende Tätigkeit praktisch untermauern. Es handelt sich um den Widerstand der Exekutiven gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit (N. 10), die politische Auswahl der Richter (N. 11) und die rechtshistorischen Forschungen von Bernd Rüthers (N. 12 ff.).

10 Anlässlich der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts³ haben die von der Verwaltungsgerichtsbarkeit betroffenen Regierungen von Bund¹⁰⁸⁸ und Kantonen¹⁰⁸⁹ die Befürchtung geäußert, sie würden von der Gerichtsinstanz "bevormundet", eine konkurrierende "Nebenregierung"¹⁰⁹⁰ werde eingesetzt, oder eine gerichtliche Nach- /223 kontrolle von Regierungsentscheidungen sei einer Regierung gar

¹⁰⁸⁷ Rüthers, Rechtsbegriffe 37 kritisiert mit Recht das zu enge Interesse der Jurisprudenz an der blossen Rechtsanwendung.

¹⁰⁸⁸ Vgl. Schilling, Unterstellung 144, Saladin, Erweiterung 46 ff.

¹⁰⁸⁹ Vgl. z.B.: Der Kanton Thurgau befolgte bei der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit das System der Enumeration. Anlässlich der durch Art. 98a OG bedingten Teilrevision des Verwaltungsrechtspflegegesetzes schlug die Regierung die Generalklausel vor, behielt sich aber in einem riesigen Ausnahmekatalog weite Gebiete zur Rechtsprechung vor. Der Grosse Rat kürzte den Katalog bis auf wenige echte Ausnahmen, vgl. Botschaft zum Gesetz über die Änderung des VRP vom 24.3.1992, S. 3, 6 f.; Kölz, Kommentar 10; Bonnard, Contôle 239 erwähnte 1934 den Widerstand des "administrateur-juge" gegen den Verwaltungsrichter als hauptsächlichstes Merkmal der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege; vgl. N. 20/1 zum Schaffhauser Beispiel.

¹⁰⁹⁰ Ablehnend zu diesem Argument die Appenzell A.Rh. Expertenkommission für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bericht vom 20.10.1992, S. 4.

"unwürdig"¹⁰⁹¹. In diesem Zusammenhang war die gerichtliche Nachkontrolle von Exekutiventscheidungen offenbar gerade nicht vom Bild unpolitischer und mechanischer Gesetzesanwendung bestimmt, als vielmehr vom Verdacht, sie stelle *die stille Fortsetzung der Politik mit andern Mitteln* dar. Die auf diese Weise argumentierenden Gegner der Verwaltungsgerichtsbarkeit rechneten also durchaus mit einer politisch geprägten Rechtsanwendung. Die Regierungen wollten sich damit das "ureigenste Aktionsfeld ungeschmälert"¹⁰⁹² erhalten; der Richter wurde als weiterer Akteur abgelehnt. Es ist von den Regierungsmitgliedern intuitiv gespürt worden, dass die Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsgericht und Exekutive zu einem der schwierigsten Probleme gehört¹⁰⁹³. An die vielfach beschworene Formel von der unpolitischen Rechtsanwendung wurde in diesem "Ernstfall" nicht geglaubt. Jedes Verwaltungsgericht kommt laufend in die Situation, dass es Entscheide der Regierung aufhebt und dadurch politisch gestaltend eingreift¹⁰⁹⁴. Die Forde-

¹⁰⁹¹ Vgl. Schilling, Unterstellung 143 f. m.w.H.

¹⁰⁹² Vgl. Eichenberger, Sonderheiten 75; Fleiner, Bundesstaatsrecht 224. Eichenberger, Sonderheiten 69 bewertet das vielfach gebrachte Argument der dogmatisierten Gewaltenteilung zu Recht als "Vorwand".

¹⁰⁹³ Vgl. Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 267; Hangartner, Neuordnung 449; namentlich im Hinblick auf die unbestimmten Rechtsbegriffe, vgl. N. 18/26.

¹⁰⁹⁴ Dafür lassen sich zahlreiche Fälle von erheblicher Konsequenz auflisten: BGE 112 Ib 191 (die Pflicht zur Verschiebung der Briefkästen an die Grundstücksgrenze entbehrt der gesetzlichen Grundlage); BVR 1993 4 ff. (Kürzung des Teuerungsausgleiches für das Berner Staatspersonal durch den Grossen Rat ist gesetzeswidrig); GVP 1990 Nr. 1 (Steuerzuschlag für Nicht-Katalysator-Fahrzeuge ist gesetzeswidrig); Urteil des Eidg. Versicherungsgerichtes vom 25.8.1993, AJP 1993 1511 ff. mit Besprechung von Andreas Kley-Struller (Kürzung einer IV-Rente wegen grobem Selbstverschulden ist unzulässig). In der Verfassungsrechtsprechung ist diese richterliche Politik offenkundig, wie die folgenden Beispiele zeigen: Fall Wäffler BGE 103 Ia 369; Frauenstimmrecht in Appenzell I.Rh., BGE 116 Ia 359; auslegende Erklärung und Vorbehalt der Schweiz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK ist unwirksam, Urteil Belilos, EGMR/A 132 und Urteil Weber, EGMR/A 177, nachträgliche Verbesserung der auslegenden Erklärung ist ungültig: BGE 118 Ia 473.

rung, dass die Verwaltungsgerichte keine politischen Fragen entscheiden sollen, ist illusorisch¹⁰⁹⁵.

Es ist vor diesem Hintergrund eindrücklich und weist über die damalige Zeit hinaus, dass die Bundesversammlung nach der Staatsgründung 1848 bis in dieses Jahrhundert hinein die meisten Rechtsprechungskompetenzen selbst in /224 der Hand behielt¹⁰⁹⁶. Die Bundesversammlung sah die Rechtsprechung aus ihrem politischen Blickwinkel bestimmt nicht als formal-logische Deduktion an¹⁰⁹⁷.

11 Wenn die Rechtsanwendung eine politische Tätigkeit ist, so ist es nur folgerichtig, die rechtsanwendenden Personen nach politischen Gesichtspunkten auszuwählen. In der Schweiz werden die Richter deshalb nach Parteizugehörigkeit und Parteiverdiensten ausgewählt¹⁰⁹⁸. Fachlich ausgewiesene, aber keiner oder einer Nichtkoalitionspartei angehörende Kandidaten haben es regelmässig schwer, zu einem Richteramt zu gelangen¹⁰⁹⁹. Das Wahlorgan (Parlament oder Volk¹¹⁰⁰) akklamiert in aller Regel die von den Parteien vorgeschlagenen Kandidaten. Bei der Volkswahl lassen sich parteipolitische Ränkespiele aber nicht immer verwirklichen; unter Umständen kann eine parteilose Persönlichkeit gewählt werden¹¹⁰¹. Diese Tatsache belegt in eindrücklicher Weise, dass die politische Praxis - wie schon bei der

¹⁰⁹⁵ Vgl. zu den Actes de gouvernement N. 18/4.

¹⁰⁹⁶ Vgl. N. 7/9. Vgl. Burckhardt, Einführung 218 mit der parallelen Überlegung zur authentischen Interpretation.

¹⁰⁹⁷ Gl. A. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 163.

¹⁰⁹⁸ Vgl. Eichenberger, Sonderheiten 75 Anm. 23; Matter, Richter 128 f., 166; Kiss-Peter Christina, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, Diss. Basel 1993, S. 67 ff. m.w.H. In Deutschland entscheidet allein die Note der zweiten juristischen Staatsprüfung über den Beginn einer Richterkarriere, vgl. Niebler, Unabhängigkeit 14.

¹⁰⁹⁹ Siehe den illustrativen Fall, BGr v. 4.2.1990, ZBl 1991 260 ff.

¹¹⁰⁰ Vgl. z.B. Art. 19 ff. des st. gallischen Gerichtsgesetzes vom 2.4.1987, sGS 941.1. Häufig werden die erstinstanzlichen Richter vom Volk und die oberinstanzlichen Richter vom Parlament gewählt. In den Landsgemeindekantonen wählt die Landsgemeinde auch die Mitglieder der oberen Gerichte, vgl. z.B. Art. 60 Abs. 1 Ziff. 4 und 5 KV OW.

¹¹⁰¹ Charakteristischerweise stets im Majorzwahlverfahren, vgl. z.B. Art. 21 des st. gallischen Gerichtsgesetzes vom 2.4.1987, sGS 941.1 und Matter, Richter 128 f.

Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit - das von der Rechtslehre verbreitete Bild der unpolitischen Rechtsanwendung selbst gar nicht akzeptiert hat, sondern instinktiv eine politische Tätigkeit "witterte". Die Wahlorgane legen Wert darauf, den politischen Standort der Richterkandidaten zu kennen; denn dank dieser "Einbettung in den gegenwärtigen Volkswillen wird der Richter seine interpretatorische und rechtsfindende Funktion dem Volks- und Zeitgeist gemäss ausüben"¹¹⁰². Die Einbettung in den herrschenden Zeitgeist kommt freilich auch ohne demokratische und parteipolitisch bestimmte Wahl zustande. Die Arbeiten von Bernd Rütters haben in besonders eindrücklicher Weise offengelegt, *wie* der Zeitgeist unabhängig vom Wortlaut der Gesetze in der Rechtsprechung ein Sprachrohr findet. /225

12 Die Arbeiten von *Bernd Rütters*¹¹⁰³ haben den *Zusammenhang zwischen Weltanschauung und Rechtsauslegung* belegt¹¹⁰⁴. Dafür zieht Rütters das bemerkenswerte Musterbeispiel des deutschen Ehegesetzes von 1938/1946 heran¹¹⁰⁵. Der Wortlaut von § 55 des Ehegesetzes blieb in den drei völlig unterschiedlichen politischen Systemen Nationalsozialismus, Stalinismus und freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat unverändert; gleichwohl führte der unterschiedliche politische Hintergrund zu ganz verschiedenen Auslegungsergebnissen. Nach Abs. 1 der Vorschrift konnte eine zerrüttete Ehe geschieden werden, wenn die Wiedereinstellung einer dem *Wesen der Ehe* entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten war. Und nach Abs. 2 war der Widerstand des unschuldigen Ehegatten unbeachtlich, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei rechter Würdigung ihres Wesens sittlich nicht gerechtfertigt war.

¹¹⁰² Eichenberger, Sonderheiten 67; vgl. Rütters, Interpretation 41, 56.

¹¹⁰³ Vgl. vor allem "Die unbegrenzte Auslegung" und "Wir denken die Rechtsbegriffe um..". Siehe zu einem neuen Vorgang eines ideologischen Zusammenbruchs: Rütters Bernd, Ideologie und Recht im Systemwechsel, München 1992, insb. S. 29 ff.

¹¹⁰⁴ Vgl. namentlich die Berliner Antrittsvorlesung, Bernd Rütters, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, Berlin 1970.

¹¹⁰⁵ Nämlich § 55 des Ehegesetzes, der später zu § 48 des Ehegesetzes von 1946 des alliierten Kontrollrates wurde.

13 Das *nationalsozialistische Reichsgericht* stellte das "Wesen der Ehe" und die "sittliche Rechtfertigung" einer Scheidung ganz in den Dienst der nationalsozialistischen Weltanschauung¹¹⁰⁶. Ein wesentlicher Zweck des § 55 lag darin, "die für die Allgemeinheit nützliche Überführung ehebrecherischer Verhältnisse in volkspolitisch wertvolle Ehen zu ermöglichen"¹¹⁰⁷. Auf diese Weise sollten die bevölkerungspolitischen Ziele des erbgesunden Nachwuchses verwirklicht und die rassischen Mischehen möglichst leicht geschieden werden. Sogar volkswirtschaftliche Gesichtspunkte wurden berücksichtigt, wenn die Ehe die "Schaffenskraft" einer scheidungswilligen Partei beeinträchtigte. Im Ergebnis stellte das Reichsgericht geringe Anforderungen an eine Ehescheidung.

14 Gerade gegenteilig wandte der *rechtsstaatliche Bundesgerichtshof*¹¹⁰⁸ dieselbe Vorschrift an, die der alliierte Kontrollrat als § 48 in das Ehegesetz von 1946 übernommen hatte. Der Bundesgerichtshof begründete seine rigorose Scheidungsfeindlichkeit unter Hinweis auf eine "sittliche Ordnung und das in ihr /226 wurzelnde Institut der Ehe"¹¹⁰⁹. Die Sittenordnung sei eine vorgegebene, unangreifbare, den Sinn jedes Einzelschicksals bestimmende Ordnung menschlichen Zusammenlebens. Aus dem institutionellen Sinn der Ehe folgte der Bundesgerichtshof:

"Diese vom Senat vertretene Auslegung wird nicht nur vom *Wortlaut* gefordert, sie verdient auch aus sittlichen Erwägungen den Vorzug. Die Ehe besteht ihrem sittlichen Wesen nach ... in der Begründung d der fortwährenden Verwirklichung einer bis zum Tode eines der Ehegatten fortdauernden und zur Familiengemeinschaft sich erweiternden

¹¹⁰⁶ Vgl. Rütters, Auslegung 404 ff.; Rütters, Rechtsbegriffe 48 ff.

¹¹⁰⁷ Rütters, Rechtsbegriffe 49 m.w.H.; Rütters, Auslegung 409.

¹¹⁰⁸ Vgl. Rütters, Auslegung 411 ff.; Rütters, Rechtsbegriffe 52 ff.

¹¹⁰⁹ Rütters, Auslegung 413 m.H.

Lebensgemeinschaft der Ehegatten ... *Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unauflöslich*"¹¹¹⁰.

Das Zustandekommen und die Geltung gerade dieser sittlichen Normen begründete der Bundesgerichtshof nicht¹¹¹¹.

15 Das oberste Gericht der DDR¹¹¹² verstand das "Wesen der Ehe" im selben Gesetz im Rahmen der antifaschistisch-demokratischen Ordnung des neuen Staates. So sei die Ehe nicht eine private Angelegenheit der Eheleute, sondern sie habe auch gesellschaftliche Ideale, nicht zu letzt die *Arbeitsfreude* (sic!) zu fördern. Die Ehe solle die wirtschaftlichen und sozialistischen Pflichten der Bürger nicht beeinträchtigen. Ein Ehegatte dürfe nicht vom andern an der Teilnahme an gesellschaftlichen Funktionen behindert werden, ansonsten sei die Ehe zu scheiden. Ähnlich wie das Reichsgericht ist das Oberste Gericht der DDR zur Unterstützung der Herrschaftsideologie *scheidungsfreudig*.

16 Das Wesen der Ehe erzeugt je nach Herrschaftsideologie bei *unverändertem Gesetzeswortlaut*¹¹¹³ ein entsprechendes, sinnfälliges Auslegungsergebnis. Rüthers kam zu einem Ergebnis, das erschrecken müsste: "Der Wortlaut der Vorschriften hat de facto für das Auslegungsergebnis nur eine begrenzte, angesichts der vorstehenden Analysen darf man sagen, untergeordnete Bedeutung"¹¹¹⁴. /227

¹¹¹⁰ Bundesgerichtshof in Zivilsachen, Band 18, 17.

¹¹¹¹ Vgl. Rüthers, Auslegung 426; Rüthers, Rechtsbegriffe 54.

¹¹¹² Vgl. Rüthers, Rechtsbegriffe 54 f.

¹¹¹³ Vgl. Rüthers, Auslegung 412. Der Gesetzespositivismus kann nicht für den Nationalsozialismus verantwortlich gemacht werden, vgl. zu dieser fragwürdigen These von Radbruch Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, In: Süddeutsche Juristenzeitung 1946 105 ff.; Ott, Rechtspositivismus 188 ff. Man kann dem Rechtspositivismus höchstens vorhalten, dass er in naiver Weise die politische Tätigkeit der Rechtsanwendung und Rechtsprechung verschleiern.

¹¹¹⁴ Rüthers, Auslegung 435.

Die unterschiedlichen Auslegungsergebnisse machen auf die methodischen Grundlagen dieses Vorgehens aufmerksam. Hier zeigt sich die bemerkenswerte Gemeinsamkeit, dass alle drei Gerichte die Ehe als ein aussergesetzliches, vorgegebenes Institut ansehen, das bestimmte Funktionen in einem höheren Ganzen erfüllt. Rüthers setzt daher zu einer Kritik des institutionellen Denkschemas an¹¹¹⁵. Im Ergebnis berufen sich die drei Gerichte mit einem philosophisch-metaphysischen Rückgriff auf eine *wesensbestimmende, vorgegebene Ordnung*. Die Wesensargumentation ist nach Rüthers ausserordentlich fragwürdig, da eine Begründung für gerade dieses Wesen, welches ein Rechtsinstitut bestimmt, nicht gegeben werden kann. "Das Wesensargument liefert beliebig die jeweils zeitgerechte oder erwünschte Ideologie im Gewand juristischer Wissenschaftlichkeit"¹¹¹⁶. Wittgenstein hatte die Wesensargumentation ebenfalls bekämpft¹¹¹⁷, die eine vordergründig einleuchtende, aber letztlich nicht nachprüfbare Erklärung für die Bedeutung der Worte und Sätze in der Sprache liefert. Im Recht erfüllt das Wesensargument dieselbe Funktion. In einem Nebel begrifflicher Scheinargumentationen wird interpretative Normsetzung als traditioneller Deduktionsmechanismus getarnt¹¹¹⁸.

17 Rüthers plädiert unter Hinweis auf seine historischen Forschungen dafür, die politischen Elemente der Rechtsanwendung als solche erkennbar und bewusst zu machen¹¹¹⁹. Die Zersetzung der deduktiven Scheinargumente zwingt die Gesetzesinterpreten dazu, "ihre realen Wertungsgesichtspunkte offenzulegen". Rüthers' kritische Analyse macht deutlich, dass die Rechtsanwendung ein "*durch und durch menschlicher, unheiliger und*

¹¹¹⁵ Vgl. Rüthers, Rechtsbegriffe 58 ff.

¹¹¹⁶ Rüthers, Rechtsbegriffe 14 und 68 Anm. 59; vgl. Rüthers Interpretation 47 ff.

¹¹¹⁷ Vgl. N. 14/17 und 14/24.

¹¹¹⁸ Ähnl. Rüthers, Rechtsbegriffe 93; Rüthers, Interpretation 48, 56; Kley, Grundpflichten 100 m.w.H.

¹¹¹⁹ Vgl. Rüthers, Rechtsbegriffe 93; Rüthers, Auslegung 431 ff., insb. 473 ff.

politischer Prozess ist"¹¹²⁰. Dieses Ergebnis stösst nicht immer auf Gegenliebe. Der ideologische Hintergrund der "deduktiv" tätigen Norminterpreten wird schonungslos aufgedeckt¹¹²¹. An den Untersuchungen von Rüthers zeigt sich exakt das von der Begründung her bemerkenswerte Ergebnis der sprachphilosophischen und ethnomethodologischen Überlegungen. Das Recht wird im Moment der Rechtsanwendung "gesetzt"; erst dann lebt es als intersubjektiv-wirkliches /228 Recht¹¹²². Die "deduktiven" Verfahren sind - um eine Formulierung v. Hippels¹¹²³ aufzunehmen - "Methoden des Nichtwissens um das eigene Tun", welche dem "rechtspolitischen Subjektivismus" ein Feld freier und unkontrollierter Betätigung lassen.

III. Verschiebung der Machtgewichte vom Legislativ- zum Exekutivstaat

18 Die politikwissenschaftliche Forschung hat die Machtverschiebungen im gewaltengliedrigen Rechtsstaat der Gegenwart untersucht. Die Macht ist heute bei weitem nicht mehr im Parlament konzentriert, vielmehr haben die parteipolitischen, gesellschaftlichen und vor allem die wirtschaftlichen Entwicklungen seit dem Zweiten Weltkrieg die Machtgewichte verschoben. Bei diesen Entwicklungen handelt es sich namentlich um (1.) das Zustandekommen der grossen Koalitionsregierungen, (2.) die neuen Anforderungen an die Rechtsetzung, die sich in scheinbar gegenläufigen Tendenzen manifestieren und (3.) den Einfluss wirtschaftlicher Interessengruppen auf die Verwaltung.

¹¹²⁰ Beide Zitate Rüthers, Rechtsbegriffe, 94, 95.

¹¹²¹ Die bemerkenswerten Forschungsergebnisse von Rüthers sind auf Widerstand gestossen, vgl. Rüthers, Rechtsbegriffe in seinem Vorwort, S. 7 ff.

¹¹²² Vgl. N. 14/31 ff. und N. 15/21 ff.

¹¹²³ Ernst von Hippel, Über Objektivität im öffentlichen Recht, AöR 1927 393 ff., insb. S. 418 (in seinem Urteil über den Positivismus).

1. Von der Konkurrenz- zur Konkordanzdemokratie

19 Die Integration aller wichtigen politischen Kräfte im Bundesrat und in den kantonalen Regierungen⁴ hat die politische Stellung der Exekutive gestärkt. Die schweizerische Bundesversammlung war ursprünglich als "Assemblée gouvernante" gedacht¹¹²⁴; dieses Konzept hat sich im Laufe der politischen Entwicklung geradezu umgekehrt. Heute ist es eher der Bundesrat, welcher in der Staatsleitung und namentlich in der Gesetzgebung¹¹²⁵ die /229 Initiative in der Hand hat. Die Entwicklung des politischen Systems zum *Konkordanzsystem* hat den ursprünglich gewaltenteilig motivierten Gegensatz zwischen Regierung und Parlament überbrückt¹¹²⁶. Die politischen Parteien der Regierungskoalition bestimmen Parlament und Regierung¹¹²⁷. Die Inhalte und Prioritäten der Gesetzgebung werden namentlich im Zusammenwirken der Parteispitzen mit der Regierung ausgehandelt. Freilich haben nicht nur die herkömmlichen Parteien, sondern auch die Wirtschaftsverbände einen erheblichen Einfluss auf das Gesetzgebungsverfahren¹¹²⁸.

¹¹²⁴ Vgl. N. 3/6.

¹¹²⁵ Vgl. Riklin/Ochsner, Parlament 83 ff.; Meier, Kooperation 24, 121; Eichenberger Kurt, Ohnmacht des Parlaments, Allmacht der Verwaltung?, in: Gruner Erich/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Bern/Stuttgart 1977, S. 25 ff. Diese Entwicklung ist in allen entwickelten Ländern zu beobachten, vgl. Görlitz/Voigt, Rechtspolitologie 143.

¹¹²⁶ Vgl. eingehend Riklin Alois/Meier Alfred, Von der Konkordanz zur Koalition, in: ZSR 1974 I 507 ff.; Vollmer Peter, Konkordanz- oder Konkurrenzdemokratie? In: Festschrift für Richard Bäumlin zum 65. Geburtstag, Zürich 1992, S. 217 ff.; Görlitz, Funktionen 76.

¹¹²⁷ Bei den Regierungsparteien ballt sich die Macht nicht unkontrolliert, da die Macht durch eine Pluralität von Parteien und Verbänden, eine Mehrzahl von macht beteiligten Akteuren, den Föderalismus, Kollegialorgane usw. geteilt ist, vgl. N. 3/4.

¹¹²⁸ Vgl. Gruner Erich, Die Wirtschaftsverbände in der Demokratie, Zürich 1956, S. 89 ff.; vgl. N. 16/24 ff.

2. Verrechtlichung und Entrechtlichung

20 Die politikwissenschaftliche Literatur⁵ beschreibt unter dieser Überschrift zwei scheinbar gegenläufige Phänomene. Der moderne Interventions- und Sozialstaat hat einerseits mit einer wachsenden Normenflut bisher unregelte Lebensbereiche reguliert oder bereits geregelte Lebensbereiche noch detaillierter erfasst (Verrechtlichung)¹¹²⁹. Andererseits hat der Gesetzgeber selbst explizit auf eigene Regelungen verzichtet und mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln¹¹³⁰ dem Rechtsanwender höchst undeutliche Anweisungen erteilt (Entrechtlichung)¹¹³¹. Aus beiden Tendenzen resultiert eine *Überkomplexität* von Normen und Zuständigkeiten, welche die Funktionsfähigkeit und Transparenz des Rechtssystems gefährden¹¹³². *Hans 1230 Huber* hat diese Erscheinungen schon früher als *Überanstrengung des Rechts* bezeichnet und eindrücklich beschrieben¹¹³³. Sie setze

"schon im rechtlich geordneten Gesetzgebungsverfahren ein: Zeitnot der Parlamente für Rechtsetzung und Überwachung der Verwaltung, Abschwächung des Repräsentationsgedankens durch den Parteien- und Verbandsstaat, Verlagerung wichtiger Entscheidungen der Gesetzgebung ausserhalb der Legislative in das unregelte, an demokratischer

¹¹²⁹ Vgl. Voigt, Verrechtlichung 16; Schmid, Funktionen 218; Görlitz/Voigt, Rechtspolitologie 119 ff.

¹¹³⁰ Carl Schmitt hat die unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklausel in seiner Schrift "Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit", Hamburg 1933, als Ausweg aus dem "Verrechtlichungs-"Dilemma angesehen, vgl. Seibel, Abschied 136; Papier, Stellung 22.

¹¹³¹ Vgl. Voigt, Verrechtlichung 32; Schmid, Funktionen 219; Görlitz/Voigt, Rechtspolitologie 171 ff.

¹¹³² Vgl. Seibel, Abschied 134; Görlitz/Voigt, Rechtspolitologie 129.

¹¹³³ Vgl. Huber, Niedergang 50 m.w.H. und Maus, Justiz 121 ff. deuten diesen Vorgang gesellschaftlich-psychoanalytisch. In den Justizstaaten, wie der Bundesrepublik, wo das "Recht" durch die Gerichte verkörpert wird, nehme die Erwartung die Gestalt einer klassischen Vater-Imago an, welche in der Bevölkerung fast religiöse Verehrung genießt; vgl. J.P. Müller, Gerechtigkeit 132 zum "Vater-Bedürfnis".

Legitimität nicht teilhabende Vorverfahren in Expertenkommissionen und verwaltungsinternen Gremien, verwirrende Vermehrung und Verwendung der Rechtsetzungsformen, Ausschaltung der Politik durch Spezialistentum Der Rechtsunterworfenen kann dann seine Pflichten nicht mehr im voraus kennen, kann sich nicht mehr am Rechte orientieren und entsprechend disponieren. Der Rechtsetzer flüchtet sich in Generalklauseln ... aus Unbeholfenheit, weil er des drängenden Stoffes nicht Herr wird, weil er nicht zu Ende denken kann oder will, aus taktischen Motiven"¹¹³⁴.

21 Das *Verordnungsrecht der Regierung* hat in Bund und Kantonen eine erhebliche Bedeutung erlangt¹¹³⁵. Nicht nur die wachsende Anzahl von Gesetzen liess entsprechend die Zahl der blossen Vollzugsverordnungen anwachsen, der Gesetzgeber hat ausserdem durch eine grosszügige Delegationspraxis die Exekutive mit dem Erlass gesetzesvertretender Verordnungen selbst beauftragt¹¹³⁶. Das Legalitätsprinzip, insbesondere die Grundsätze der zulässigen Gesetzesdelegation, setzen diesem Vorgehen zwar gewisse Schranken¹¹³⁷, gleichwohl lässt sich die Delegation in Bund und Kantonen in einem beachtlichen Umfange beobachten¹¹³⁸. Damit wird die Diskussion über die politische Gestaltung des zu delegierenden Bereichs *im Parlament* abgebrochen. Die zahllosen, rasch wandelnden und komplexen

¹¹³⁴ Vgl. Huber, Niedergang 49; vgl. auch Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 17, 20; Huber, Grundrechte 231: "neue Oligarchien".

¹¹³⁵ Vgl. Imboden, Helvetisches Malaise 296; Gygi, Verwaltungsrecht 80 f.; namentlich G. Müller, Rechtsetzung hat die exekutivische Rechtsetzung als eine notwendige Aufgabe der Verwaltung nachgewiesen.

¹¹³⁶ Vgl. Manfrini, Contentieux 335 ff.; Jost, Rechtsschutz 502 ff.; Meier, Kooperation 150 ff. m.w.H. Es handelt sich um eine allgemeine Erscheinung des Verfassungsstaates, vgl. Huber, Niedergang 34; Löwenstein, Verfassungslehre 210 ff.; Eichenberger, Rechtsetzungsfunktion 338 ff.

¹¹³⁷ Vgl. Vallender, Auslegung 138; Meier, Kooperation 152 ff.; Biaggini, Verfassung 172.

¹¹³⁸ Vgl. Manfrini, Contentieux 334 f.; Jost, Rechtsschutz 502 ff.; Imboden, Gesetz 27.

Probleme haben den Gesetzgeber zeitlich, sachlich oder gar politisch überfordert¹¹³⁹ und die exekutivische Rechtsetzung geradezu provoziert.

22 Die inhaltliche Ausrichtung der Gesetzgebung hat sich in den letzten Jahrzehnten stark verändert. In der Gesetzessprache des Strafrechtes¹¹⁴⁰, aber vor allem des *besonderen Verwaltungsrechtes*¹¹⁴¹, kommen offene Formulierungen und Generalklauseln immer häufiger vor¹¹⁴². Insoweit führt die Gesetzessprache zu einer *Entrechtlichung*. In den offenen Formulierungen können sich die konträren Erwartungen und Zielausrichtungen im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess bündeln. Damit lässt sich zwar ein Formelkompromiss¹¹⁴³ erzielen, die politische Konfliktregulierungsaufgabe wird aber auf später und auf die rechtsanwendenden Instanzen verschoben¹¹⁴⁴. Mit dem Ausfall des parlamentarischen Gesetzgebers müssen gesetzgeberische Vorbereitungshandlungen auch in die Verwaltungen¹¹⁴⁵ und - soweit sie zuständig sind - die Verwaltungsgerichte einziehen; diese werden zu "Quasigesetzgebern"¹¹⁴⁶ oder "Agenturen

¹¹³⁹ Vgl. Eichenberger, Problematik 422 f.; Löwenstein, Verfassungslehre 214; Voigt, Verrechtlichung 17; Hänni, Klage 31; Huber, Niedergang 49, namentlich mangelnde Sachkunde, mangelnde politische Einigkeit oder gar Flucht aus der Verantwortung.

¹¹⁴⁰ Vgl. Hassemer, Recht 74 ff.

¹¹⁴¹ Vgl. Seibel, Abschied 136. Siehe die zahlreichen Beispiele bei Rhinow/Krähenmann, Ergänzungsband, S. 207.

¹¹⁴² Vgl. z.B. im Strafrecht "schutzwürdig" (Art. 135 Abs. 1), "aus Bosheit" (Art. 149 Abs. 1 StGB) oder "skrupellos" (Art. 112 StGB); vgl. Maus, Justiz 129; Huber, Niedergang 49.

¹¹⁴³ Schmid, Justiz 119 m.w.H. verwendet den berühmten Begriff von Carl Schmidt "dilatorischer Formelkompromiss", vgl. Hofmann Hasso, Legitimität gegen Legalität, 2. A., Berlin 1992, S. III.

¹¹⁴⁴ Vgl. Maus, Verrechtlichung 285 f. m.w.H.; Görlitz/Voigt, Rechtspolitologie 139, 154. Man kann in der Tat von "Gesetzesattrappen" sprechen. Vgl. zur Möglichkeit von "bestimmten" Gesetzesnormen N 14/39 f.

¹¹⁴⁵ Vgl. N. 16/24.

¹¹⁴⁶ Gawron Thomas, Implementation verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen - Einleitung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 11: Implementation von Gerichtsentscheidungen, Opladen 1987, S. 264 ff., insb. 288 ff. (Beispiel der Bebauungspläne). Der parlamentarische Gesetzgeber hat vielfach die Praxis des Quasigesetzgebers übernommen, aber vereinzelt auch bewusst korrigiert, vgl. Scharmer Eckhart, Der Gesetzgeber als Akteur bei der Implementation von Entscheidungen des

gesellschaftlicher Normbildungsprozesse¹¹⁴⁷. Exekutive und zuständige Verwaltungsgerichte haben in wechselseitiger Konkurrenz die vom Gesetzgeber *nicht* getroffenen politischen Entscheidungen doch zu fällen¹¹⁴⁸.

23 Die politikwissenschaftliche Literatur hat auf ein weiteres Problem der übergrossen Regelungsdichte hingewiesen. Die Vielzahl der Normsetzer und Normen erzeugt mögliche Normwidersprüche, welche das Rechtssystem als ein konsistentes Ganzes überhaupt in Frage stellen¹¹⁴⁹. Diese Situation gestattet es dem Rechtsanwender, selektiv die eine oder andere Norm anzuwenden. Der Normadressat ist damit der willkürlichen Normwahl des Rechtsanwenders ausgesetzt¹¹⁵⁰.

3. Einfluss von Interessengruppen auf die Exekutive

24 Verzichtet der Gesetzgeber durch die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen überhaupt auf eine sprachliche Begriffszuschreibung, so muss die Verwaltung ihre Politik ohne legislative Vorentscheidungen in den zahllosen, wechselnden Situationen der konkreten Rechtsanwendung durchsetzen. Der vergrösserte Handlungsspielraum der Exekutive wird von den starken gesellschaftlichen Interessenverbänden besetzt⁶. Eine

¹¹⁴⁷ Bundesverwaltungsgerichts, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 11: Implementation von Gerichtsentscheidungen, Opladen 1987, S. 308 ff., insb. 317 f. Vgl. Ladeur Karl-Heinz, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung. Zur Genealogie des Verwaltungsrechts, in: Leviathan 1979 339 ff., insb. S. 349; Ladeur Karl-Heinz, "Abwägung" - ein neues Rechtsparadigma?, in: ARSP 1983 463 ff., insb. S. 472; vgl. auch Niebler, Unabhängigkeit 20 f.

¹¹⁴⁸ Vgl. Maus, Theorie 305; Löwenstein, Verfassungslehre 214; Görlitz/Voigt, Rechtspolitologie 139, 154.

¹¹⁴⁹ Vgl. für Deutschland Hegenbarth Rainer, Selbstauflösung des Rechtssystems? In: Voigt Rüdiger (Hrsg.), Abschied vom Recht, Frankfurt a.M. 1983, S. 67 ff., insb. S. 77 ff. Die Entwicklung in der Schweiz ist wohl weniger dramatisch, da der gesetzgeberische Perfektionismus (noch) nicht so weit getrieben wurde.

¹¹⁵⁰ Vgl. Voigt, Grenzen 23.

ähnliche Situation zeigt sich beim delegierten Rechtsetzungsbereich. So hat etwa das Umweltschutzrecht für die betroffene Industrie eine erhebliche ökonomische Bedeutung, was zur entsprechenden Einflussnahme auf die exekutivische Rechtsetzung einlädt. In den naturwissenschaftlich-technischen /233 Materien genügt der Sachverstand selbst der spezialisierten Verwaltung nicht mehr; vielmehr ist er weitgehend in der betroffenen Industrie repräsentiert. Es liegt auf der Hand, dass unter diesen Umständen die Interessen der "Unterworfenen" in die Regelungen miteingehen¹¹⁵¹. Die Überlagerung von staatlicher Verwaltung und gesellschaftlichen Interessengruppen macht das klassische, rechtsstaatliche Kommunizieren zwischen Staat und Individuum teilweise hinfällig¹¹⁵². Lösungen werden zwischen Verbänden und Bürokratie *ausgehandelt*. Die starken Interessengruppen können auf die Berechenbarkeit des Staatshandelns verzichten, weil sie an den relevanten, staatlich-privaten "Implementationskoalitionen"¹¹⁵³ selber beteiligt sind, an denen das zu implementierende Recht überhaupt erst festgelegt wird. Wer sich in diesen Prozessen allerdings kein Gehör verschaffen kann, wird vom ausgehandelten Recht "überrascht"¹¹⁵⁴. Der von der informalen Aushandlung Betroffene müsste daher zu-

¹¹⁵¹ Vgl. Imboden, Helvetisches Malaise 25; Haucke Jochen, Regulative Politik: Das Beispiel Umweltschutz, in: Voigt Rüdiger (Hrsg.), Abschied vom Recht?, Frankfurt a.M. 1983, S. 50 ff., insb. S. 56 f.; Seibel, Abschied 142; Voigt, Grenzen 21 f.; Eichenberger, Rechtsetzungsverfahren 107a.

¹¹⁵² Vgl. Maus, Verrechtlichung 290 m.w.H.

¹¹⁵³ Ladeur Karl-Heinz, Verrechtlichung der Ökonomie - Ökonomisierung des Rechts? In: Gessner Volkmar u.a. (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 8, Opladen 1982, S. 74 ff., insb. S. 82.

¹¹⁵⁴ Vgl. Voigt, Grenzen 22; Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 142 f.; siehe die Beispiele bei Treiber Hubert, Was leistet der Implementationsansatz bei der Analyse des Vollzugs verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen? In: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie XI: Implementation von Gerichtsentscheidungen, Opladen 1987, S. 322 ff. (siehe z.B. den Floatglas Fall); Meier, Kooperation 112 schlägt die Zusammenarbeit zwischen Parlament und Regierung in Form einer "quantitativen Gewaltenteilung" vor, setzt den gerichtlichen Rechtsschutz als unangetastet voraus.

mindest verfahrensmässig die Möglichkeit haben, seine Beteiligung durchzusetzen bzw. die Nachteile der fehlenden Beteiligung auszugleichen.

IV. Wiederherstellung der Machtbalance durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit

25 Die politikwissenschaftliche und historische Analyse zeigt von zwei Seiten her, dass Rechtsanwendung und Rechtsprechung *unvermeidlich* politische Tätigkeiten im Sinne einer Gestaltung und Wahl von Alternativen sein können. /234 Zum einen bestätigt insbesondere die Untersuchung von Rüthers die gefundenen methodologischen Ergebnisse, dass in jedem Akt der Rechtsanwendung zugleich ein "politischer" Akt⁷ ist. Zum andern zeigen die institutionellen Entwicklungen eine Machtverschiebung zugunsten der Exekutive im gewaltenteilig organisierten Gefüge der traditionellen Staatsgewalten¹¹⁵⁵:

- Die Entwicklung der schweizerischen Demokratie zur Konkordanzdemokratie hat die Gewaltenteilung zwischen Regierung und Parlament überbrückt; die Regierung hat einen erheblichen Einfluss auf die Gesetzgebung¹¹⁵⁶.
- Die umfangreichen Rechtsetzungskompetenzen der Exekutive und die gesetzlichen Generalklauseln lassen das Legalitätsprinzip in bedeutsamen Bereichen "leer" laufen.
- Da die Verwaltung auf diese Weise ein wichtiger Faktor zur Festsetzung der ökonomischen Rahmenbedingungen geworden ist, haben die Wirtschaftsverbände die entsprechenden Einflusspositionen besetzt und neh

¹¹⁵⁵ Vgl. N. 16/19.

¹¹⁵⁶ Vgl. N. 16/20 ff.

men an der sie betreffenden Rechtsetzung und Rechtsanwendung teil¹¹⁵⁷.

26 Der ursprüngliche Legislativstaat hat sich allmählich zu einem starken *Exekutiv- und Verbandsstaat* gewandelt¹¹⁵⁸. Die Frage der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung hat daher eine grosse Bedeutung erlangt¹¹⁵⁹. Wenn die Verwaltung ohne gerichtliche Nachkontrolle das Recht anwendet, so entfaltet die mit dem Gesetzgeber "verbündete"¹¹⁶⁰ Exekutive im Zusammenwirken mit den Interessenverbänden eine gegenüber dem einzelnen ungebremste, da ungeteilte Macht. Eine so geartete, von gerichtlicher Kontrolle freie Rechtsanwendung zieht sich fast notwendigerweise den Vorwurf der Einseitigkeit und der Manipulation zu. Zwar sind Intraorgankontrollen wirksam¹¹⁶¹; gleichwohl besteht potentiell die Möglichkeit, dass eine straff geführte Verwaltung geradezu gewaltenmonistisch auftritt. /235

27 Die Verwaltung beruft sich zwar auch heute auf das demokratische Gesetz, um ihre Entscheidungen zu legitimieren. Dabei handelt es sich aber um eine "strategische Nutzung"¹¹⁶² der Gesetzesnormen, um sich gegenüber Kritik zu legitimieren. Die Rechtsanwendung kann nicht wirklich an das Gesetz "gebunden" werden; die bildliche Forderung nach "Gesetzesbindung" erweist sich in ihrem strikten Sinn als Illusion¹¹⁶³. Sie vermag die Freiheit des einzelnen nicht zu sichern. Die im letzten Jahrhundert erfolgte *Trennung von*

¹¹⁵⁷ Vgl. N. 16/24.

¹¹⁵⁸ Vgl. Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 472 f., 476; Huber, Niedergang 34 (und Anm. 26 am Ende); Löwenstein, Verfassungslehre 245; Imboden, Gesetz 26; Oswald, Gewaltentrennung 438a.

¹¹⁵⁹ Vgl. Löwenstein, Verfassungslehre 245 f.

¹¹⁶⁰ Less Günter, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954, S. 96 und vgl. auch S. 95.

¹¹⁶¹ Vgl. Löwenstein, Verfassungslehre 172 ff., 367 ff. und N. 3/4.

¹¹⁶² Vgl. Treutner Erhard, Zur strategischen Nutzung rechtlicher Regeln in der Verwaltung, In: Voigt Rüdiger (Hrsg.), Recht als Instrument der Politik, Opladen 1986, S. 234 ff., insb. S. 246.

¹¹⁶³ Vgl. N. 14/31 ff., 15/21 ff.

Politik und Recht und die damit postulierte Bindung an das demokratische Gesetz sollte der Verwaltung eine demokratische, gesetzestützige Legitimation verschaffen. Sie sollte auf den gesetzgebenden Körperschaften und dem Volk selbst beruhen¹¹⁶⁴.

28 Die Legitimation des verwaltungsbehördlichen Handelns beruht nicht auf dem formellen Gesetz an sich, sondern auf den Verfahren der demokratischen Rechtsetzung. Der kantische Gedanke einer prozeduralen Freiheits-sicherung¹¹⁶⁵ sollte wiederbelebt werden. Auf dem Wege der Einräumung von Verfahrensgarantien kann zwar nicht die Gesetzesbindung verwirklicht werden, aber der Rechtsanwender muss die Betroffenen als Subjekte zu Wort kommen lassen und an der Bildung von Praxis "demokratisch" beteiligen. Der Verwaltungsgerichtsbarkeit kommt daher die wichtige Funktion zu, dem verwaltungsbehördlichen Handeln *Legitimität* zu verschaffen¹¹⁶⁶ und die Interessen in der konkreten Rechtsanwendung unter angemessener Mitwirkung der Betroffenen billig auszugleichen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit übernimmt also eine *Mittleraufgabe*¹¹⁶⁷. Dem Verwaltungsgericht kommt die bedeutsame Aufgabe zu, das notwendigerweise mangelhafte positive Verwaltungsrecht fortzubilden¹¹⁶⁸; es ist nachgerade ein demokratischer *Ersatz-Gesetzgeber*, welcher die größten Mängel beseitigt und Versäumtes nach/**236** holt¹¹⁶⁹. Viel besser als die undurchsichtigen verwaltungsinternen Verfahren ist das förmliche Justizverfahren geeignet, eine möglichst transparente und partizipative Diskussion und Darlegung des Sachverhalts

¹¹⁶⁴ Vgl. N. 16/4.

¹¹⁶⁵ Vgl. N. 4/2.

¹¹⁶⁶ Vgl. Eichenberger, Unabhängigkeit 166; Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 256, 264; Görlitz/Voigt, Rechtspolitologie 149; Schmidt-Assmann, Verwaltungsverantwortung 238.

¹¹⁶⁷ Vgl. Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 252, 256 und Puissance 275.

¹¹⁶⁸ Vgl. N. 17/25 ff.

¹¹⁶⁹ Vgl. Eichenberger, Sonderheiten 77 Anm. 30; vgl. die entsprechenden, grundlegenden Überlegungen für den gerichtlichen Schutz der Grundrechte bei Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 146 f.

und der relevanten Normen zu ermöglichen. Im folgenden Paragraphen wird diese grundsätzliche Forderung nach Interorgan-Machtteilung zwischen Verwaltung und Justiz funktionalrechtlich begründet.

Teil V

Theorie des verwaltungsgerichtlichen Schutzes

§ 17. Funktionalrechtliche Begründung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit

I. Überblick

1 Die vorstehenden Analysen der Tätigkeit "Rechtsprechung" haben gezeigt, dass es sich dabei um alles andere als eine einfache, formallogische Deduktion aus dem Gesetz handelt. Die Erkenntnisse der Methodenlehre, der Rechtssoziologie und der Politikwissenschaft rücken die Natur der "Rechtsprechung" in ein anderes Licht, was nicht ohne Rückwirkungen auf die verfassungsrechtliche Funktionenverteilung sein kann. Namentlich müssen die methodologischen Überlegungen vor dem Hintergrund der politologisch feststellbaren Machtverschiebung reflektiert werden. Sie können den zu fordernden Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit zwar nicht logisch "beweisen", auf jeden Fall aber seine Notwendigkeit noch deutlicher aufzeigen, als es bereits die prägnant argumentierende Rechtsstaatsbewegung getan hat.

2 Unter Funktionen der Verwaltungsrechtspflege werden deren Aufgaben und Leistungen im Prozess der Anwendung des Verwaltungsrechtes verstanden¹¹⁷⁰. Die einzelnen Funktionselemente sind für die Lösung des funktionalrechtlichen Problems wichtig; erst mittels dieser Funktionen lassen sich Vorzüge und Schranken der richterlichen Rechtsanwendungskontrolle aufzeigen. Die Verwaltungsrechtsprechung erfüllt die Funktionen des Individualrechtsschutzes (Abschnitt II), der Kontrolle objektiver Rechtmässigkeit (III) und der Legitimation hoheitlichen Staatshandelns (IV). Anhand dieser funktionalrechtlichen Kriterien wird geprüft werden, ob die Verwaltung beziehungsweise die Verwaltungsgerichte vor dem Hintergrund der gefundenen methodologischen Überlegungen diese Kriterien grundsätzlich besser oder schlechter erfüllen¹¹⁷¹. Ein so verstandener funktionaler Ansatz, der ausschliesslich nach den Aufgaben der Rechtspflege fragt, wäre freilich unvollständig. Selbstverständlich muss die funktionalrechtliche Aufgabenzuweisung *mit den Institu-*

¹¹⁷⁰ Vgl. Schmidt-Assmann, Funktionen 107 m.w.H.

¹¹⁷¹ Vgl. z.B. Schmidt-Assmann, Funktionen 107.

tionen und dem Organisationsrecht in ein Verhältnis gebracht werden, welches die /240 Stammfunktionen der einzelnen Staatsorgane zu einer möglichst *optimalen Entfaltung* bringt¹¹⁷²

II. Rechtspflege und Individualrechtsschutz

1. Funktion des Individualrechtsschutzes

3 Die Verwaltungsrechtspflege dient dem *Schutz des einzelnen* und seiner Rechte¹¹⁷³; der einzelne soll vor Rechtsfehlern, falschen Tatbestandsermittlungen oder gar vor einem eigentlichen Machtmissbrauch der rechtsanwendenden Instanz geschützt werden. Danach erscheint die Verwaltung als potentielle Gegnerin des Individuums. Dies ist gewiss ein wichtiger Aspekt der Verwaltungsrechtspflege, es ist aber nicht der einzige. Vielmehr ordnet die moderne Verwaltungsgesetzgebung immer mehr - in ganz ähnlicher Weise wie das Privatrecht - die Individualfreiheit konfliktregulierend. Zahllose öffentlichrechtliche Vorschriften bestehen zum Schutze des einzelnen vor Immissionen aus der Tätigkeit anderer Privatpersonen (z.B. im Baurecht, Umweltschutzrecht, Wettbewerbsrecht). So streiten in den Verwaltungsverfahren häufig Private gegen Private¹¹⁷⁴; die Verwaltung steht im erstinstanzlichen

¹¹⁷² Vgl. Ehmke, Ermessen 49; Schmidt-Assmann, Funktionen 107.

¹¹⁷³ Vgl. z.B. BGE 72 I 197 f.; Giacometti, Lehren 461; Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 20; Nef, Sinn, 303a und 330a ff; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 18; Imboden, Erfahrungen 7a f; Imboden, Richter 220; Fleiner, Institutionen 256 f.; Fleiner, Bundesstaatsrecht 223; Schweizer, Kommentar 528; Ruck, Verwaltungsrecht 231; Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 20; Gygi, Verwaltungsrechtspflege 98; Eichenberger, Unabhängigkeit 165; Stähelin, Verwaltungsgerichtsbarkeit 41; Meyer, Organisation 30; Weiss, Verfahren 13; Eichenberger, Kontrolle 23 f. Die deutsche Lehre sieht hierin die vorrangige Aufgabe der Rechtspflege, vgl. z.B. Schmidt-Assmann, Funktionen 109 f.; Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 1018. Auch die Europäische Kommission für Menschenrechte hat die Notwendigkeit des gerichtlichen Individualrechtsschutzes anerkannt, vgl. B 9384/81, Deumeland, EGMR/B 83, S. 10 ff., § 56 und B 8562/79, Feldbrugge, EGMR/B 82, S. 10 ff., § 100.

¹¹⁷⁴ Siehe die Konstellation in BGE 115 II 232 (Rückzug einer öffentlichrechtlichen Baueinsprache nach Geldzahlung des Bauherrn); Urteil Zander, EGMR/A 279-B, §§ 6 ff., 23 Abs. 2; vgl. Gygi, Verwaltungsrechtspflege 98 f.; Papier, Verwaltungsgerichtsbarkeit 19

Verfahren /241 wie ein unabhängiger Schiedsrichter da¹¹⁷⁵. Sie soll den einzelnen in seinen Rechten schützen, und zwar auch im Hinblick auf Beeinträchtigungen seitens Privater. Der Individualrechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit¹¹⁷⁶ erhält dadurch einen erweiterten Sinn. Er soll vor der rechtsanwendenden Instanz *und* vor Privaten bzw. ihrer Tätigkeit schützen; mit andern Worten soll die Herrschaft des *objektiven Rechts als Garantie eines gerechten Interessenausgleiches* durchgesetzt werden.

2. Rechtsanwendung als Machtausübung

4 Nach *Wittgenstein II*¹¹⁷⁷ kann es keinen prinzipiellen Unterschied zwischen Regelsetzung und Regelanwendung geben. Das Folgen einer sozialen Regel ist eine *Praxis*, die nicht durch weitere Regeln oder Gründe erklärt werden kann. Es ist rechtstheoretisch unmöglich, die richtige Gesetzesauslegung durch eine normative Methodologie sicherzustellen¹¹⁷⁸. Interessanterweise spricht die Rechtswissenschaft ebenfalls von "Praxis" und meint damit das Case-law. Die Gesetzesregeln werden vom Case-law überlagert. Sind nun dies wenigstens jene präzisierten Rechtsregeln, denen aufgrund einer klaren Anwendungsmethode zu folgen ist? Nein, auch hier kann der Einwand des unendlichen Regresses vorgebracht werden. Das Wort Praxis meint im Sinne von Wittgenstein das Endergebnis (= die Tatsache, dass man der Regel so folgt) der vor einer Behörde stattgefundenen sozialen Interaktionen bei der "Rechtsanwendung". Letztlich wird das Recht immer in

f.; Jost, Rechtsschutz 554; Schmidt-Preuss Matthias, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht - Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Rechtsverhältnis, Habil. Bayreuth, Berlin 1992.

¹¹⁷⁵ In dieser Lage (von nachgerade "zivilrechtlichen" Streitigkeiten) ist die Verwaltung durchaus unparteiisch; sie ist aber nicht unabhängig. Noch vor wenigen Jahrzehnten entschied die Verwaltung in einem grossen Umfang Zivilstreitigkeiten, vgl. Kley-Struller, Privatrecht 31 f.

¹¹⁷⁶ Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 18.

¹¹⁷⁷ Vgl. N. 14/4.

¹¹⁷⁸ Vgl. N. 14/31.

der konkreten Rechtsanwendung erst "gesetzt"; *Rechtsanwendung ist immer auch "Recht-Setzung"*¹¹⁷⁹.

5 Nach der auf der Hermeneutik und der Sprachphilosophie Wittgensteins beruhenden *Ethnomethodologie* ist Rechtsanwendung das interaktive, konkrete Zusammenspiel von *Akteuren* (Beamte, Richter, Betroffene) in einer *Situation*, in welcher (*Rechts- und andere, soziale*) *Normen* angerufen werden. /242 Die Beteiligten konstituieren mit der Interaktion erst überhaupt eine intersubjektiv verstehbare Realität von übereinstimmend verwendeten Begriffen, Anschauungen und Haltungen. Die Rechtsnormen werden in konkreten, situativ immer wieder neu reproduzierten interaktiven Situationen "verstanden". Daher haben Rechtsnormen keine essentielle, sondern eine "variable", kontextabhängige Bedeutung (Indexikalität)¹¹⁸⁰. Retrospektiv wird die Bedeutung als immer schon bestehend angesehen, nur habe die Vorinstanz oder eine Partei die Rechtsnorm "falsch" ausgelegt¹¹⁸¹.

6 Der ethnomethodologische Ansatz entwickelt die Philosophie von Wittgenstein II auf einer im Recht direkt umsetzbaren Ebene weiter. Er untersucht speziell in juristischen Bereichen, wie die Teilnehmer einer Interaktionshandlung das *How-To-Do-It* bewerkstelligen¹¹⁸². Die Rechtsanwendung besteht keineswegs in der methodisch richtigen oder falschen Subsumtion eines Sachverhalts unter die Rechtsnorm und der anschliessenden Schlussfolgerung. Es handelt sich vielmehr um eine zutiefst menschliche und soziale Erfahrung, wonach in der Anwendungssituation sinnvolle Bedeutung intersubjektiv geschaffen wird. Die konkreten ethnomethodologischen Forschungen in einzelnen Rechtsbereichen decken das *prozessual erklärbare Vorgehen der Teilnehmer* auf; jenseits jeglicher Abstraktheit und Wesensphilosophie verdeutlichen sie den unmittelbaren Einfluss der einzelnen Teilnehmer und ihres (gesellschaftlich oder wie auch immer bestimmten) Selbstverständnisses. *Nur auf diese Weise* können sie vorherrschende gesellschaftliche und politische Strömungen (Weltanschauungen) *umsetzen*.

¹¹⁷⁹ Vgl. N. 14/23 ff., insb. 14/37.

¹¹⁸⁰ Vgl. N. 15/6.

¹¹⁸¹ Vgl. N. 14/41.

¹¹⁸² Vgl. N. 15/1 ff.

7 Der *politikwissenschaftliche Ansatz* verknüpft auf zwei unterschiedliche Arten das Ergebnis der hier vorgestellten methodologischen Untersuchungen mit dem Problem des Gerichtsschutzes gegen die Exekutive. Einerseits belegt er anhand konkreter Beispiele die Ergebnisse der Methodologie, dass die Gesetzesanwendung eine schöpferische, ja *sogar politische und machtausübende Tätigkeit* ist¹¹⁸³.

Sodann zeigen die modernen politikwissenschaftlichen Untersuchungen, dass sich der Gesetzgebungsstaat zu einem *Exekutivstaat* gewandelt hat. In der Hand der Verwaltung konzentriert sich im Zusammenwirken mit den grossen /243 Interessenverbänden ein erhebliches Machtpotential¹¹⁸⁴. Die Frage nach dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz wird vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsprinzips zu einem drängenden Problem. Zwar ist im schweizerischen Verfassungsrecht keine dogmatisierte, starre *Form der Gewaltenteilung* realisiert worden¹¹⁸⁵. Deshalb kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Gewaltenteilungsprinzip gar nicht widersprechen¹¹⁸⁶, ihm aber auch nicht als zwingender Bestandteil entnommen werden. Im Sinne des *umfassenden* Gewaltenteilungsprinzips sollen freilich Machtansammlungen zum Zwecke der Freiheitssicherung durch Gegengewichte relativiert oder durch Abtrennungen reduziert werden. Nach den methodologischen und politikwissenschaftlichen Untersuchungen führt das (auch nur teilweise) Fehlen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einer erheblichen Machtkonzentration¹¹⁸⁷. *Nach dem staatspolitisch verstandenen, umfassenden Gewaltenteilungsprinzip soll daher die Anwendung des Verwaltungsrechts auf mehrere Organe aufgeteilt werden*¹¹⁸⁸.

¹¹⁸³ Vgl. N. 16/17.

¹¹⁸⁴ Vgl. N. 16/18 ff.

¹¹⁸⁵ Vgl. N. 3/4.

¹¹⁸⁶ Vgl. N. 3/2 m.H.

¹¹⁸⁷ Vgl. N. 16/26. Unruh, Verwaltungsgerichtsbarkeit 68 f. zeigt am Beispiel des preussischen Oberverwaltungsgerichts zur Zeit des Dritten Reiches, wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Institution noch zeitweise eine gewisse Machtbremsung des nationalsozialistischen Terroregimes bewirken konnte.

¹¹⁸⁸ Vgl. N. 3/4.

3. **Rechtskontrolle ist nur in einer Aussenseiterposition möglich**

8 Nach den ethnomethodologischen Untersuchungen bedarf die Beurteilung einer Begriffszuschreibungspraxis einer *Aussenseiterposition*¹¹⁸⁹. Nur wer aufgrund seiner organisatorischen Stellung den verwaltungsinternen Interaktionen und Begriffszuschreibungsprozessen entzogen ist, kann diese überhaupt und die allenfalls ungenügende Verfahrensbeteiligung der Betroffenen erkennen. Daher ist im Rahmen der tradierten Staatsorganisation gerade der Richter den verwaltungsinternen Begriffsbildungsprozessen und den interaktiv gebildeten, intersubjektiven Verständnissen eines "Falles" enthoben. Die Rechtsstaatbewegung sah die verwaltungsinterne Rechtspflege aus genau diesem Grund als ungenügend an¹¹⁹⁰. Innerhalb der Verwaltungen bestehe in /244 der Beamtenschaft ein Gefühl gegenseitiger Verbundenheit (Bürokratengeist), welches die Schonung fehlerhafter Verwaltungsakte durch die Beschwerdeinstanz begünstigen könne¹¹⁹¹.

9 In der hierarchisch gegliederten Verwaltung fällt insbesondere der durchgehende, prägende Einfluss der vorgesetzten Beamten ins Gewicht. So können sich die Beamten aus Karriereinteressen den Erwartungen der Vorgesetzten anpassen¹¹⁹². Die Rechtsanwendung innerhalb der Verwaltung ist daher von persönlichen Interessen der einzelnen Beamten bestimmt¹¹⁹³. Dagegen haben die kantonalen Verwaltungsrichter oder die Bundesrichter die Spitze ihrer Laufbahn in der Regel erreicht, so dass die Gefahr einer vorauseilenden, karrierebestimmten Disziplin wesentlich geringer ist.

10 Die Verwaltung ist von Gesetzes wegen auf die *Wahrung des öffentlichen Interesses* verpflichtet¹¹⁹⁴. Die Verwaltung wird das öffentliche Interesse in Beachtung ihrer Eigeninteressen und der politischen Grosswetterlage durchsetzen.

¹¹⁸⁹ Vgl. N. 15/16.

¹¹⁹⁰ Vgl. N. 2/11 lit. a.

¹¹⁹¹ Vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht 223 Anm. 30; Ruck, Verwaltungsrecht 231; Rivero, Contrôle 182.

¹¹⁹² Vgl. Mehan/Wood, Reality 88.

¹¹⁹³ Vgl. Fleiner, Institutionen 237.

¹¹⁹⁴ Vgl. z.B. Burckhardt, Kommentar 797; Eichenberger, Unabhängigkeit 168 m.w.H.; Hangartner, Neuordnung 444; Fleiner, Institutionen 237; Brunswiler, Gewalt 27; Rohner, Probleme 295.

Der Massstab zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses ist das Gesetz. Freilich existiert keine normative Methode der richtigen Gesetzesauslegung. Vielmehr können verschiedene Auslegungen *als mit dem Gesetz übereinstimmend dargestellt werden*¹¹⁹⁵. Es ist deshalb entscheidend, dass letztlich die Rechtsanwendung ausserhalb der Verwaltung - personell, organisatorisch und institutionell abgetrennt - nachgeprüft werden kann. Im strittigen Rechtsanwendungsfall müssen die divergierenden privaten und öffentlichen Interessen getrennt, in einer kontradiktorischen Auseinandersetzung vorgebracht werden können. Im Grunde genommen ermöglicht erst die unparteiliche Nachkontrolle durch eine verwaltungsexterne Instanz überhaupt ein parteiliches Eintreten der Exekutive für die von ihr definierten öffentlichen Interessen¹¹⁹⁶. Dagegen kann die Verwaltung nicht selbst zugleich die öffentlichen Interessen durchsetzen und auch noch abschliessend darüber befinden, /245 wie sich die dazu widersprechenden privaten Interessen zu verhalten haben. Die Rechtsstaatsbewegung hatte diesen Sachverhalt *mit dem Richten in eigener Sache* treffend charakterisiert¹¹⁹⁷.

11 Diese Problematik ist von den Kantonsregierungen und vom Bundesrat teilweise anerkannt worden. So ist namentlich die Tatsache, dass der Vorsteher des von einem Rekurs betroffenen Departements in der Sitzung mitstimmt oder zumindest mit beratender Stimme teilnimmt, kritisiert worden. Einige Kantone sehen daher zumindest eine Stimmenthaltung oder gar den Ausstand vor, um die grösste Interessenkollision zu vermeiden. Im Bund wurde anlässlich der OG-Vorlage von 1991 Art. 76 VwVG geändert und der Ausstand vorgesehen¹¹⁹⁸. Diese Vorschriften vermögen indes keine richterliche

¹¹⁹⁵ Vgl. N. 16/27.

¹¹⁹⁶ Vgl. Hangartner, Neuordnung 444, wonach erst das Verfahrensrecht der Verwaltung die Mittel in die Hand gibt, die öffentlichen Interessen wahrzunehmen. Rohner, Probleme 295 spricht von einer "Zwitterstellung".

¹¹⁹⁷ Vgl. Bähr, Rechtsstaat 14; Botschaft zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes vom 20.12.1911, BBl 1911 V 322 ff., insb. S. 333; Jöhr, Überprüfung 13; Ruck, Verwaltungsrecht 230; Fleiner, Bundesstaatsrecht 223; Rohner, Probleme 295 m.w.H.; Kölz, Verfassungsgeschichte 363.

¹¹⁹⁸ Vgl. 2. OG-Botschaft, BBl 1991 II 540 f.; Kaufmann, Handlungsspielräume 168; Pflighard, Regierung 209 ff. stellt die Rechtslage in den Kantonen eingehend dar.

Unabhängigkeit zu gewährleisten und die Mängel verwaltungsinterner Rechtsprechung nicht zu beheben¹¹⁹⁹.

12 Die Unabhängigkeit von den andern Staatsgewalten und die dadurch mögliche selbständige Beurteilung der verwaltungsinternen Begriffszuschreibungspraxis ist die entscheidende Legitimation einer gerichtlichen Verwaltungskontrolle¹²⁰⁰. Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlangt von Gerichten, dass *jeder Anschein von Abhängigkeit* zu vermeiden ist. Die Unabhängigkeit eines Gerichts bestimmt sich nach den Kriterien der Art der Ernennung der Mitglieder, ihrer Unabsetzbarkeit, der hinreichend langen Amtsdauer und nach dem äusseren Erscheinungsbild¹²⁰¹. Der Gerichtshof hat dies in Anlehnung an das berühmte Wort von Lord Chief Justice Hewart so umschrieben: "Justice must not only be done; it must also be seen to be done"¹²⁰². Dieses Erscheinungsbild der Unabhängigkeit kann beeinträchtigt /246 sein, wenn die Verwaltungsbehörde und das nachprüfende Gericht im selben Gebäude untergebracht sind oder wenn sich Richter vornehmlich aus Beamten dieser Verwaltungsbehörde rekrutieren¹²⁰³.

13 Die Gerichte besitzen infolge des gesellschaftlichen Bildes der unpolitischen Rechtsanwendung eine relative Unabhängigkeit von politischen Einflüssen; direkte Druckversuche kommen in der Praxis selten vor¹²⁰⁴. Die politischen Parteien nehmen durch die Richterauswahl mittelbar Einfluss auf die Rechtsprechung¹²⁰⁵. Über die denkbare Nichtwiederwahl von Richtern

¹¹⁹⁹ Vgl. Pflighard, Regierung 212, 213 f., 240 ff. (namentlich kein Anspruch auf eine mündliche Verhandlung); VPB 1981 Nr. 15 (kein Anspruch auf eine Aussprache eines Beschwerdeführers mit einem Mitglied des Bundesrates).

¹²⁰⁰ Vgl. Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 15.

¹²⁰¹ Vgl. Frowein/Peukert, N. 89 zu Art. 6 EMRK m.H.; Koering-Joulin, Notion 768; Pernthaler, Rechtsweg 223; Träger Ernst, Der gesetzliche Richter, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band I, Berlin/New York 1987 123 ff., insb. S. 138 f.

¹²⁰² Urteil Delcourt, EGMR/A 11, § 31 und dazu Trechsel, Gericht 394 f. m.H. auf das Original; Koering-Joulin, Notion 770; Schmuckli 47, 52, 79, 104 ohne Quellenangabe.

¹²⁰³ Vgl. Pernthaler, Rechtsweg 223; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 62; Villiger, Handbuch 243 f.; Frowein/Peukert, N. 8 ff. zu Art. 6 EMRK.

¹²⁰⁴ Vgl. aber die Durchsetzung des "New Deal" durch den U.S. Präsidenten Roosevelt gegenüber dem Supreme Court, vgl. Löwenstein, Verfassungslehre 251 f., 304.

¹²⁰⁵ Vgl. N. 16/11.

erfolgt eine gewisse Anbindung der Gerichte an die wichtigsten politischen Kräfte¹²⁰⁶. Die Gefahr der Nichtwiederwahl besteht aber gerade bei den politischen Behörden und kann ihre Beschwerdepraxis tangieren. Vor einer Volkswahl von Parlament und Regierung kann die regierungsrätliche Rechtsprechung milder werden, um erfolgreichen Oppositionsparteien nicht noch argumentative Wahlhilfe zu bieten¹²⁰⁷.

4. Anwendung eigenen Rechts

14 Nach dem Gedanken der Gewaltenteilung soll u.a. das von der gesetzgebenden Versammlung erlassene Recht von einer anderen Behörde als dieser Körperschaft, eben der Exekutive, angewandt werden¹²⁰⁸. Dieses Anliegen wird missachtet, wenn die Verwaltung das in grossem Umfange von ihr gesetzte Verordnungsrecht *ausschliesslich selbst* anwendet¹²⁰⁹. Denn der Rechtsetzer hat anerkanntermassen eine geringe Neigung, sich an seine eigenen Normen zu halten, wenn er doch die Rechtsnorm selber ändern /247 könnte¹²¹⁰. Diese Konstellation gleicht nachgerade der Figur des privaten Regelfolgens¹²¹¹. Der Rechtsanwender ist schon nach dem Methodenkanon von Savigny¹²¹² darauf angewiesen zu wissen, wie der Gesetzes- oder Verordnungstext entstanden ist¹²¹³. Gerade bei der Auslegung der Rechtsverordnungen hat die Verwaltung diesbezüglich einen unbilligen Wissensvorsprung, der eines verfahrensmässi-

¹²⁰⁶ Siehe die erst im zweiten Wahlgang erfolgte Wiederwahl des Bundesrichters Schubarth, Amtl Bull 1990 N 2521 ff. Richterwahlen sind selten politisch geprägt, vgl. aber BGE 102 Ia 267.

¹²⁰⁷ Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 103 Anm. 2.

¹²⁰⁸ Vgl. N. 4/1.

¹²⁰⁹ Vgl. Eichenberger, Gewalt 338 f.; siehe die Erwähnung dieses Problems in BGE 103 Ia 383 (Wäffler).

¹²¹⁰ Vgl. Eichenberger, Gewalt 342; Giacometti, Gewaltenteilung 15 ff. Dafür lassen sich prominente Beispiele anführen. So hat die Bundesversammlung mehrfach eine feststehende, sprachliche Begriffszuschreibungspraxis verlassen, vgl. etwa den Kruzifix-Entscheid (BGE 116 Ia 252) oder dem Wald-Entscheid der Bundesversammlung (Amtl Bull 1992 S 56, vgl. auch N. 19/13 betreffend Beschwerdeentscheide der Exekutive) anlässlich des Ergänzungsbaues an das Bundesgericht.

¹²¹¹ Vgl. N. 14/22.

¹²¹² Vgl. N. 13/1.

¹²¹³ Vgl. Burckhardt, Einführung 218; Hasenböhler, Richter 87.

gen, externen Ausgleichs bedarf. Aus diesem Grunde müssen die in den Verordnungen festgehaltenen Regel- und Begriffszuschreibungen von organisatorisch vollständig getrennten Instanzen nachgeprüft und nachvollzogen werden können. Vor dem Verwaltungsgericht kann die Exekutive die Umstände der Entstehung der Verordnung als Argumente vortragen; der einzelne Beschwerdeführer kann sich diesen Argumenten in einem geordneten Verfahren widersetzen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat die wichtige Aufgabe, gerade im delegierten Rechtsetzungsbereich das Forum für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Staat und Individuum zur Verfügung zu stellen¹²¹⁴.

5. Subjekt, nicht Objekt des Verfahrens

15 Die Rechtsanwendung ist nach der hier vertretenen methodischen Auffassung eine *machtausübende, politische Tätigkeit*¹²¹⁵. Die immer noch verbreiteten positivistisch-mechanistischen Auffassungen "behandeln" den einzelnen lediglich als *Objekt der Administration*¹²¹⁶. Die Möglichkeit einer Anfechtung von Verwaltungsakten bei einer unabhängigen Instanz und die Einräumung von Parteirechten haben die wichtige Aufgabe, das Personsein des Menschen überhaupt zur Geltung zu bringen. Mit der Aufklärung und der französischen Revolution hat sich der Gedanke eines erkennenden Ichs gegenüber der Welt durchgesetzt. In diesem Jahrhundert hat der philosophische Personalismus /248 den Personengedanken vertieft. So hat der jüdische Philosoph *Martin Buber* betont, dass die Menschen mit der gesamten Aussenwelt Ich-Es-Beziehungen aufgenommen haben, während sie zur Ich-Du-Beziehung geschaffen seien¹²¹⁷. "Die Ich-Du-Beziehung ist eine Grundhaltung von Ehrfurcht und Gegenseitigkeit, aus der heraus wir Menschen, Dingen und

¹²¹⁴ Vgl. Meier, Kooperation 159; Löwenstein, Verfassungslehre 246 f.

¹²¹⁵ Vgl. N. 16/17.

¹²¹⁶ Vgl. Hangartner, Ausbau 2.

¹²¹⁷ Siehe zur bedeutenden Rolle einiger jüdischer Philosophen bei der Wiederherstellung des Personen-Gedankens: Casper B., Das dialogische Denken. Eine Untersuchung der religionsphilosophischen Bedeutung Franz Rosenzweigs, Ferdinand Ebners und Martin Bubers, Freiburg i. Br. 1967, S. 14.

Ereignissen von Subjekt zu Subjekt begegnen"¹²¹⁸. Letztlich beruht der Personalismus auf der Vorstellung der Gottesebenbildlichkeit des Menschen¹²¹⁹. Das 20. Jahrhundert ist deshalb als das "personale Zeitalter"¹²²⁰ bezeichnet worden. Der moderne Personalismus setzt sich auch im Recht und speziell im Verfahrensrecht durch. Der einzelne soll in seiner Personalität ernstgenommen werden. Aus diesem Grunde muss er vor ein "unabhängiges Forum"¹²²¹ gelangen können, das seine Verwaltungssache in einem Verfahren so behandelt, dass der Betroffene nicht Objekt der staatlichen Behörden ist, sondern sich als Person¹²²² ausdrücken kann und als solche ernstgenommen wird¹²²³.

16 Das Personsein des Menschen findet seinen staatsrechtlichen Ausdruck in der Anerkennung von vorstaatlichen und unentziehbaren Menschenrechten. Diese schützen gerade die (selbst-)erkennende und eigenverantwortlich handelnde Personalität und Subjektivität des Menschen; letztlich beruht darauf die Idee der Menschenrechte¹²²⁴. Hier knüpft eine der interessantesten Weiterentwicklungen des Gedankens grundrechtlich gewährleisteter Freiheit an. Man könnte die Grundrechte in ihrem Kerngehalt zusätzlich als Verfahrensgarantien verstehen, die nicht nur inhaltliche Positionen schützen, sondern zugleich das verfahrensrechtliche Instrumentarium bereitstellen, um ihren materiellen Gehalt wirksam durchzusetzen¹²²⁵. Die Grundrechte gewähr-/**249** leisten dann in ihrem Kernbereich selbst eine Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber der Exekutive, um eben die in den Grundrechten wurzelnde Personalität jedes Menschen effektiv zu verteidigen und zu leben¹²²⁶.

¹²¹⁸ Vgl. Rohr Richard, Die Wiederherstellung der Gottes-Ebenbildlichkeit, in: Rohr Richard, Der nackte Gott, S. 151 ff., insb. S. 156 f.

¹²¹⁹ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 4; Pettiti, Droits 28.

¹²²⁰ Vgl. Dietrich von Oppen, Das personale Zeitalter, 5. A., Gelnhausen 1975.

¹²²¹ Fleiner, Bundesstaatsrecht 443.

¹²²² Schon die ethymologische Bedeutung von Person (lat. persona) deutet auf ein solches Verständnis des menschlichen Personseins: Persona bedeutet "Maske"; es bezog sich auf jene Theater-Masken, durch die die griechischen Schauspieler hindurchsprachen (lat. personare, "hindurchtönen"), um ihre Stimme zu verstärken.

¹²²³ Vgl. Penski, Verrechtlichung 244; Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 264.

¹²²⁴ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 4 f.

¹²²⁵ Vgl. N. 5/1 ff.

¹²²⁶ Nach Fleiner, Gott 153 f. findet in den Verfahrensrechten der angelsächsischen Rechtssysteme das menschliche Personsein eine echte Anerkennung.

17 Diesem Verständnis schliesst sich *erneut und erneuert* die Tradition von *Kant* über das prozedurale Verständnis von Freiheit und demokratischer Gesetzgebung an¹²²⁷. Im Moment der Rechtsanwendung sollen die Betroffenen als Subjekte, "von unten" her Gelegenheit haben, am relativ freien Diskurs¹²²⁸ der Rechtsanwendung teilzuhaben. Damit wird Gerechtigkeit nicht über eine (wie auch immer behauptete, aber unmögliche) enge Anbindung des Rechtsanwendungsaktes an das interessenabwägende, demokratische Gesetz, als vielmehr durch das Recht verwirklichende Verfahrensgarantien selbst sichergestellt. Der Betroffene ist nicht das Objekt des Gesetzes (bzw. des Rechtsanwenders), sondern wird selbst als Subjekt und Person ernst genommen und am so verstandenen *demokratischen Prozess der Rechtsanwendung* (und damit zugleich der Rechtsbildung) zugelassen.

6. Pflege und Ausbildung des Verfahrensrechts

18 Der Individualrechtsschutz realisiert sich nicht nur im Gerichtszugang, sondern begleitend sind effektive Verfahrensgarantien erforderlich¹²²⁹. Wichtige Verfahrensgarantien hat das Bundesgericht auf dem Wege der schöpferischen Auslegung des Art. 4 BV bereitgestellt. In dieser Ausbildung verfahrensrechtlicher Grundrechtsgarantien fehlt allerdings ein grundrechtlich anerkannter Baustein: der Gerichtsschutz gegen Verwaltungsakte¹²³⁰. Allerdings hat diese Rolle Art. 6 Abs. 1 EMRK in seinem breiten Anwendungsbereich teilweise übernommen¹²³¹.

Die abschliessende Verwaltungsrechtspflege durch ein Gericht vermag Mängel und Eigenheiten der verwaltungsinternen Rechtspflege zu beheben. Das /250 Gericht bietet für die korrekte Handhabe eines justizförmigen Verfahrens die viel bessere Gewähr, denn es ist darauf spezialisiert, das Verwaltungsrecht in Beachtung der prozessualen Vorschriften anzuwenden¹²³². Dagegen ist diese

¹²²⁷ Vgl. N. 4/2.

¹²²⁸ Wohl aber nicht in einem herrschaftsfreien Diskurs, der wohl zu utopisch ist, vgl. N. 14/29 in fine.

¹²²⁹ Vgl. N. 1/16 ff.

¹²³⁰ Vgl. N. 2/16.

¹²³¹ Vgl. N. 10/1 ff.

¹²³² BGr v. 2.5.1979, ZBl 1979 484; Pflughard, Regierung 212; 1. OG-Botschaft, BBl 1985 II 818; Gutachten BJ, VPB 1985 Nr. 36, S. 224. Siehe das krasse Beispiel bei Pflughard,

Aufgabe in den Verwaltungsbehörden nur eine unter vielen und droht an den Rand gedrängt zu werden. Zudem kann bei gerichtlichen Instanzen der Rechtsanwender eindeutig identifiziert werden¹²³³; dagegen ist bei den in der Regel grossen Verwaltungen zwar wohl ein bestimmter Kreis von Beamten für den "Fall" zuständig, die Entscheidung ist aber durchaus den Einflüssen weiterer Personen ausgesetzt, die im Verfahren als solche nicht besonders ausgewiesen werden.

19 Aus den methodischen Untersuchungen soll ein verfahrensrechtlicher Punkt hervorgehoben werden. Ein generelles *Recht auf Mündlichkeit* des Verfahrens gibt es gerade in Verwaltungssachen nicht, obwohl zumindest die Möglichkeit einer persönlichen Teilnahme an der Verhandlung schon aus methodischen Gründen von grosser Wichtigkeit ist. Gerade die ethnomethodologischen Forschungen haben deutlich aufgezeigt, dass die Praxisbildung in situativen Interaktionen unter persönlicher Beteiligung der Akteure erfolgt¹²³⁴. Der einzelne müsste sich demnach vor der entscheidenden Behörde zumindest in der Verhandlung persönlich äussern können¹²³⁵, denn nach empirischen Untersuchungen stiftet vor allem die Möglichkeit einer mündlichen Kontaktnahme und Verhandlung Legitimität¹²³⁶. Die im Verwaltungsverfahren regelmässig erfolgenden Aktenprozesse¹²³⁷ sind nicht per se ungenügend, aber zumindest sollte doch die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung gegeben werden. Gerade für die Legitimationsfunktion der Rechtspflege ist es bedeutsam, dass

Regierung 190 f.

¹²³³ Der gestützt auf Art. 4 (und Art. 58 Abs. 1) BV bestehende Anspruch auf Bekanntgabe der personellen Zusammensetzung einer administrativen (oder richterlichen) Behörde, vgl. BGE 114 Ia 279 f.; 114 V 62, 116 Ia 487, verhindert verwaltunginterne Quereinflüsse noch keineswegs.

¹²³⁴ Vgl. N. 15/22 ff., insb. N. 15/27.

¹²³⁵ Für die Parteiöffentlichkeit spricht die Überlegung, dass die formelle Gesetzgebung ebenfalls öffentlich zu erfolgen hat, vgl. z.B. Meier, Kooperation 130 Anm. 2. Da die Rechtsanwendung immer auch Recht-Setzung (vgl. N. 14/31 ff. und 15/21 ff.) ist, müsste die intensivste Form der Beteiligung, das persönliche Erscheinen vor Gericht, ermöglicht werden, vgl. Wassermann, Gewalt 198 f.; Rhinow, Rechtsetzung 278 mit entsprechenden Überlegungen im Hinblick auf Publikationserfordernisse.

¹²³⁶ Vgl. Grunow/Hegner, Konsequenzen 265 ff.

¹²³⁷ Vgl. z.B. Pflughard, Regierung 240 ff.

/251 der einzelne als Subjekt ernstgenommen und am Verfahren persönlich beteiligt wird¹²³⁸.

20 Die gerichtliche Verwaltungsrechtspflege vermag durch ihre blossе Existenz *präventiv* auf die verwaltungsinterne Rechtspflege einzuwirken. Die Verwaltungsbehörden werden angesichts einer drohenden, justizmässigen Überprüfung von vorneherein die Anliegen des potentiellen Beschwerdeführers in ihre Überlegungen miteinbeziehen und sich tunlichst an das Verfahrensrecht halten¹²³⁹. Die Beachtung des Verfahrensrechts durch die erste Instanz vermeidet damit präventiv bereits eine verwaltungsgerichtliche Auseinandersetzung¹²⁴⁰.

7. Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen auf das öffentliche Recht

21 Otto Bähr¹²⁴¹ hatte den modernen Staat mit einer Genossenschaft *verglichen* und im Genossenschaftsgedanken die Wurzel zur Entstehung des Staates gesehen. So seien namentlich die politische Gemeinde und die privatrechtliche Genossenschaft aus demselben Geiste der gemeinsamen Verwaltung eines Gesamt-Interesses entstanden. Er bezeichnete deswegen das öffentliche Recht als "Staats-Genossenschaftsrecht"¹²⁴². Von daher erhob er die Forderung, dass im öffentlichen Recht ebenso wie schon im privatrechtlichen Genossenschaftsrecht, grundsätzlich ein gerichtlicher Rechtsschutz zu gewährleisten sei:

"Jener Rechtsspruch wird erst möglich, wenn die *Rechtsprechung von der Verwaltung getrennt* und besonderen unabhängig gestellten Staatsorganen übertragen ist. Die hohe Bedeutung der Trennung

¹²³⁸ So Schweizer, Kommentar 528 m.w.H. Die empirischen Untersuchungen von Grunow/Hegner, Konsequenzen 266 ff. zeigen schon auf der Stufe der erstinstanzlichen Rechtsanwendung, dass persönliche Kontakte eine entscheidende Grösse für das Verstehen von Beamten und Betroffenen darstellen.

¹²³⁹ Vgl. Ruck, Verwaltungsrecht 232.

¹²⁴⁰ Vgl. Hangartner, Kernfragen 310; Hangartner, Ausbau 445 m.w.H.

¹²⁴¹ Vgl. Bähr, Rechtsstaat 18 ff.

¹²⁴² Vgl. Bähr, Rechtsstaat 56.

von Justiz und Verwaltung liegt deshalb nicht etwa bloss in dem Princip der Arbeitstheilung; sie liegt vor Allem in der dadurch gewährten Möglichkeit, die Verwaltung selbst einer Rechtsprechung zu unterwerfen. Sie bildet daher eine wesentliche Bedingung des Rechtsstaates"¹²⁴³. /252

22 Dieser Gedanke einer Übertragung privatrechtlichen Gerichtsschutzes auf das öffentliche Recht war im letzten Jahrhundert in einem Punkte realisiert worden. Nach der Fiskustheorie unterwarf sich der Staat in vermögensrechtlichen und damit "privatrechtlich" gewerteten Streitigkeiten der Rechtsprechung unabhängiger (Zivil-)Gerichte¹²⁴⁴. In gewissen mit dem Privatrecht verwandten Materien des öffentlichen Rechts bot sich eine gerichtliche Rechtspflege in den Formen des Zivilprozesses an (sog. ursprüngliche Verwaltungspflege¹²⁴⁵). Im letzten Jahrhundert und in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts wurden aus *Rechtsschutzgründen* manche Bereiche des öffentlichen Rechts einer gerichtlichen Rechtspflege zugeführt, so etwa Fragen der Staats- und Beamtenhaftung¹²⁴⁶, Enteignungsstreitigkeiten oder vermögensrechtliche Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis¹²⁴⁷. Der Zivilrechtsweg wurde "erweitert", man sprach kurz von "Erweite-

¹²⁴³ Vgl. Bähr, Rechtsstaat 56.

¹²⁴⁴ Vgl. z.B. Kölz, Verfassungsgeschichte 363; Giacometti, Verwaltungsrecht 472; Ruck, Verwaltungsrecht 233; Kölz, Kommentar 4; Imboden, Erfahrungen 17a; Zwahlen, Fonctionnement 122a ff, 140a; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung I 4, 25; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 22, 24; P.A. Müller, Verwaltungsrechtspflege 39 Anm. 33 m.w.H.; Brown Harry, Das Prinzip der Trennung der Gewalten in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Diss. Zürich 1934, S. 87 ff.

¹²⁴⁵ Vgl. z.B. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 29; Stähelin, Verwaltungsgerichtsbarkeit 32; Weiss, Verfahren 22 m.w.H.

¹²⁴⁶ Der Kanton Zürich hat mit der Staatshaftung eine bemerkenswerte Ausdehnung des Rechtsschutzes erreicht: Entgegen dem ursprünglichen Konzept der Fiskustheorie konnten auch Staatsakte nichtvermögensrechtlicher Natur bei den ordentlichen Gerichten angefochten werden, indem der Ersatzanspruch wegen Verletzung wohlverborener Rechte zu einem vermögensrechtlichen Anspruch führte. Über die Staatshaftung wurde damit Rechtsschutz auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts gewährt, vgl. Kölz, Kommentar 5 f. Heute kann in Fällen der Staatshaftung eine rechtskräftige Verfügung nicht mehr in Frage gestellt werden, vgl. z.B. Art. 12 VG und dazu N. 1/11.

¹²⁴⁷ Vgl. Kölz, Verfassungsgeschichte.

ung des Rechtsweges"¹²⁴⁸. Es handelte sich um eine echte *Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen auf das öffentliche Recht*¹²⁴⁹. So wurden zivilrechtliche Einreden in Steuersachen, wie die Verjährung oder die bereits geleistete Zahlung, ebenfalls auf den erweiterten Rechtsweg gewiesen; das Verfahren zur Festsetzung der Steuerforderung an sich verblieb jedoch in der verwaltungsinternen Rechtspflege¹²⁵⁰. Erst mit der Einführung einer partiellen Verwaltungsgerichtsbarkeit beispielsweise in Steuersachen und in weiteren Gebieten des öffentlichen Rechts wurde die Erweiterung des Rechtsweges wieder abgebaut¹²⁵¹. Heute besteht /253 die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege namentlich in Materien, wo nicht verfügt werden kann¹²⁵²; vielfach sind die Verwaltungsgerichte zuständig erklärt worden.

Interessanterweise hatte sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Kantonen im Steuerrecht entwickelt, übrigens ein Sachbereich, den Bähr gerade als klassisches Beispiel für die Übertragung privatrechtlichen Rechtsschutzdenkens anführte¹²⁵³. Zunächst wurden Steuerrekurskommissionen errichtet, welche sich im Laufe der Zeit von den Verwaltungsbehörden lösten, verselbständigten und zu Spezialverwaltungsgerichten wurden¹²⁵⁴.

23 Die Übertragung privatrechtlichen Rechtsschutzdenkens ist damit noch nicht abgeschlossen, sondern vollzieht sich in besonders eindrücklicher Weise anhand des Art. 6 Abs. 1 EMRK fort. Diese Gerichtsschutzgarantie rührt aus dem angelsächsischen Rechtskreis her, der keine prinzipielle Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht kennt¹²⁵⁵. Obwohl der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf strafrechtliche Anklagen und "Droits ... de caractère civil" bzw. "Civil rights" beschränkt ist, konnte

¹²⁴⁸ Vgl. Hanhart, Erweiterung 4 f., 92 f.; Jöhr, Überprüfung 13.

¹²⁴⁹ Deutlich Jöhr, Überprüfung 13.

¹²⁵⁰ Vgl. Hanhart, Erweiterung 111 f.

¹²⁵¹ Vgl. Stähelin, Verwaltungsgerichtsbarkeit 32; Bonnard, Contrôle 243.

¹²⁵² Vgl. Hangartner Neuordnung 449; Hangartner, Kernfragen 315; siehe z.B. Art. 116 ff. OG oder Art. 65 ff. VRP SG, wo allerdings nicht nur Klagematerien aufgeführt werden, vgl. Kley-Struller, Privatrecht 142.

¹²⁵³ Vgl. Rechtsstaat 55 f.

¹²⁵⁴ Vgl. Hangartner, Kernfragen 311; Hangartner, Neuordnung 443.

¹²⁵⁵ Vgl. N. 10/12. Bei Dicey, Introduction 330, 169 f. zeigt sich diese Übertragung privatrechtlichen Rechtsschutzdenkens exemplarisch.

damit keineswegs eine Beschränkung auf das Zivil- und Strafrecht, wie es die deutschsprachigen Länder verstehen, gemeint sein. Die Konventionsorgane, namentlich der Gerichtshof, haben die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK konsequent auf "öffentlichrechtliche" Gebiete ausgedehnt. Der Gerichtshof setzte in den Urteilen "Éditions Périscope" bzw. "Schouten und Meldrum"¹²⁵⁶ wichtige Marksteine. Danach fallen alle *pekuniären und monetären Streitigkeiten*¹²⁵⁷, wie etwa die Rückforderung zuviel bezahlter Abgaben, grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Die Übertragung privatrechtlichen Rechtsschutzdenkens bezieht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK eine neue, konventionsrechtliche Nahrung.

24 Diese Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzstandards wird durch die /254 Annäherung der modernen, öffentlichrechtlichen Gesetzgebung an das Privatrecht begünstigt. Vielfach schützt das moderne Bau-, Umweltschutz- und Wirtschaftsrecht nicht bloss öffentliche Interessen, sondern strukturell gleichartig wie das Privatrecht wägt es auch private Interessen gegeneinander ab¹²⁵⁸. Häufig wird die verwaltungsrechtliche Auseinandersetzung nur pro forma zwischen einzelem und Behörde geführt, tatsächlich streiten indessen zwei Private miteinander. Die Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen auf das in seinem Charakter geänderte öffentliche Recht rechtfertigt sich umsomehr. Die Rechtsprechung der Konventionsorgane zu Art. 6 Abs. 1 EMRK erfasst gerade mit dieser Überlegung zu Recht solche privatrechtsnahen Bereiche des Verwaltungsrechts. Die Trennungslinie zwischen öffentlichem und Privatrecht wird immer undeutlicher und führt deshalb über Art. 6 Abs. 1 EMRK zu einem relativ umfassenden Gerichtsschutz im öffentlichen Recht.

¹²⁵⁶ Vgl. EGMR/A 234-B bzw. EGMR/A 304; vgl. Andreas Kley-Struller, Besprechung des Urteils Schouten und Meldrum, AJP 1995 488 f., Ziff. 3 f.

¹²⁵⁷ Es handelt sich um die erste offizielle Teildefinition des Gerichtshofes zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, vgl. vorne N. 10/23 ff. und Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 37 f.

¹²⁵⁸ Vgl. N. 17/3.

III. Rechtspflege und Kontrolle objektiver Rechtmässigkeit

25 Die streitige Verwaltungsrechtspflege soll die *Gesetzmassigkeit der Verwaltung* garantieren. Es muss dafür gesorgt werden, dass das objektive Verwaltungsrecht korrekt durchgesetzt wird¹²⁵⁹. Selbstverständlich kann dies nur für diejenigen Verwaltungsakte geschehen, welche von den Betroffenen angefochten werden; die Funktion der Kontrolle objektiver Rechtmässigkeit begleitet den Individualrechtsschutz, wirkt aber nicht selbständig¹²⁶⁰. Die in den letzten Jahrzehnten erfolgte Ausweitung der Beschwerdebefugnis verstärkt die /255 Kontrolle objektiver Rechtmässigkeit erheblich. So sind im Rahmen der Verbandsbeschwerde gemeinnützige Organisationen oder Behörden beschwerdeberechtigt und können eine Verfügung anfechten¹²⁶¹. Diese Beschwerdeberechtigten übernehmen die Aufgabe eines *Anwaltes von Gemeininteressen*.

26 Die streitige Verwaltungsrechtspflege klärt Rechtsfragen und bildet mit der Kontrolle objektiver Rechtmässigkeit zugleich das Recht fort¹²⁶². Auch

¹²⁵⁹ So schweizerische Praxis und Lehre, vgl. BGE 99 Ib 107; Giacometti, Gewaltentrennung 15 Anm. 18; Giacometti, Lehren 461 f.; Imboden, Erfahrungen 8a; Imboden, Richter 220; Imboden, Helvetisches Malaise 296; Kägi, Rechtsstaat 178, 229, 233; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 18; Gygi, Verwaltungsrechtspflege 99; Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 14; Schweizer, Kommentar 528 f.; Dubs, Rechtsmittel 676; Eichenberger, Unabhängigkeit 165 f.; Eichenberger, Kontrolle 25; Meyer, Organisation 30; Weiss, Verfahren 13. Die deutsche Lehre steht dieser Funktion - in Nachachtung des Art. 19 Abs. 4 GG - zurückhaltend gegenüber, vgl. z.B. Schmidt-Assmann, Funktionen 110 f.; Schmidt-Assmann, Rechtsstaat 1018.

¹²⁶⁰ Nach französischer Auffassung bezwecken die Verfahren des Contentieux objectif nicht den Rechtsschutz der Bürger, sondern sie sollen der Verwaltung objektive Handlungsanweisungen erteilen, vgl. Woerling Jean-Marie, Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vergleich mit der deutschen, NZVwR 1985 21 ff., insb. S. 23.

¹²⁶¹ Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 18 f.; Stähelin, Verwaltungsgerichtsbarkeit 37 f.; Fleiner, Überlegungen 664; vgl. z.B. Art. 55 USG und Art. 103 lit. c OG (Beschwerderecht der Umweltschutzorganisationen) oder Art. 103 lit. b OG (Behördenbeschwerde), vgl. ferner z.B. § 41 Abs. 2 VRP ZG; Art. 45 Abs. 2 und 3 VRP SG; Art. 88 lit. b-d VRP GL; Art. 65 lit. b VRP BE.

¹²⁶² Vgl. Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BBl 1965 II 1266; Botschaft zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes vom 20.12.1911, BBl 1911 V 322 ff., insb. S. 336; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 19;

aus den methodologischen Untersuchungen wurde deutlich, dass die Rechtsnorm im Moment der Rechtsanwendung und im Zusammenwirken von Akteuren, Normen und Situationen erst *gebildet* wird¹²⁶³. Die in der Lehre umschriebene Funktion der Rechtsfortbildung¹²⁶⁴ im Sinne ergänzender, punktueller Regelsetzung bezeichnet diesen grundlegenden Sachverhalt nur unvollständig, weil den Rechtsnormen die *Praxis in jeder Anwendungssituation aufgesetzt* wird. Die Kontrolle objektiver Rechtsanwendung in einem Beschwerdefall ist immer zugleich eine Rechts(fort)bildung.

27 Keine Instanz kann für sich eine bessere Kontrolle objektiven Rechts und Rechtsfortbildung in Anspruch nehmen. Das diesbezügliche Argument der Rechtsstaatsbewegung, die Gerichte seien dazu besser imstande, ist aus methodischen Gründen als solches nicht stichhaltig¹²⁶⁵. Die hervorragende Ausbildung der Richter kann ebensowenig ins Feld geführt werden; selbstverständlich kann sich eine Regierung mit gleich gut ausgebildeten Beamten versehen. In Verbindung mit den Kriterien des Individualrechtsschutzes und der Legitimationsfunktion¹²⁶⁶ der Rechtspflege zeigen sich immerhin sekundäre Vorteile der gerichtlichen Rechtsfortbildung. Es handelt sich namentlich um die folgenden drei praktischen Argumente.

/256

28 Nach den ethnomethodologischen Forschungen führt eine konstante personelle Zusammensetzung einer Instanz auch zu einer einheitlichen Begriffszuschreibungspraxis¹²⁶⁷. Die Praxisbildung sollte daher von einer *einzigsten* mit grundsätzlich denselben Personen besetzten Instanz ausgehen¹²⁶⁸; eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsfortbilder fördert die Praxiszersplitterung.

Giacometti, Lehren 495; Weiss, Verfahren 13.

¹²⁶³ Vgl. N. 15/23 ff.

¹²⁶⁴ Vgl. z.B. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 19; Imboden, Erfahrungen 8a.

¹²⁶⁵ Vgl. N. 15/24.

¹²⁶⁶ Vgl. im folgenden N. 17/31 ff.

¹²⁶⁷ Vgl. N. 15/22 ff.

¹²⁶⁸ Vgl. Schweizer, Kommentar 529; Hangartner, Kernfragen 311; Hangartner, Neuordnung 446; Dubs, Beschränkung 680.

29 Der letztendliche Rechtsfortbilder sollte von der organisatorischen Stellung her besonders befähigt und beauftragt sein, die Partei- und Verfahrensrechte zu achten¹²⁶⁹. Die Gerichte können daher nach ihrem Selbstverständnis und ihrem verfassungsrechtlichen Auftrag "handwerklich" sorgfältiger ausgearbeitete Entscheide fällen, als eine mit zahllosen weiteren Aufgaben betraute Verwaltungsbehörde. Es handelt sich um die *hervorragende Möglichkeit*, (Verfahrens-)Gerechtigkeit herzustellen.

30 Vor der streitentscheidenden Instanz sollen die verschiedenen Interessen förmlich vertreten sein und sich in einem diskursiven und partizipativen Interaktionsprozess artikulieren können¹²⁷⁰. In jenen Sachgebieten, wo gewichtige öffentliche Interessen gegenüber privaten Interessen abzuwägen sind, haben darum auch *Behörden und gemeinnützige Verbände* die Beschwerdelegitimation¹²⁷¹. Die Instanz wird daher vor allem im Umweltschutz-, Bau- und Raumplanungsrecht erst wirklich unabhängig und muss nicht noch verdeckt -als parteiliche Verwaltungsbehörde - öffentliche Interessen wahren¹²⁷². Es liegt auf der Hand, dass dieses Abwägungsverfahren überhaupt erst durch die Einrichtung eines Verwaltungsgerichtes möglich wird. /257

IV. Legitimation von Hoheitsakten durch prozedurale Freiheit

31 Nach Burckardt¹²⁷³ kann zwischen Bürger und Staat *nur dann* ein Streit entstehen, wenn man die Forderung des Staates rechtlich bestreitet und nicht schon, wenn man bloss die Forderung des Staates tatsächlich bestreitet oder kritisiert. Erst die positivrechtliche Möglichkeit einer streitenden Auseinandersetzung führe überhaupt zu einem Rechtsstreit. Der Staat hätte es dem-

¹²⁶⁹ Vgl. N. 17/18 ff.

¹²⁷⁰ Vgl. N. 17/10.

¹²⁷¹ Vgl. N. 17/25.

¹²⁷² Gl. A. Pontier, *Contrôle* 52.

¹²⁷³ Vgl. Burckhardt, *Verwaltungsgerichtsbarkeit* 256; Burckhardt, *Kommentar* 797; zustimmend Eichenberger, *Unabhängigkeit* 163.

nach in der Hand, durch den Ausschluss einer Weiterzugsmöglichkeit den Rechtsstreit überhaupt nicht entstehen zu lassen.

32 Diese Betrachtungsweise ist von obrigkeitsstaatlichem "Pickelhauben-Denken"¹²⁷⁴ geprägt¹²⁷⁵; eine Auseinandersetzung zwischen Individuum und Staat kann nicht verhindert werden, indem das Gemeinwesen seine Entschiede als endgültig bezeichnet. Auch wenn nach dem Erlass der Verfügung kein Verfahren und kein Forum für eine Diskussion besteht, heisst dies damit noch nicht, dass überhaupt keine Streitigkeit entstehen könne. Es ist für die *Legitimation hoheitlichen Handelns* von grosser Bedeutung, dass Auseinandersetzungen zwischen Staat und einzelner nicht verdrängt, sondern in einem geordneten Verfahren, welches das Individuum als Person ernstnimmt, beigelegt und entschieden werden¹²⁷⁶. Fritz Fleiner hat dies ebenso prägnant wie überzeugend formuliert: /258

"Noch in jedem Staat ist durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Ergebnis die öffentliche Verwaltung moralisch gestärkt worden, weil das verwaltungsgerichtliche Urteil jeden unberechtigten Vorwurf des Bürgers gegen die Verwaltungsbehörde zurückweist ..., dass nicht aus ihm eine Waffe gegen den Staat geschmiedet werden kann. Denn staatliche Autorität ... muss sich stützen können auf die Überzeugung der Bürger, dass alle staatliche Macht ... durch das Recht in Schranken gehalten wird"¹²⁷⁷.

¹²⁷⁴ Vgl. zum Ausdruck N. 19/18.

¹²⁷⁵ So der Bundesrat in seiner Botschaft zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes, BBl 1911 V 322 ff., insb. S. 333: "Wir können ... nicht zugeben, dass eine Verwaltungsbehörde bei Anständen mit Privatpersonen gleich einer Prozesspartei zu behandeln sei".

¹²⁷⁶ Vgl. Botschaft zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes, BBl 1911 V 322 ff., insb. S. 334; Braibant/Questiaux/Wiener, *Contrôle* 309; Eichenberger, *Rechtsschutz* 954; Stähelin, *Verwaltungsgerichtsbarkeit* 41 f.; Bosshart, *Anfechtungsobjekte* 87 Anm. 12 m.w.H., 99; Meyer, *Organisation* 31; Imboden, *Erfahrungen* 66a; Fleiner, *Gott* 153 f. zur hoheitlichen Natur der Verwaltungsakte; Eichenberger, *Kontrolle* 25.

¹²⁷⁷ *Bundesstaatsrecht* 224; ähnlich Braibant/Questiaux/Wiener, *Contrôle* 309

33 Welches Rechtspflegeorgan kann dem Staat, der durch die Verwaltung handelt, eine überzeugende und fundierte Legitimation verschaffen? Die Legitimierung des Staates ist insbesondere das Anliegen der Integrationstheorie von *Rudolf Smend*¹²⁷⁸. Smend hielt die Integration im Sinne einer Bildung eines neuen Ganzen für ein Verfassungsgebot. Er verstand den Staat als *Lebensprozess* und die *Beteiligung des einzelnen daran* ebenfalls als ein Stück persönlichen Lebens, als *Integration*¹²⁷⁹. Die Integrationslehre deckt in der Verfassung ein durchgehendes Moment auf, dieses Integrationserlebnis anzuregen und dauernd zu ermöglichen¹²⁸⁰. Der einzelne soll der Verfassung frei zustimmen. Sie ist Organisationsstatut *und* zugleich eine *Lebensform seiner Angehörigen*¹²⁸¹, die der Staat an seinem Leben beteiligt - "alles Aufforderungen zu *persönlicher Kenntnisnahme und Auseinandersetzung*"¹²⁸². Die Verfassung ermöglicht dieses Leben unter ihrem Dach durch die Gewähr der politischen Rechte¹²⁸³ und der Grundrechte¹²⁸⁴ sowie durch eine geordnete und effektive Justiz¹²⁸⁵, wo sich diese Auseinandersetzung zwischen Individuum und Gemeinwesen in concreto abspielt.

34 Die Integrationstheorie ist hermeneutisch orientiert - gewissermassen auf das Verstehen des einzelnen im und zum Staat - und ganz auf die Verwirklichung der hier vertretenen Verfahrensgerechtigkeit angelegt. Möglichst effektive Verfahren zur Beilegung und Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten ermöglichen in einem demokratischen Sinne *eine Form und ein Forum*, in **/259** dem der Widerspruch des einzelnen gegenüber dem Staatshandeln überhaupt ausgetragen werden kann. In dieser Beteiligung integriert sich der einzelne konkret in den Staat.

¹²⁷⁸ Vgl. Smend Rudolf, Integrationslehre (1956), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. A., Berlin 1968, S. 475; Smend, Verfassung 136 ff., 234 f.; Eichenberger, Kontrolle 25.

¹²⁷⁹ Vgl. Smend, Verfassung 136 f.

¹²⁸⁰ Vgl. Smend, Verfassung 189.

¹²⁸¹ Die Nähe zu Wittgenstein II ist überraschend, vgl. N. 14/20.

¹²⁸² Vgl. Smend Rudolf, Integration, in: Evangelisches Staatslexikon, Band 1, Stuttgart 1987, Sp. 1357.

¹²⁸³ Vgl. Smend, Verfassung 150 ff.

¹²⁸⁴ Vgl. Smend, Verfassung 263 ff.

¹²⁸⁵ Vgl. Smend, Verfassung 208 f., wo er der Justiz allerdings nur eine praktische, nicht aber eine theoretische Integrationsleistung zuspricht.

35 Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Exekutiventscheide verlängert nicht den Arm des demokratischen Gesetzgebers¹²⁸⁶, sondern sie stellt eine prozedurale Freiheitsgarantie dar. Damit schliesst die Verwaltungsgerichtsbarkeit an einen ursprünglich verfassungsstaatlichen Gedanken an. In den Zeiten der rational-naturrechtlichen Begründung der Demokratie wurde die Verfassung als Dokument der Institutionalisierung von Verfahren und grundrechtlichen Garantien von Freiheitsräumen verstanden, welche diese gesellschaftlichen und politischen Prozesse zu gewährleisten hatten¹²⁸⁷. Die Grundrechte wurden nicht als vorgegebene Inhalte, sondern als in demokratischen Verfahren, durch die Gesetzgebung zu konkretisierende Leitprinzipien angesehen¹²⁸⁸. Dieser Gedanke ist für die Legitimation des Staates auch heute von zentraler Bedeutung. Nicht die gemeinsame Berufung auf *bereits feststehende* Grundwerte vermag den liberalen Staat geistig zusammenzuhalten, sondern die Verfahren, in denen diese Grundwerte erzeugt, bestätigt und gelebt werden.

36 Nun ist *Rechtsetzung* nichts "Fertiges", sondern vollendet sich erst im Moment der Rechtsanwendung. Eben darum muss der ursprüngliche, kantische Gedanke *der verfahrenserzeugten Gerechtigkeit* aus dem Parlament hinaus in die Rechtsanwendung hineingetragen und dort verwirklicht werden¹²⁸⁹. Das (Verwaltungs-) Gericht, das ausserhalb der administrativen Abhängigkeiten steht, kann in einem transparenten Verfahren unter Einhaltung der Verfahrensgarantien die Interessen von Fall zu Fall abwägen und die Betroffenen *als Personen*¹²⁹⁰ zu Wort kommen lassen. Dagegen tragen abschliessende Exekutiventscheide das desintegrative Odium der

¹²⁸⁶ Vgl. Maus, Justiz 129; Fleiner; Gott 154; so aber das ursprüngliche Konzept, vgl. N. 2/7. Es ist bemerkenswert und kann an dieser Stelle nicht behandelt werden, dass etwa in der Französischen Revolution der "référé législatif" die Richter bei Unklarheiten des Gesetzes an den Gesetzgeber wies: dieser hatte authentisch zu interpretieren, vgl. dazu Burckhardt, Einführung 218 f.; Maus, Justiz 126 f.; Görlitz, Puissance 274. Diese zutiefst demokratische, aber unpraktikable Anschauung ist methodologisch freilich richtig: Rechtsanwendung, damit Auslegung und Verständnis der Gesetze, ist eine schöpferische, selbst "recht-setzende" Tätigkeit, vgl. N. 14/31 ff. und 15/21 ff.

¹²⁸⁷ Vgl. Maus, Justiz 131.

¹²⁸⁸ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 8 f.

¹²⁸⁹ Vgl. N. 4/9 in fine.

¹²⁹⁰ Vgl. N. 17/15 ff.

Einseitigkeit, des Diktates /260 oder des Richtens in eigener Sache¹²⁹¹ in sich. Allein die Möglichkeit gerichtlicher Nachkontrolle verschafft den Entscheidungen und Handlungen der Verwaltung eine in der Verfahrensgerechtigkeit, Personalität und in der Subjektivität des Menschen wurzelnde Legitimität¹²⁹².

V. Führt die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Justizstaat?

37 Die der Verwaltungsgerichtsbarkeit kritisch eingestellten Regierungen haben neben den bekannten und wenig stichhaltigen Gegenargumenten¹²⁹³ nun allerdings vorgebracht, dass die *verwaltungsinterne Rechtsprechung die erforderliche Aufsicht über die Verwaltung und die Gemeinden realisiere*¹²⁹⁴. Sie haben damit einen wichtigen *institutionellen Aspekt* betont. Die Verwaltungsrechtsprechung stellt eine machtausübende, gestaltende Tätigkeit dar, welche auch der Verwaltungsspitze als ein eigentliches Regierungsmittel dienen kann. Charakteristischerweise überprüfen die verwaltungsinternen Instanzen auch das Ermessen¹²⁹⁵. Die verwaltungsinterne Rechtspflege stellt mindestens bis auf die Ebene der Departemente ein eigentliches Führungs- und Aufsichtsmittel dar, das nicht ohne Beeinträchtigung der administrativen Funktionsfähigkeit abgeschafft werden darf¹²⁹⁶. Verlassen die Rechts-

¹²⁹¹ Vgl. N. 17/8 ff.

¹²⁹² Vgl. Eichenberger, Justiz 255 f.; Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 264 und vgl. N. 17/32.

¹²⁹³ Diese heute nicht mehr vorgebrachten Argumente (vgl. N. 15/10) sind derart haltlos, dass auf ihre Widerlegung hier verzichtet werden kann, so namentlich die Verwaltungsgerichtsbarkeit sei zu teuer, führe zu einer Aufblähung des Staatsapparates oder sei mit dem Wesen der Verwaltungstätigkeit überhaupt unvereinbar, vgl. siehe die Widerlegung dieser Argumente durch den Bundesrat: Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BBl 1965 II 1267 ff.; Ruck, Verwaltungsrecht 231.

¹²⁹⁴ Vgl. Pflughard, Regierung 20; Burckhardt, Verwaltungsgerichtsbarkeit 238, 248 (vgl. N. 21/16, Zürcher Regierungsrat). A.A. Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 10 f.; Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BBl 1965 II 1268; Ruck, Verwaltungsrecht 231.

¹²⁹⁵ Vgl. N. 18/39.

¹²⁹⁶ Vgl. Rohner, Probleme 293 f.; Rohner, Probleme 493 Anm. 68.

mittelwege die hierarchisch gegliederte Verwaltung zu früh, so würde in der Tat der administrative Gesetzesvollzug gestört. Namentlich auf kantonaler Ebene würde in der Aufsicht über die Gemeinden eine unbefriedigende Situation eintreten. Die nicht mehr rechtsprechenden Departemente wären nur noch Rechts- /261 berater der Gemeinden¹²⁹⁷. Dagegen gehört die regierungsrätliche Rechtsprechung keineswegs zu ihrer Regierungsaufgabe. Die Regierung hat faktisch keine Zeit, sich mit den vorgelegten Beschwerdefällen wirklich zu befassen¹²⁹⁸. Die Entscheide werden vielmehr durch das instruierende Departement bzw. einen Beamten vorbereitet und an den Sitzungen lediglich traktandiert, nicht aber inhaltlich behandelt. Von einer Führung durch Rechtspflege kann keine Rede sein. Ohne Einbusse an administrativer Handlungsfähigkeit kann die Rechtspflege daher grundsätzlich von der Regierung an ein Verwaltungsgericht¹²⁹⁹ übertragen werden. Diesem Konzept ist 1968 grundsätzlich der Bund gefolgt, ohne dass der Bundesrat seiner Führungsmittel beraubt wurde¹³⁰⁰. Allerdings müssen

¹²⁹⁷ Vgl. Rohner, Probleme 492.

¹²⁹⁸ Vgl. Fleiner, Bundesstaatsrecht 223; Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 17; Hangartner, Ausbau 45; Kaufmann, Handlungsspielräume 168 räumt ein, dass der Beschwerdedienst des Bundesrates ebenso sorgfältig wie das Bundesgericht, und "in der Regel auch durchaus selbständig" arbeite. Im Zuge der geplanten Regierungsreform 1993 hat der Bundesrat zugegeben, dass ihm die Zeit für die Rechtsprechung fehlt und eine Übertragung der Restkompetenzen an das Bundesgericht angezeigt wäre, vgl. auch Botschaft zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz v. 20.10.1993, BBl 1993 III 997 ff., insb. S. 1067.

¹²⁹⁹ In den Kantonen ist die Regierung häufig als Rechtspflegeinstanz belassen worden, wobei aber ihre Entscheide an das Verwaltungsgericht weiterziehbar sind, vgl. Hangartner, Kernfragen 312; Hangartner, Neuordnung 446 f. Auf diese organisationsrechtliche Kontroverse kann nicht eingegangen werden, vgl. aber Schilling, Unterstellung 10 ff.; Bosshart, Anfechtungsobjekte 86 f.; Kaufmann, Kontrolle 173; Stähelin, Verwaltungsgerichtsbarkeit 32.

¹³⁰⁰ So die frühen Erfahrungen in den Kantonen, vgl. Panchaud, Garanties 100a f; Zwahlen, Fonctionnement 147a; Bosshardt Oskar, Erste Ergebnisse der zürcherischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZBl 1963 225 ff., insb. 249 ff.; Adolf im Hof, Die Ergebnisse der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Basel-Stadt, Basel 1911, S. 40; Halbeisen Charles, Verwaltungsgerichtsbarkeit, MBVR 1950 369 ff., 417 ff., insb. S. 381 und später im Bund: Dubach, Verwaltungsgericht 653 ff.; Eichenberger, Kontrolle 28 f.; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates des Kantons St. Gallen zu einem Staatsverwaltungsgesetz vom 9.3.1993, ABl 1993 757 ff., insb. S. 777 f.

eigentliche "Actes de gouvernement"¹³⁰¹, welche unmittelbar mit der Staatsleitung und Aussenpolitik verbunden sind, weiterhin in der Hand des Bundesrates bleiben¹³⁰².

38 Die verwaltungsinterne Rechtspflege darf nicht über zuviele Treppen der Hierarchie laufen. Aus den genannten aufsichtsrechtlichen Gründen sollte sie jedoch bis zur Stufe des Departementes reichen. Es ist für die Verfahrensgerechtigkeit und die Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens von grosser **/262** Bedeutung, dass Verwaltungsrechtsstreitigkeiten innert nützlicher Frist verbindlich entschieden und nicht endlos "weitergepflegt" werden¹³⁰³. Der gerichtliche Rechtsschutz, der *zu spät* kommt, ist unwirksam und verfehlt sein Ziel.

VI. Ergebnis: Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

39 Die Rechtsanwendung ist eine derart "*machtmissbrauchsgeneigte Tätigkeit*", dass eine Aufteilung der Kompetenzen im Sinne einer Machtteilung und Machtverschränkung unbedingt erforderlich ist. Die verwaltungsbehördliche Rechtsanwendung bedarf, auch wenn sie verwaltungsintern mehrere Instanzen durchlaufen hat, *aus Gründen des Individualrechtsschutzes und der Legitimation des staatlichen Handelns, grundsätzlich einer gerichtlichen Nachkontrolle*. In der schweizerischen Literatur wurde die Forderung nach gerichtlichem Rechtsschutz gegen die Verwaltung unzählige Male erhoben, zum einen in ganz genereller Weise¹³⁰⁴ und zum andern bloss punktuell für einen bestimmten Sektor¹³⁰⁵. **/263**

¹³⁰¹ Vgl. N. 18/4 ff.

¹³⁰² Vgl. Rohner, Probleme 493 und N. 18/50.

¹³⁰³ Vgl. N. 1/19 und z.B. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 77; Rohner, Probleme 232 ff., 249 ff.; Martin, Probleme 43 f.

¹³⁰⁴ Vgl. Rossinelli, Protection 225; Giacometti, Lehren 461 f.; Imboden Max, Staatsbild und Verwaltungsrechtsprechung, in: Imboden, Staat 479 ff., insb. 483; Imboden, Helvetisches Malaise 54; Hangartner, Staatsrecht II 198; Fleiner, Grundzüge 220; Fleiner, Staatslehre 97, 337 f.; Schweizer, Grundrechtsschutz 74, 81; Kley-Struller,

Das Argument einer besseren objektiven Rechtskontrolle und Rechtsfortbildung hat zwar nicht aus methodologischen, wohl aber aus praktischen Gründen ebenfalls seine Berechtigung¹³⁰⁶.

Eine gerichtliche Verwaltungsrechtspflege vermag ausserdem das hoheitliche Handeln des Staates in einer ansonsten nicht ersetzbaren Weise¹³⁰⁷ zu *legitimieren*¹³⁰⁸. Gerade der Rechtsstaat ist auf die Zustimmung seiner Angehörigen angewiesen; diese erfolgt nicht nur durch die politischen Wahl- und Abstimmungsverfahren, sondern auch durch die erzeugte Verfahrensgerechtigkeit in den konkreten Rechtsanwendungen, wo die einzelnen als Personen ernstgenommen werden und sich als solche ausdrücken können.

40 Damit wird prinzipiell die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit aufgrund der *Generalklausel* favorisiert¹³⁰⁹, wie das schon längst die

Rechtsschutzgarantie 102 f.; Kölz, Bedeutung 515; Blumenstein Ernst, Der Rechtsschutz gegen Verfügungen, MBVR 1950 209 ff., insb. S. 211; Internationale Juristen-Kommission, Rechtsstaatlichkeit 20; Saladin, Bund 577; Saladin, Kommentar, N. 106 zu Art. 3 BV; Knapp, Kommentar, N. 107 zu Art. 5 BV; Eichenberger, Unabhängigkeit 163 f.; Eichenberger, Sonderheiten 79 f.; Rohner, Probleme 492 f.; Löwenstein, Verfassungslehre 244 ff.

¹³⁰⁵ Vgl. z.B. Manfrini, Contentieux 408; Saladin, Gründe 7 ff.; Raess-Eichenberger, Asylverfahren 126 f.; Botschaft vom 25.4.1990 zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge, BBl 1990 II 573, insb. S. 614 ff. (Schaffung verwaltungsunabhängiger Rekurskommissionen); Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission v. 22.11.1989, BBl 1990 I 637 ff., insb. S. 819, 838, 874; Schweizer, Geheimhaltung 184 f. und die Verwirklichung des Postulats: vgl. Schweizer Rainer J. Die Aufsicht über die privaten Datenbearbeitungen und die Beschwerdemöglichkeiten privater Bearbeiter und betroffener Personen gegen Aufsichtsentscheide, in: Schweizer Rainer J. (Hrsg.) Das neue Datenschutzgesetz des Bundes, Zürich 1993, S. 91 ff., insb. S. 100 f.; Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) v. 24.2.1993, BBl 1993 I 1248, insb. S. 1317; Fleiner Thomas, Die Rechte der Eltern gegenüber der Schule, AJP 1993 666 ff., insb. S. 671 (gerichtlicher Schutz der Elternrechte).

¹³⁰⁶ Vgl. N. 17/27 ff.

¹³⁰⁷ Vgl. zur Substitution des Verwaltungsgerichtsschutzes N. 19/1 ff.

¹³⁰⁸ Vgl. N. 17/31 ff.

¹³⁰⁹ Vgl. Fleiner, Institutionen 254 f.; Giacometti, Verwaltungsrecht 462, 490; Hangartner, Ausbau 47; Hangartner, Kernfragen 313; Hangartner, Neuordnung 447 f.; Kottusch, Verhältnis 105 ff.; Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit 668 f.; Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 21 f.; P.A. Müller, Verwaltungsrechtspflege 164 Anm. 3; Stähelin, Ver-

Rechtsstaatsbewegung getan hat¹³¹⁰. Die Generalklausel ist die "Seele der Verwaltungsgerichtsbarkeit"¹³¹¹. Sollten aus funktionalrechtlichen Überlegungen Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtlichen Kontrolle erforderlich sein, so kann ein Negativkatalog von der Generalklausel vorgesehen werden. Die Generalklausel hat aber gegenüber der Enumeration den entscheidenden Vorteil, dass alle Sachgebiete erfasst werden und die Ausnahmen *besonders begründet* werden müssen¹³¹². Sie müssen sich je aus der Stellung und Leistungsfähigkeit von Exekutive gegenüber den Gerichten besonders ergeben. Die Frage nach den *Beschwerdegründen* (bzw. der Kognition oder Prüfungszuständigkeit) ist damit noch nicht entschieden. In bezug auf diese Fragen soll die Verwaltungsgerichtsbarkeit ein *Optimum* und nicht ein *Maximum an Kontrolle* ermöglichen¹³¹³, welche das berechnete Rechtsschutzinteresse der einzelnen mit dem Interesse ebendieser einzelnen an einer leistungsfähigen Verwaltung in Übereinstimmung bringt. Im folgenden geht es um die Instrumente dieser Optimierung, nämlich dem (horizontalen) Ausschluss gewisser Sachgebiete von der Generalklausel, der Regelung der vertikalen Prüfungsdichten (Überprüfung des Sachverhaltes, der Rechtmässigkeit oder gar des Ermessens) sowie der hinreichenden Entscheidungskompetenz der Verwaltungsgerichte. /265

waltungsgerichtsbarkeit 34; Marti, Verwaltungsgerichtsbarkeit 67. Ein Teil der älteren Lehre hat sich die regierungsrätlichen Interessen zu eigen gemacht und behauptet, es spiele keine Rolle, ob die Generalklausel oder die Enumerationsmethode gewählt werde, vgl. VPOD, Verwaltungsrechtspflege 7 f.

¹³¹⁰ Vgl. N. 2/11.

¹³¹¹ Votum E. Kaufmann, in: VVDStRL 2/1925 116; Giacometti, Lehren 462.

¹³¹² Vgl. N. 18/1 ff.

¹³¹³ Gl. A. Ehmke, Ermessen 49.

§ 18. Funktionalrechtliche Konkretisierung der verwaltungsgerichtlichen Prüfungszuständigkeit

I. Gesetzmässigkeitsprinzip als Massstab funktionalrechtlich richtiger Überprüfungscompetenz

1 Die Akte der Exekutive sind grundsätzlich einer *generellen, (verwaltungs-)gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen*¹³¹⁴. Es stellt sich nun aber die Frage nach dem *sachlichen Umfang der gerichtlichen Nachprüfung*. Dürfen gewisse Sachbereiche wegen ihrer *mangelnden Justitiabilität* von der Generalklausel ausgenommen werden? Wie intensiv ("dicht") soll der Verwaltungsrichter die Akte der Exekutive prüfen? Gerade beim zuletzt erwähnten *Kognitionsproblem* handelt es sich um ein grundlegendes Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit¹³¹⁵, das Gegenstand eigener Untersuchungen sein müsste.

2 Der auf Rechts- und Tatbestandsfragen konzentrierte Gerichtszugang ist ganz *auf das Gesetzmässigkeitsprinzip zugeschnitten*¹³¹⁶. Der Verwaltungsgerichtsbarkeit geht immer das Handeln des Gesetzgebers voraus¹³¹⁷; eine relativ lückenlose Gerichtsschutzgarantie gegen die Exekutive muss von einer konsequenten, formellgesetzlichen Durchnormierung aller Verwaltungsgebiete begleitet sein¹³¹⁸. Eine Gerichtskontrolle exekutivischen Handelns kann nur soweit gehen, als die *vom Gesetzgeber vorgenommene Begriffszuschreibungspraxis* reicht¹³¹⁹. Innerhalb dieses vom formellen Gesetz aufgespannten Rahmens muss eine kontradiktorische, partizipative und interaktive Auseinandersetzung stattfinden können. In Sachgebieten, deren Normierung naturgemäss nicht möglich oder wünschbar ist (z.B. Aussenpolitik), erscheint eine gerichtliche Nachkontrolle weniger sinnvoll.

¹³¹⁴ Vgl. N. 17/39 ff.

¹³¹⁵ Vgl. N. 16/10.

¹³¹⁶ Vgl. N. 4/3 allgemein und N. 10/29 zu Art. 6 EMRK.

¹³¹⁷ Vgl. N. 16/6.

¹³¹⁸ Vgl. Huber, Verwaltungsgerichtsbarkeit 17; Eichenberger, Kontrolle 28; N. 10/29 (zu Art. 6 EMRK). Man könnte hier von einem Verrechtlichungsgebot sprechen, vgl. N. 20/17.

¹³¹⁹ Vgl. N. 4/3 ff. und 15/23.

3 Ein Teil der Lehre und die Verfahrensgesetzgebung von Bund und manchen /266 Kantonen¹³²⁰ unterscheiden die folgenden Kategorien von Ausschlüssen bzw. Kognitionsbeschränkungen der gerichtlichen Zuständigkeit in Verwaltungstreitsachen:

- Ausschluss bestimmter Sachgebiete infolge ihrer mangelnden Justitiabilität: Actes de gouvernement im Sinne der französischen Praxis (Abschnitt II);
- Entscheide in Anwendung "unbestimmter Rechtsbegriffe" (III);
- Entscheide im Bereiche des Ermessens (IV);
- Verfahrensrechtlich motivierte Ausschlüsse, vor allem zum Zweck der Koordination mit andern Rechtsmittelverfahren (V);
- gewisse systemimmanente Schranken des Gerichtszugangs (VI).

Im folgenden werden diese Ausschlussgründe und Kognitionsbeschränkungen des Bundes und beispielhaft der Kantone vor dem Hintergrund des Gesetzmässigkeitsprinzips und der methodologischen Untersuchungen auf ihre funktionalrechtliche Berechtigung hin geprüft. Es ist indessen an dieser Stelle besonders hervorzuheben, dass die Kantone Zug, beide Unterwalden, Schaffhausen und neuerdings Appenzell A.Rh.¹³²¹ eine lückenlose Generalklausel kennen. In diesen Ordnungen stellt sich also nur das Problem der zureichenden (vertikalen) Kognition des Verwaltungsgerichts.

Damit das Verwaltungsgericht seinen Rechtsschutzauftrag vollumfänglich wahrnehmen kann, bedarf es einer hinreichenden Entscheidkompetenz: Es muss die festgestellte Rechtswidrigkeit wirksam beseitigen können (VII). /267

¹³²⁰ Vgl. Art. 99-101 OG. Das Muster des Bundes fand in manchen Kantonen Nachahmung, vgl. z.B. Art. 75, 76 und 77 VRP VS; Art. 76-78 VRP BE; Art. 162-164 CPA JU; § 150 VRP LU; Art. 106 VRP GL usw.; in Luzern und Glarus ist der Negativkatalog stark gekürzt.

¹³²¹ Vgl. Art. 34 VRP SH (vgl. Marti, Verwaltungsgerichtsbarkeit 159 ff.; Häfelin/Müller, Grundriss 314); Art. 28 Abs. 2 GerG NW (eine Ausnahme wurde bislang nicht vorgesehen); Art. 63 GOG OW und Art. 8 VVGW OW (eine Einschränkung wurde nicht vorgesehen); § 61 VRP ZG (vgl. Meyer, Verwaltungsrechtspflege 182 ff.), und neuerdings auch Appenzell A.Rh., vgl. Art. 9 GV AR; vgl. zur Urner Lösung, die dem Ergebnis nahekommt: Art. 55 VRPV UR und dazu N. 12/6.

II. Ausnahmen von der Generalklausel: Actes de gouvernement

1. Entstehung

4 In allen rechtsstaatlich orientierten Ländern mit einer ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit hat sich das Problem gestellt, ob gewisse, nicht justitiable¹³²² Akte der Regierung einer Gerichtskontrolle entzogen sein sollten. In Frankreich¹³²³ hatte der Conseil d'État die Lehre der sog. *Actes de gouvernement* entwickelt, die auf viele Länder ausstrahlte¹³²⁴. Das oberste französische Verwaltungsgericht hatte sich dabei auf eine gesetzliche Bestimmung gestützt, welche keine Beurteilung von Streitsachen vorsah, "qui n'appartiendrait pas au contentieux administratif"¹³²⁵. Diese Klausel wirkte nachgerade als *Kristallisationskern* für die späteren Actes de gouvernement.

5 Nach der konstanten Praxis des Conseil d'État und des Tribunal des Conflicts¹³²⁶ gibt es Akte der Regierung, "échappant par leur nature au contrôle /268

¹³²² Vgl. Hug, Regierungsfunktion 293; Leuthold, Prüfungsdichte 194 ff.; Kassimatis Georg, Der Bereich der Regierung, Berlin 1967, S. 163; J.P. Müller, Grundrechte 41 f. m.w.H.; J.P. Müller, Elemente 29, 47 f., 64 f.

¹³²³ Vgl. zur Entwicklungsgeschichte z.B. Fromont, Rechtsschutz 194 ff.; Auby/Fromont, Recours 231 f.

¹³²⁴ Die britischen Acts of State, die amerikanische Political-Question-Doktrin und deutschen Regierungsakte können hier wegen ihres spezifischen Bezuges zur englischen, amerikanischen und deutschen Verfassungsordnung nicht behandelt werden, vgl. Hänni, Klage 175; Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit 526; Jenny, Begriff 66 ff.; Leuthold, Prüfungsdichte 60 ff., insb. S. 69 ff.; Schwander, Regierungsfunktion 54 ff.; Bauer, Gerichtsschutz 144; Ule, Verwaltungsprozessrecht 197 ff.; Haller, Supreme Court 180 ff.; Petersmann Ernst-Ulrich, Act of state doctrine, Political question doctrine und gerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, JöR 1976, S. 587 ff.; Bernstine Daniel O., The political question doctrine: a perspective on its procedural ramifications, University of Kansas Law Review 1982/83 115 ff.; Herdegen Matthias, Landesbericht Grossbritannien, in: Frowein, Kontrolldichte 38 ff., insb. S. 56 m.w.H.; Nolte Georg, Landesbericht USA, in: Frowein, Kontrolldichte 172 ff., insb. S. 195 f., 199, 203 ff.

¹³²⁵ Vgl. Art. 47 der loi organique du Conseil d'État vom 3.3.1849 und fast gleichlautend Art. 26 des entsprechenden Gesetzes vom 24.5.1872; vgl. Lerche, Landesbericht Frankreich 31 Anm. 179.

¹³²⁶ Auch der Conseil constitutionnel der V. Republik tritt auf solche Beschwerden nicht ein,

des tribunaux"¹³²⁷. Der Begriff der "actes de gouvernement" wird von der französischen Rechtsprechung nur selten verwendet¹³²⁸; er wird vor allem von der Lehre gebraucht¹³²⁹. Handelt es sich bei einem Verwaltungsakt oder einer Massnahme um einen Acte de gouvernement, so sprechen die französischen Verwaltungsgerichte ein "non-recevoir" aus. Eine abstrakte Definition besteht nicht, vielmehr anerkennt die *aktuelle französische Praxis* folgende Handlungen als Actes de gouvernement¹³³⁰:

6 a) Alle Akte, welche die *Beziehungen zwischen Regierung und Parlament* (bzw. Kammern) betreffen, so die Gesetzesinitiative¹³³¹, die Bekanntmachung und Inkraftsetzung der Gesetze¹³³² oder folgende Handlungen des Staatspräsidenten: die Referendumsunterstellung von Gesetzesentwürfen¹³³³, die Anrufung des Notstandsartikels 16 der französischen Verfassung¹³³⁴ oder die Auflösung der französischen Nationalversammlung¹³³⁵.

b) Alle Akte, welche die *internationalen Beziehungen* betreffen, so namentlich:

vgl. aber die Ausnahme: Urteil Delmas vom 11.6.1981, *Actualité juridique - droit administratif* 1981 357 und dazu Koenig, *Statut* 35 Anm. 21.

¹³²⁷ Vgl. Laubadère/Venezia/Gaudemet, *Traité* 549; Eisenmann Charles, *Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht*, *JöR* 1953, 1 ff. insb. S. 2.

¹³²⁸ Vgl. die Erwähnung in zwei Urteilen: Tribunal des Conflits vom 24.6.1954 (Barbaran), *Recueil des décisions du conseil d'État* ("Recueil Lebon") 1954, S. 712 und Conseil d'État vom 2.3.1962 (Rubin de Servens), *Revue de Droit Public* 1962 294.

¹³²⁹ Vgl. Laubadère/Venezia/Gaudemet, *Traité* 549; Pontier, *Contrôle* 50 f.; Schilling, *Unterstellung* 93.

¹³³⁰ Eine ausführliche Darstellung zu den Actes de gouvernement findet sich im Handbuch: Long Marceau et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10^e Édition, Paris: Sirey 1993; vgl. zur älteren Praxis: Auby/Fromont, *Recours* 231 f.; Braibant/Questiaux/Wiener, *Contrôle* 283 f.; Schwander, *Regierungsfunktion* 45 f.; Schilling, *Unterstellung* 92 ff.; Debbasch, *Contentieux* 65 ff.; Knapp, *Legalité* 60 ff.

¹³³¹ Vgl. Conseil d'État vom 29.11.1968, *Recueil des décisions du conseil d'État* 1968 607 (Tallagrand) oder *Revue de Droit Public* 1969 686.

¹³³² Conseil d'État vom 3.11.1933 (Desrumeaux), *Recueil Sirey* 1934 9 oder *Recueil Dalloz* (Jurisprudence) 1934 36 und dazu: Sauvignon Edouard, *La promulgation des lois: réflexions sur la jurisprudence Desrumeaux*, *Revue de Droit Public* 1981 989 ff.

¹³³³ Gemäss Art. 11 frzVerf, vgl. Conseil d'État vom 19.10.1962 (Brocas), *Revue de Droit Public* 1962 1181.

¹³³⁴ Conseil d'État vom 2.3.1962 (Rubin de Servens), *Revue de droit public* 1962 288.

¹³³⁵ Conseil d'État vom 20.2.1989, *Revue française de droit administratif* 1989 868.

- Verhandlungen über Staatsverträge, Paraphierung, Ratifikation oder Kündigung¹³³⁶, sämtliche Akte, welche die direkten Beziehungen von Staat zu Staat berühren¹³³⁷ und Verbalnoten des französischen Außenministers über Ausweisungsbegehren¹³³⁸;
- Handlungen der französischen Diplomaten im Ausland in Erfüllung ihrer diplomatischen Aufgaben¹³³⁹;
- Akte im Bereiche der Kriegsführung und Kriegshandlungen im allgemeinen¹³⁴⁰;
- Entschiede der französischen Regierung, eine Rechtsstreitigkeit (nicht) vor einen internationalen Gerichtshof zu bringen¹³⁴¹.

7 Die französische Rechtspraxis hat mit der "*règle de la détachabilité*" die Bedeutung der Actes de gouvernement, welche die internationalen Beziehungen betreffen, in den letzten Jahrzehnten relativiert¹³⁴². Lassen sich von den unanfechtbaren, internationalen Akten die innerstaatlichen Akte der Exekutive "abtrennen", so sind diese Akte der richterlichen Prüfung zugänglich. Danach ist ein aussenpolitisch begründeter Verwaltungsakt nur dann ein Acte de gouvernement, wenn er vom Vertrag zwingend vorgeschrieben ist. Räumt der Vertrag der französischen Regierung einen Handlungsspielraum ein, so

¹³³⁶ Conseil d'État vom 20.10.1954 (Raurin et Mérienne), Recueil Dalloz 1955 361.

¹³³⁷ Conseil d'État vom 26.2.1975 (Lemaître), Semaine Juridique 1976-II-18376.

¹³³⁸ Conseil d'État vom 26.7.1985 (M^{lle} Solis Estarita), Actualité juridique - droit administratif 1985 628. Die Ausweisung von Ausländern stellt jedoch keinen Acte de gouvernement dar, vgl. Debbasch, Contentieux 67; auch die Nichtauslieferung internationaler Terroristen an einen andern Staat ist kein Acte de gouvernement, vgl. Conseil d'État vom 15.10.1993 (Royaume-Uni), Revue française de droit administratif 1993 1193.

¹³³⁹ Conseil d'État vom 13.7.1979 (Coparex), Actualité juridique - droit administratif 1980 371. Zivilstandshandlungen des konsularischen oder diplomatischen Personals stellen keine Actes de gouvernement dar, vgl. Debbasch, Contentieux 67.

¹³⁴⁰ Conseil d'État vom 5.3.1926 (Panisse), Recueil des décisions du Conseil d'État 1926 245; präzisierend Conseil d'État vom 30.3.1966 (Guyot et Sté Ignazio Messina), Revue de droit public 1966 789 und Conseil d'État vom 11.7.1975 (Paris de la Bollardière et a.), Actualité juridique - droit administratif 1975 455.

¹³⁴¹ Conseil d'État vom 9.1.1952 (Gény), Recueil des décisions du Conseil d'État 1952 19, 79; Conseil d'État vom 25.3.1988 (Sté. s.a. p.v.i.n.) Droit administratif 1988 No. 286: Weigerung, einen Rechtsstreit vor den internationalen Gerichtshof zu bringen.

¹³⁴² Vgl. Manfrini, Contentieux 417 f.; Auby/Fromont, Recours 232; Laubadière/Venezia/Gaudemet, Traité 417 f.; Debbasch, Contentieux 71, 72; Lerche, Landesbericht Frankreich 33 f.; Schwander, Regierungsfunktion 46 f.

liegt ein Acte détachable vor. So wurde das Verbot der Lieferung nuklearer Materialien nach Pakistan infolge des Spielraums der französischen Regierung als ein solch abtrennbarer Akt klassifiziert¹³⁴³. Ebenso ist der Entscheid über die Nichtauslieferung internationaler Terroristen an einen andern Staat /270 von der Pflege der diplomatischen Beziehungen, die allein der Regierung zusteht, abtrennbar¹³⁴⁴.

8 Der Conseil d'État hat mit der GISTI-Entscheidung¹³⁴⁵ eine wichtige Rechtsprechungsänderung vollzogen. Nach einer über 160jährigen Praxis legte der französische Aussenminister internationale Verträge im Sinne von Actes de gouvernement abschliessend aus¹³⁴⁶. Der Conseil d'État gab diese Praxis im GISTI-Urteil auf, weil er darin einen Verstoss gegen Art. 6 EMRK sah¹³⁴⁷. Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im später ergangenen Urteil Beaumartin¹³⁴⁸ diese Ansicht bestätigt. In der jüngeren Rechtsprechung tendiert der Conseil d'État zu einer engen Auslegung der Actes de gouvernement¹³⁴⁹; auf diese Weise findet in Frankreich eine nahezu *lückenlose gerichtliche Verwaltungskontrolle* statt.

2. Begründung

9 Die französische Lehre hat mehrere Theorien zur Begründung der Actes de gouvernement entwickelt¹³⁵⁰. Die wichtigsten Ansätze seien vor dem Hintergrund der hier vertretenen methodologischen Auffassungen¹³⁵¹ kurz beleuchtet.

¹³⁴³ Vgl. Conseil d'État vom 19.2.1988 (Société Robatel SLPI), Recueil Dalloz 1988 365.

¹³⁴⁴ Conseil d'État vom 15.10.1993 (Royaume-Uni), Revue française de droit administratif 1993 1193; Conseil d'État vom 14.12.1994 (Suisse), RUDH 1994 478 ff., insb. S. 491 oder VPB 1994 Nr. 132, S. 796 ff.

¹³⁴⁵ Vgl. Conseil d'État vom 29.6.1990, Recueil Dalloz Sirey 1990 560 f.

¹³⁴⁶ Selbstverständlich trifft dies für die EU-Verträge und die Europäische Menschenrechtskonvention nicht zu, da hier internationale Rechtsprechungsinstanzen eingesetzt werden.

¹³⁴⁷ Vgl. Lerche Clemens, Die Kompetenz des französischen Conseil d'État zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge, ZaöRV 1990 869 ff.; Lerche, Landesbericht Frankreich 33. EGMR/A 296-B, §§ 34 ff.

¹³⁴⁸ Vgl. Lerche, Landesbericht Frankreich 32 ff.

¹³⁴⁹ Vgl. Debbasch, Contentieux 68 f.; Laubadère/Venezia/Gaudemet, Traité 554; a.M. Jenny, Begriff 66. Vgl. ausführlich zu weiteren Theorien Rumpf Helmut, Regierungsakte im Rechtsstaat, Bonn 1955, S. 40 ff., insb. S. 46 ff.

¹³⁵⁰

10 a) Als wenig überzeugend¹³⁵² muss die Theorie¹³⁵³ gelten, wonach *politische /271 Staatsakte* gerichtsfrei sein sollen, weil die Politik der richterlichen Rechtsanwendung völlig fremd sei. Diese Theorie wurde schon früh als "dangereuse"¹³⁵⁴ bezeichnet, weil damit jedweder Verwaltungsakt - je nach Konstellation - von einem "non-recevoir" bedroht ist. Rechtsprechung ist *unvermeidlich ein politischer Prozess*¹³⁵⁵.

b) Die *Theorie der legislativen Tätigkeit* begreift die Actes de gouvernement als gerichtsfreie *gesetzgeberische Handlungen*¹³⁵⁶. Es ist zwar richtig, dass z.B. die vom Parlament zu beschliessenden Grossverwaltungsakte "quasi-legislativen" Charakter haben¹³⁵⁷. Gleichwohl lässt sich die Grenze zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung nicht scharf ziehen. Denn aus der Sicht der hier vertretenen Methodologie ist in jedem Akt der Rechtsanwendung auch zugleich ein Akt der *Rechtsbestätigung und Rechtsetzung* enthalten¹³⁵⁸. Die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung eignet sich wegen der fließenden Übergänge nicht zur Ausscheidung gerichtsfreier Akte¹³⁵⁹.

c) Die "*Ermessenstheorie*" wurde nicht nur in Frankreich¹³⁶⁰, sondern auch in der Schweiz¹³⁶¹ vertreten. Danach soll der Regierung im Bereich ihrer Regie-

¹³⁵¹ Vgl. N. 13/1 ff.

¹³⁵² Vgl. Schwander, Regierungsfunktion 47; Schilling, Unterstellung 93; Ule, Verwaltungsprozessrecht 197; Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes Kassel v. 6.2.1980, NJW 1980 2661. Vgl. weitere Argumente von Saladin, Erweiterung 69.

¹³⁵³ So noch die Rechtsprechung des Conseil d'Etat im letzten Jahrhundert, vgl. Laubadère/Venezia/Gaudemet, Traité 549; Debbasch, Contentieux 67 m.w.H.

¹³⁵⁴ Laubadère/Venezia/Gaudemet, Traité 549; Auby/Fromont, Recours 232; vgl. auch Ule, Verwaltungsprozessrecht 197.

¹³⁵⁵ Vgl. N. 16/17.

¹³⁵⁶ Vgl. z.B. Capitant René, De la nature des actes de gouvernement, Mélanges Léon Juillot de la Morandière, Paris 1964, S. 99 ff.

¹³⁵⁷ Vgl. N. 18/20.

¹³⁵⁸ Vgl. N. 14/31 ff. und 15/21 ff.

¹³⁵⁹ Vgl. Schwander, Regierungsfunktion 51.

¹³⁶⁰ Klassisch in diesem Sinne die Ausführungen des Commissaire du gouvernement im Urteil, Conseil d'État vom 23.12.1949 (Comptoir de l'industrie cotonnière et autres), Recueil des décisions du Conseil d'État 1949 567.

¹³⁶¹ Vgl. N. 4/5. Ihre Bezeichnung ist infolge der Verwechslungsgefahr allerdings wenig glücklich.

rungsaufgabe ein "weites Gebiet des freien Ermessens"¹³⁶² zukommen, das keinesfalls gerichtlich nachkontrolliert werden dürfe. Desgleichen haben die europäischen Regierungen von Staaten ohne ausgebaute Verwaltungsgerichtsbarkeit die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK abzuwenden versucht, indem sie den fraglichen Rechtsakt der "pouvoir discrétionnaire" bzw. "discretionary power" der Exekutive zuzuordnen suchten¹³⁶³. Die Ermessensargumentation blieb vor den Konventionsorganen ohne Erfolg; die Strassburger Rechtsprechung anerkennt im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 EMRK keinen gerichtsfreien Ermessensbereich. Der vieldeutige Begriff "Ermessen" muss - damit diese Theorie einen greifbaren Sinn erhält - in einer bestimmten Richtung verstanden werden. Er soll nicht das Rechtsfolge- oder Tatbestandsermessen erfassen, sondern er besitzt einen *eigenen qualitativen Charakter* und bezeichnet Sachgebiete der Regierungstätigkeit, welche infolge ihrer raschen Wandelbarkeit, ihres Geheimnischarakters oder der Notwendigkeit situativen Handelns keiner gesetzlichen Regelung zugänglich sind¹³⁶⁴. Eine so verstandene Ermessenstheorie entspricht der Actes-de-gouvernement-Praxis¹³⁶⁵. *Eine solche Begründung* für die Actes de gouvernement knüpft an den ursprünglichen Gedanken der Verwaltungsgerichtsbarkeit an. Letztere will sich nur im Bereiche des Legalitätsprinzips entfalten. Die prozedurale Freiheitssicherung soll über das blosse Gesetzgebungsverfahren im Parlament hinaus auch in der Anwendung eben dieser Parlamentsgesetze institutionell gesichert werden¹³⁶⁶. In denjenigen Bereichen aber, wo sich das Legalitätsprinzip aus den genannten Gründen nicht realisieren lässt, ist eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle exekutivischen Handelns kaum sinnvoll¹³⁶⁷.

¹³⁶² Vgl. Botschaft zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichts vom 20.12.1911, BBl 1911 V 322 ff., insb. S. 335; die Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 24.9.1965, BBl 1965 II 1265 ff., insb. S. 1268, 1315 f. spricht von "Regierungsakten" oder weiterhin von "Ermessensentscheiden".

¹³⁶³ Vgl. N. 10/30.

¹³⁶⁴ Knapp, *Legalité* 57 betrachtet diese Tatsache aus dem umgekehrten Blickwinkel, wenn er das Legalitätsprinzip durch die Actes de gouvernement in Frage gestellt sieht.

¹³⁶⁵ Ermessenstheorie und Theorie der Regierungsfunktion vertreten materiell die gleichen Postulate, vgl. Hug, *Regierungsfunktion* 199; Schwander, *Regierungsfunktion* 47 f., 52 f.; Debbasch, *Contentieux* 69, G. Müller, *Reservate* 110; Schilling, *Unterstellung* 80 ff.

¹³⁶⁶ Vgl. N. 4/9 in fine und N. 17/36.

¹³⁶⁷ Vgl. N. 18/2. Dagegen kann die Verfassungsgerichtsbarkeit gewisse Lücken in diesem "Ermessensbereich" füllen, vgl. N. 18/21, 7/31, 19/3.

3. Rezeption in der Schweiz

a. Allgemeines

11 Als *gesetzliche Anerkennung der Acte-de-gouvernement-Lehre* haben Bundesrat¹³⁶⁸ und Bundesgericht^{1369, 1370} zu Recht Art. 100 lit. a OG bezeichnet¹³⁷¹. Er nimmt Verfügungen der inneren oder äusseren Sicherheit, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes, der Entwicklungszusammenarbeit, der humanitären Hilfe¹³⁷² und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten¹³⁷³ von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus.

Auf kantonaler Ebene kann es Actes de gouvernement geben¹³⁷⁴, soweit die Beziehungen zwischen den obersten Staatsorganen oder die innere Sicher-

¹³⁶⁸ Vgl. Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, BBl 1965 II 1306, allerdings nur im Hinblick auf Art. 100 lit. a OG; die Literatur hat sich dem weitgehend angeschlossen: Hänni, Klage 175; Macheret, Juridiction 128; Hug, Regierungsfunktion 297 f.; Haller, Supreme Court 8 Anm. 9; Grisel, Traité II 987; Knapp, Legalité 62; Jenny, Begriff 74 Anm. 85 zu weitgehend, der auch die lit. b-d darin eingeschlossen sieht.

¹³⁶⁹ BGE 118 Ib 280 (Entscheide des Fichenbeauftragten, vgl. die Besprechung von Yvo Hangartner, AJP 1992 1576); 110 Ib 4 (Internierungsverfügung des Bundesamtes für Polizeiwesen seien keine Actes de gouvernement), BGE 104 Ib 132, BGE 96 I 735 (Regierungsakte seien "eigentliche Vorbehalte zugunsten der politischen Gewalt"); Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 107; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 59 Anm. 1. In einer Reihe von älteren Entscheiden hatte das Bundesgericht - genau gleich wie der französische Conseil d'État (vgl. N. 7/27) - sich strikte an völkerrechtliche Verträge gehalten, weil deren Abschluss und Kündigung den politischen Bundesbehörden vorbehalten seien, vgl. BGE 49 I 197, 58 I 110 ff., 64 I 266 f.

¹³⁷⁰ Vgl. zur bundesgerichtlichen Zurückhaltung bei der staatsrechtlichen Beschwerde und zu den sog. "Administrativstreitigkeiten" N. 7/27 f.

¹³⁷¹ Art 100 lit. b. Ziff. 4 und lit. d OG enthalten ebenfalls Teilaspekte der Actes de gouvernement.

¹³⁷² 1991 eingefügt: das anwendbare Entwicklungszusammenarbeitsgesetz v. 19.3.1976, SR 974.0 sieht insbesondere staatsvertragliche Formen der Zusammenarbeit vor; die Nähe zu den internationalen Beziehungen ist offenbar.

¹³⁷³ Die Entschädigungsentscheide nach Art. 99 lit. i OG zählen nicht zur Aussenpolitik, sondern stellen gewöhnliche Rechtsanwendungen gestützt auf solche Abkommen dar.

¹³⁷⁴ Vgl. Hug, Regierungsfunktion 284.

heit¹³⁷⁵ der Kantone betroffen sind. Im Bereich der internationalen Beziehungen kommen kantonale Actes de gouvernement wegen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung kaum vor¹³⁷⁶.

12 Die Actes de gouvernement gehen regelmässig von den *obersten Staatsorganen* aus. Nach dem System des Bundes¹³⁷⁷ und mancher Kantone¹³⁷⁸ scheiden die Akte des Parlamentes und der Regierung aus der gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege aus. Das bedeutet allerdings noch nicht, dass die Akte /274 dieser Instanzen stets Actes de gouvernement sind¹³⁷⁹. Im folgenden sollen auch Akte des Parlamentes kurz behandelt werden, obwohl es in dieser Untersuchung primär um den Rechtsschutz gegen die Exekutive geht. Die thematische und sachliche Konnexität rechtfertigt gleichwohl eine Behandlung. Vielfach handelt es sich bei diesen Entscheiden materiell betrachtet um Verwaltungsakte. Zudem wird das Verfahrensrecht zum Erlass dieser Akte teilweise auch von der Verwaltung angewendet. Der Gerichtsschutz *gegen die Exekutive* wird daher in diesem Bereich berührt.

b) Einzelakte der Parlamente

13 Trotz ihrer primären Rechtsetzungsaufgabe¹³⁸⁰ erlassen die Parlamente von Bund und Kantonen vielfach Einzelakte, die in der klassischen Funktionen- teilung der erst- oder oberinstanzlichen Rechtsanwendung zuzuordnen sind. Im folgenden werden *beispielhaft* derartige Akte auf ihre Actes-de-gouvernement- Qualität hin untersucht.

¹³⁷⁵ Nahezu sämtliche Kantone mit der Generalklausel nehmen die Massnahmen der inneren Sicherheit (aufgrund der Polizeigeneralklausel) von der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausdrücklich aus: vgl. z.B. § 150 Abs. 1 lit. a VRP LU; § 54 lit. e VRP SZ; Art. 76 lit. a VRP VS; § 44 Abs. 2 lit. a VPO BL; Art. 106 Abs. 1 lit. a VRP GL; Art. 163 lit. a und b CPA JU; Art. 78 lit. g (Militär) VRP BE; Art. 55 Abs. 1 lit. a VRPV UR; Ausnahmen: Kantone mit einer lückenlosen Generalklausel, vgl. N. 18/3.

¹³⁷⁶ Vgl. Art. 9 und 10 BV. Zu denken wäre etwa an die Kündigung eines kantonalen, völkerrechtlichen Vertrages.

¹³⁷⁷ Ausnahme: Art. 98 lit. a OG.

¹³⁷⁸ Vgl. z.B. Art. 114 und 115 VRP FR; Art. 4 Abs. 2 LJPA VD; Art. 28 LPJA NE: Ent- scheidungen der Regierung sind (mit wenigen Ausnahmen) unanfechtbar.

¹³⁷⁹ So auch Ule, Verwaltungsprozessrecht 197 und Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes Kassel v. 6.2.1980, NJW 1980 2661.

¹³⁸⁰ Vgl. zur Schwierigkeit bei der Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechts- anwendung N. 14/31 ff., 15/21 ff., die hier keine Rolle spielt.

(1) *Fakultativ-fakultative Referendumsunterstellung und Dringlichkeitsklausel*

14 Häufig ermächtigt die Verfassung die Parlamente, bestimmte¹³⁸¹ oder irgendwelche¹³⁸² ihrer Beschlüsse, die grundsätzlich nicht referendumpflichtig sind, einem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum zu unterstellen. Dieses "freiwillige Referendum" kommt nach einem reinen Entschliessungs-ermessensentscheid¹³⁸³ des Parlamentes zum Zug. Der Entscheid betrifft das Verhältnis der Teilorgane Parlament und Volk; im Sinne der französischen Praxis handelt es sich um einen Acte de gouvernement¹³⁸⁴. Die entsprechenden Überlegungen müssen auch für die Anrufung der Dringlichkeitsklausel /275 gelten¹³⁸⁵, zumal das heutige Dringlichkeitsrecht das Referendum nicht mehr grundsätzlich auszuschliessen vermag¹³⁸⁶.

(2) *Begnadigung*

15 Die Begnadigung bedeutet meist den von der Vereinigten Bundesversammlung¹³⁸⁷ oder vom Kantonsparlament¹³⁸⁸ nach Billigkeit ausge-

¹³⁸¹ Vgl. Art. 89 Abs. 4 BV (Genehmigung eines Staatsvertrages).

¹³⁸² Vgl. z.B. § 32 KV SZ; Art. 69 Abs. 1 lit. f KV GL; Art. 2 Abs. 2 Ziff. 7 KV GR; § 24 Abs. 2 KV TG; Art. 35 Abs. 1 lit. k KV SO; Art. 30 Abs. 1 Ziff. 3 KV ZH; Art. 25 Abs. 4 KV UR; Art. 42 Abs. 1 Ziff. 6 KV SH; Art. 79 KV JU.

¹³⁸³ Vgl. Gutachten der Direktion für Völkerrecht v. 16.12.1985, SJIR 1986, S. 50 zu Art. 89 Abs. 4 BV.

¹³⁸⁴ Vgl. N. 18/6.1.

¹³⁸⁵ Vgl. Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit 527 zu Art. 109 Abs. 2 lit. d VE; so die Regelung in § 86 Abs. 3 lit. c KV BL.

¹³⁸⁶ Gemäss Art. 89bis BV kommt immerhin ein nachträgliches Referendum zum Zuge.

¹³⁸⁷ Art. 394 lit. a StGB und Art. 85 Ziff. 7 BV. Die Begnadigung ist nicht so selten, wie Oeter, Landesbericht Schweiz 146 annimmt. Es handelt sich meist um Zollbussen, vgl. z.B. Amtl Bull N 1992 2815. Auch der Bundesrat ist zur Begnadigung zuständig; vgl. VPB 1993 Nr. 40, 1994 Nr. 70.

¹³⁸⁸ Vgl. z.B. Art. 79 Abs. 1 lit. e KV BE; Art. 31 Ziff. 8 und Art. 56 KV ZH; Art. 84 lit. 1 KV JU; Art. 21 und Art. 34 KV GR; § 67 Abs. 1 lit. g KV BL; Art. 67 Abs. 1 lit. d KV SO; Art. 91 lit. h KV GL; § 82 Abs. 1 lit. k KV AG; Art. 48 Ziff. 14 KV AR; § 39 lit. i KV BS; § 56 lit. b KV LU; Art. 84 lit. 1 KV JU. Geringere Strafen sind z.T. in der Zuständigkeit der Regierung. In keinem Kanton findet eine Gerichtspflege des Begnadigungsrechts statt, vgl. Oeter, Landesbericht Schweiz 147.

sprochene Milderung oder ein Verzicht auf die Vollstreckung einer Strafe. Ursprünglich drückte die Begnadigung die Grösse und Huld des Königs bzw. der Regierung aus und wollte - gerade im Zeitalter des Gesetzespositivismus - die unbillig erscheinende Härte des Gesetzes ausgleichen¹³⁸⁹.

16 Das Bundesgericht hält die Begnadigung für einen *Staatsakt sui generis*¹³⁹⁰, der seiner Rechtsnatur nach keine Verfügung und auch kein Urteil darstellt. Die Voraussetzungen der Begnadigung sind "abstrakt formulierbaren, einheitlichen Regeln"¹³⁹¹ nicht zugänglich. Damit scheidet die bundesgerichtliche Überprüfung im Rahmen einer strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde oder einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus¹³⁹². Auf eine staatsrechtliche Beschwerde gegen einen negativen Gnadenentscheid des Kantonsparlamentes tritt das Bundesgericht nicht ein, weil es an rechtlich geschützten Interessen **/276** mangelt¹³⁹³; es sei denn, Parteirechte des Gesuchstellers seien verletzt worden¹³⁹⁴.

17 Es stellt sich die grundlegende Frage, ob die Gnade *ausserhalb und über dem Recht* steht¹³⁹⁵ oder ob sie als *besonderes Rechtsinstitut* der Verwirklichung der Gerechtigkeit dient¹³⁹⁶. Die zuständige Gnadenbehörde

¹³⁸⁹ Vgl. Trechsel, Kommentar, N. 2 zu Vor Art. 394, S. 904.

¹³⁹⁰ BGr v. 28.1.1944, JdT 1944 IV 92; BGE 106 Ia 131; 117 Ia 85 f. In BGE 95 I 546 sprach das Bundesgericht von einem Hoheitsakt, "der ausserhalb des prozessualen Rechtsganges gewährt wird; vgl. Oeter, Landesbericht Schweiz 146 f.

¹³⁹¹ BGE 107 Ia 105.

¹³⁹² Gemäss Art. 268 BStP bzw. Art. 97 ff. OG, vgl. BGE 117 Ia 85 (= Pr. 1993 Nr. 24), 118 Ia 106.

¹³⁹³ Vgl. BGE 117 Ia 85 f. (= Pr. 1993 Nr. 24).

¹³⁹⁴ Vgl. BGE 117 Ia 86; 118 Ia 108 f., vgl. Trechsel, Kommentar, N. 5 zu Vor Art. 394, S. 905; Kälin, Beschwerde 155.

¹³⁹⁵ Vgl. z.B. Merten Detlef, Rechtsstaatlichkeit und Gnade, Berlin 1978, S. 59 ff., 74 ff.; Ule, Verwaltungsprozessrecht 198 f.; vgl. die weiteren Hinweise bei Schenke, Kommentar, N. 233 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

¹³⁹⁶ Vgl. Trechsel, Kommentar, N. 1 zu Vor Art. 394 StGB, S. 904; Schlatter Arthur, Die Begnadigung im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1970, S. 24 ff.; Wolfers Artur, Zur Begnadigung nach zürcherischem Staatsrecht, ZBl 1940 469 f.; Kasser Amédée, La grâce en droit fédéral et en droit vaudois, Diss. Lausanne 1991, S. 175 m.w.H.; Schenke, Kommentar, N. 238 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

entscheidet in einem rechtlich gerade nicht geregelten Freiraum¹³⁹⁷. Die Gnade steht nicht nur in ihrer rechtlichen Nicht-Ausgestaltung, sondern auch aus ihrer geschichtlichen Herkunft *über* dem Recht. Die Begnadigung ist in diesem traditionellen Sinne ein Acte de gouvernement¹³⁹⁸. Allerdings darf im Rechtsstaat die Gnadenbehörde nicht nach einem willkürlichen, ungebundenen und freien Belieben entscheiden. Sie darf etwa "bei gleichen tatsächlichen Verhältnissen nicht einem Gesuchsteller entsprechen, das Gesuch des anderen aber ablehnen"¹³⁹⁹. Sie ist also an das Gebot der Rechtsgleichheit und ebenso an das materielle Willkürverbot gebunden. Gerade letzteres ist bedeutsam, da die Gnade und das Willkürverbot auf die eine, unteilbare Gerechtigkeit auszurichten sind. Insoweit sollte eine beschränkte verfassungsgerichtliche Kontrolle bestehen¹⁴⁰⁰. Eine weitergehende verwaltungsrichterliche Kontrolle - selbst gegen Gnadenentscheide der Regierung - ist mit dem so ausgebildeten Gnadenrecht kaum vereinbar¹⁴⁰¹.

18 Die umfangreiche deutsche Gnadendiskussion kann nicht unbesehen auf die schweizerischen Verhältnisse übertragen werden¹⁴⁰². Sobald nämlich die Gnade als Institut der Rechtsordnung in rechtliche Bahnen gewiesen wird - wie das in Deutschland weitgehend der Fall ist - fragt es sich, ob nicht eine Gerichtskontrolle daran anschliessen *muss*¹⁴⁰³. Mit einer ausdifferenzierten Gnadenpraxis und gar ihrer rechtsatzmässigen Fixierung begibt sich die Gnadenbehörde allerdings ihres besonderen Hoheitsrechtes und ihrer Gross-

¹³⁹⁷ Anders ist die Situation bei der bedingten Entlassung, vgl. N. 11/19 ff.

¹³⁹⁸ In Frankreich wurde der Gnadenakt des Staatspräsidenten (vgl. Art. 17 frzVerf) früher als Acte de gouvernement angesehen. Die aktuelle Praxis behandelt ihn nicht mehr als solchen, gleichwohl kann er aus prozessrechtlichen Gründen nicht vom Conseil d'État kontrolliert werden, vgl. Conseil d'État vom 28.3.1947 (Gombert), Recueil du décisions du Conseil d'État 1947 138; Debbasch, Contentieux 66; Lerche, Landesbericht Frankreich 34 Anm. 197; Schwander, Regierungsfunktion 46.

¹³⁹⁹ BGE 95 I 544.

¹⁴⁰⁰ Vgl. N. 18/21 m.H. Schenke, Kommentar, N. 238 zu Art. 19 Abs. 4 GG fordert zumindest eine Grundrechtsbindung der Begnadigung.

¹⁴⁰¹ Für eine "milde" Bindung des Gnadenaktes an das Recht: G. Müller, Reservate 113; Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Bern 1989, S. 285.

¹⁴⁰² Vgl. G. Müller, Reservate 112 Anm. 13, 14 m.H.

¹⁴⁰³ So die überwiegende Lehrmeinung in Deutschland: vgl. Schenke, Kommentar, N. 232 zu Art. 19 Abs. 4 GG m.H.

zügigkeit¹⁴⁰⁴. Die verrechtlichte Gnade erhält einen anderen Charakter; sie verliert ihre ursprüngliche Rechtfertigung. Die Umschreibung inhaltlicher Voraussetzungen ist geradezu irreführend, wenn nicht die verfahrensrechtliche Möglichkeit besteht, diese Voraussetzungen vor einem "unabhängigen Forum"¹⁴⁰⁵ prüfen zu lassen. Auch die Gewährung eines *bedingten Gnadenentscheides* rückt die Gnade in die Nähe des Rechts und ruft förmlich nach einer Gerichtskontrolle. Im Streitfall wird immer umstritten sein, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht¹⁴⁰⁶. /278

(3) *Rechtspflegeentscheide*

19 Die Bundesversammlung ist ausnahmsweise oberinstanzliche Rekursbehörde gegen Entscheide des Bundesrates¹⁴⁰⁷; es handelt sich sachlich um den schmalen Zuständigkeitsbereich des Bundesrates der von der Gesetzgebung vorbehaltenen "Administrativstreitigkeiten"¹⁴⁰⁸ im Bereich der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 113 Abs. 2 BV). Der Sache nach geht es in diesen Fragen um Verfassungsrechtspflege. Die Rechtspflegeentscheide der Bundesversammlung sollten in die abschliessliche verwaltungs- oder verfassungsgerichtliche Zuständigkeit überführt werden¹⁴⁰⁹, da das Parlament ein denkbar ungeeignetes

¹⁴⁰⁴ Damit ist auf dem parallelen Gebiet des Kirchenrechts die berühmte These von Rudolf Sohm, vgl. Kirchenrecht, Erster Band, Nachdruck, München/Leipzig 1923, S. 459 angesprochen: "Das Kirchenrecht steht im Widerspruch mit dem Wesen der Kirche. Die wahre Kirche, die Kirche Christi kennt kein Kirchenrecht".

¹⁴⁰⁵ Fleiner, Bundesstaatsrecht 443.

¹⁴⁰⁶ Gl. A. Bleckmann, Staatsrecht II 993 und Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 30, 108 ff. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht etwa die Gnadenbehörde das Eintreten der Bedingung feststellen kann, sondern eine untergeordnete Verwaltungsbehörde, welche dann selbst die Rückversetzung in den Strafvollzug anordnet (so in BGE 118 Ia 105). Ihre Tätigkeit gleicht stark der Rückversetzung bei der bedingten Entlassung, wo es im Hinblick auf Art. 5 Abs. 4 EMRK ein Problem geben kann, vgl. N. 11/19 ff.

¹⁴⁰⁷ Vgl. Art. 85 Ziff. 12 BV; siehe dazu Art. 79 VwVG (Beschwerde an die Bundesversammlung gegen Beschwerdeentscheide des Bundesrates gemäss Art. 73 Abs. 1 lit. a oder b VwVG). In der Praxis kommt es vereinzelt zu derartigen Entscheiden, vgl. Aubert, Kommentar, N. 190 zu Art. 85 BV Anm. 162 m.w.H.; auch der Kruzifix-Entscheid (BGE 116 Ia 252) wäre in der Zuständigkeit der Bundesversammlung gelegen.

¹⁴⁰⁸ Vgl. N. 7/27.

¹⁴⁰⁹ Vgl. Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit 509.

"Gericht" darstellt¹⁴¹⁰. Entsprechendes muss auch für die bloss noch rudimentär vorhandene parlamentarische Rechtspflege in den Kantonen gelten¹⁴¹¹.

(4) *Grossverwaltungsakte*

20 Gewisse Verwaltungsakte haben infolge ihrer wirtschaftlichen, ökologischen oder sonstwie politischen Tragweite eine derartige Bedeutung, dass der abschliessende Entscheid nicht der Regierung, sondern dem Parlament zusteht. Es handelt sich um Grossverwaltungsakte, welche infolge ihrer erheblichen politischen Bedeutung und ihres Ausmasses vom Parlament in einem "*quasi-gesetzgeberischen Akt*"¹⁴¹² gesetzt werden. Namentlich die Erteilung von Wasserkraftwerkkonzessionen¹⁴¹³ sowie von atomrechtlichen Rahmenbewilligungen wird¹⁴¹⁴, obwohl materiell betrachtet ein Verwaltungsakt vorliegt, dem Parlament zugewiesen. Eine verwaltungsgerichtliche Anfechtung bleibt nach positivem Recht ausgeschlossen. Die Erteilung einer Wasserkraftwerkkonzession oder einer Rahmenbewilligung hängt regelmässig vom Entschliessungsermessen ab, das gerichtlich nicht überprüfbar ist. Insofern ist die abschliessende parlamentarische Zuständigkeit unproblematisch. Diese Konzessionen und Bewilligungen genügen indessen noch nicht, vielmehr sind eine Reihe weiterer Bewilligungen erforderlich, damit das Projekt in Angriff genommen werden kann. Diese "begleitenden" und *abtrennbaren* Bewilligungen¹⁴¹⁵ sind - wie das Verfahrensrecht - ohne weiteres einer gerichtlichen

¹⁴¹⁰ Vgl. N. 19/13.

¹⁴¹¹ Vgl. z.B. Art. 76 Abs. 1 lit. e KV SO; Art. 41 Ziff. 7 KV SH; § 41 lit. k KV ZG. Siehe in diesem Sinn die schriftliche Stellungnahme zur Motion Walter Weber vom 23.11.1988: Kantonsrat als Beschwerdeinstanz, Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Solothurn vom 4.4.1989, Nr. 1146/1989, M 292/88.

¹⁴¹² Insoweit hat die Theorie der legislativen Tätigkeit (vgl. N. 18/10 lit. b) eine gewisse Berechtigung.

¹⁴¹³ Vgl. z.B. Art. 14 Ziff. 16 KV SH; Art. 44 Ziff. 11 KV VS (Bergwerks-Konzessionen); Art. 91 lit. e KV GL. Konzessionen sind nach ihrer Natur gemischte Akte, Verfügungen mit vertragsähnlichem Charakter, vgl. Rhinow/Krähenmann, Ergänzungsband 142 f.

¹⁴¹⁴ Vgl. Art. 100 lit. u OG (alle Verfügungen im Zusammenhang mit Kernanlagen) und dazu Art. 8 des Bundesbeschlusses zum Atomgesetz v. 6.10.1978, SR 732.01; weitere solche Grossverwaltungsakte sind: Erteilung von Eisenbahnkonzessionen, von Enteignungsrechten oder Seeregulierungen, vgl. Dubach, Verwaltungsgericht 655. Siehe bei Kernkraftwerken die interessante französische Lösung: Hélin, Contrôle 89 ff., insb. S. 94 f.; Lerche, Landesbericht Frankreich 22 ff.

¹⁴¹⁵ Vgl. Manfrini, Contentieux 416 f.

Rechtspflege zugänglich, denn es handelt sich um die gewöhnliche Anwendung des einschlägigen, Bau-, Planungs- und Umweltschutzrechts. Das Entschliessungsermessen über das "Ob" wird von diesen Bewilligungen nicht berührt.

Die entsprechenden Verwaltungsreferenden entwickeln die direkte Demokratie konsequent weiter¹⁴¹⁶. Das Entschliessungsermessen wird danach vom Volk ausgeübt. Eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung scheidet in gleichem Sinne wie bei der parlamentarischen Zuständigkeit aus.

21 Zu beachten bleibt, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichtes stets eine Kontrolle der kantonalen Akte sicherstellt¹⁴¹⁷. Im übrigen sichert auch Art. 25 EMRK eine internationale Kontrolle aller schweizerischen Akte zu¹⁴¹⁸. So ist zur Zeit die schwierige Frage in Strassburg anhängig, ob die atomrechtliche Betriebsbewilligung des Bundesrates für das Kernkraftwerk Mühleberg Garantien der Konvention, namentlich Art. 6 Abs. 1 EMRK, verletzt¹⁴¹⁹.
/280

c) *Volksentscheide und Abstimmungserläuterungen*

22 In Bund und Kantonen knüpfen Volksentscheide ausnahmslos¹⁴²⁰ an Parlamentsbeschlüsse an; ihr *Ergebnis* ist deshalb konsequenterweise, wie dies Art. 100 lit. p OG und die kantonalen Verfahrensgesetze¹⁴²¹ vorsehen,

¹⁴¹⁶ Vgl. Art. 19 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. d KV BE; Art. 25 Abs. 2 lit. e KV UR; Art. 2bis KV GR.

¹⁴¹⁷ Vgl. N. 7/1 ff., insb. N. 7/31 und N. 19/3.

¹⁴¹⁸ Vgl. N. 24/6 f.

¹⁴¹⁹ Vgl. Beschwerde Nr. 22110/93, U. Balmer-Schafroth und neun weitere Beschwerdeführer gegen die Schweiz, vgl. näheres bei Kley-Struller, Anspruch 41 Anm. 222 m.w.H. sowie ausführlich: Andreas Kley-Struller, Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995 (im Druck).

¹⁴²⁰ Die einzige mir bekannte Ausnahme: Art. 53 Abs. 1 Ziff. 3 KV NW (Verordnungen des Regierungsrates polizeilicher Natur).

¹⁴²¹ Parlaments- und Volksentscheide sind wie im Bund regelmässig ausgenommen, vgl. Art. 77 lit. a und b, Art. 78 lit. a VRP BE; § 150 lit. d VRP LU; Art. 106 Abs. 1 lit. b VRP GL; Art. 55 Abs. 1 lit. c VRPV UR (Erwahrung); vielfach ist eine Aufzählung nicht notwendig, weil das Volk systemimmanent ausgeschlossen ist; es ist keine "Vorinstanz": § 43 Abs. 1 VPO BL; Art. 114 VRP FR; § 49 VRP SO. Das als besondere Ausnahme zuständige Schwyzer Verwaltungsgericht (vgl. § 51 lit. c, d und e VRP SZ) darf das Verfahren, nicht aber das Abstimmungsergebnis als solches prüfen; vgl. Entscheide der

unanfechtbar, selbst wenn es sich materiell um (Gross-) Verwaltungsakte handeln sollte. So ist bei den kantonalen Referenden über Wasserrechtskonzessionen¹⁴²² das *Entschliessungsermessen* der Stimmbürger entscheidend. Selbstverständlich ist bei solchen Grossvorhaben das Bau- und Umweltschutzrecht wie bei gewöhnlichen Projekten vorgängig anzuwenden; insofern ist eine gerichtliche Rechtspflege unbedingt erforderlich¹⁴²³.

23 Freilich muss die *Einhaltung des Abstimmungs- und Wahlverfahrensrechts* durch die Verwaltungsbehörden bei Volksabstimmungen und -wahlen unbedingt einer verwaltungs- oder verfassungsgerichtlichen Prüfung zugänglich sein¹⁴²⁴. Eine solche Kontrolle *kantonaler Abstimmungsentscheide* übt das Bundesgericht über die Stimmrechtsbeschwerde gemäss Art. 85 lit. a OG schon seit langem effizient aus. Einige Kantone haben die Bedeutung einer gerichtlichen Pflege des Verfahrensrechts anerkannt und eine verwaltungs- /**281** gerichtliche¹⁴²⁵ oder verfassungsgerichtliche¹⁴²⁶ Kontrolle eingeführt. Damit besteht zusammen mit der Stimmrechtsbeschwerde des Art. 85 lit. a OG eine zweistufige Gerichtskontrolle.

Gerichte und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz 1992 Nr. 3, S. 8 ff. zu § 51 lit. c VRP SZ.

¹⁴²² Vgl. Art. 79 Abs. 2 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. d KV BE; Art. 25 Abs. 2 lit. e KV UR; Art. 2bis KV GR.

¹⁴²³ Nicht alle Verwaltungsreferenden sind von einem solchen Entschliessungsermessen geprägt. Im einzelnen müsste dies für jede einzelne Kategorie geprüft werden, z.B. Pläne (nur unproblematisch, soweit sie bloss behördenverbindlich sind, ansonsten ist z.B. bei kommunalen Zonenplänen bereits aus Gründen des Art. 6 Abs. 1 EMRK eine Gerichtskontrolle notwendig, vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 41 Anm. 2 und 5); z.B. Entscheide betreffend das Ausgabenreferendum können wie Verfügungen wirken; der Recall und Vorentscheide im Verfahren der Verfassungsrevision (z.B. Einsetzung eines Verfassungsrates) stellen dagegen klassische Actes de gouvernement dar.

¹⁴²⁴ Vgl. Saladin, Erweiterung 69.

¹⁴²⁵ Vgl. § 51 lit. c, d und e VRP SZ; vgl. Entscheide der Gerichte und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz 1992 Nr. 3, S. 8 ff.; Art. 114 VRP GL.

¹⁴²⁶ Vgl. § 86 Abs. 2 lit. a KV BL; Art. 104 Abs. 2 lit. c KV JU und Art. 202 ff. CPA JU; Art. 69 Ziff. 1 KV NW und Art. 31 Ziff. 1 GerG NW; § 49 Abs. 1 lit. a KV BS sieht nur für die Frage der Gültigkeit von Volksinitiativen eine verfassungsgerichtliche Prüfung vor; ansonsten bleibt es bei der Kontrolle durch die politischen Instanzen (vgl. § 27 Abs. 3 KV BS).

24 Im *Bund* ist zum Schutz des Verfahrensrechts bei Abstimmungen und Wahlen nur ein rudimentärer gerichtlicher Schutz vorgesehen¹⁴²⁷. Art. 100 lit. p OG und die Sonderordnung der Art. 77 ff. BPR¹⁴²⁸ schliessen die Beschwerde an das Bundesgericht über das Abstimmungsergebnis und damit zugleich über Verfahrensmängel¹⁴²⁹ aus. Die Volksabstimmungen und Wahlen werden von der Exekutive durchgeführt; die Einhaltung des Abstimmungsverfahrensrechts muss daher gerichtlich geprüft werden können. Vor allem die *Abstimmungs-erläuterungen des Bundesrates* müssten einer (beschränkten) Gerichtskontrolle unterworfen werden, wie es bei den Erläuterungen der Kantonsregierungen der Fall ist¹⁴³⁰. Beim Erlass des Bundesgesetzes über die politischen Rechte äusserte man in den Räten die Erwartung, der Bundesrat werde sich schon aus politischen Gründen an sachliche Erläuterungen halten. Dies trifft in bezug auf die im Bundesrat vertretenen politischen Parteien durchaus zu. Die kleinen Gruppierungen, die häufig Verfassungsinitiativen lancieren, haben aber diesen politischen Schutz nicht und können sich gegen die manchmal als unsachlich empfundenen Erläuterungen¹⁴³¹ des Bundesrates nicht wehren./282

¹⁴²⁷ Vgl. Wildhaber, Kommentar, N. 143 zu Art. 121/122 BV.

¹⁴²⁸ BGr v. 24.1.1985, ZBl 1985 411; BGr v. 3.2.1992, ZBl 1992 310.

¹⁴²⁹ Vgl. VPB 1984 Nr. 54, S. 403.

¹⁴³⁰ Stimmrechtsbeschwerde des Art. 85 lit. a OG, vgl. z.B. zu kantonalen Erläuterungen BGE 99 Ia 622; 105 Ia 153; 112 Ia 130; 112 Ia 335; 117 Ia 146. Die Abstimmungserläuterungen können niemals einen "Regierungsakt" im Sinne der Actes-de-gouvernement-Lehre darstellen, da Art. 11 Abs. 2 BPR "sachliche" Erläuterungen vorschreibt. A.A. BGr v. 3.2.1992, ZBl 1992 308 ff., insb. 310; BRB v. 9.5.1979, VPB 1980 Nr. 2, S. 28: Der Hinweis auf das Votum Amstad im Amtl Bull S 1976 518 ist irreführend; in der Beratung war nie von einem Regierungsakt die Rede.

¹⁴³¹ Vgl. Weder Ulrich, Die innenpolitische Neutralität des Staates, Diss. Zürich 1981, S. 62 Anm. 15 m.H.

III. Gerichtliche Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen?

1. Gerichtliche Prüfung der Sachverhalts- und Rechtsfragen und das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe

25 Der grundsätzliche Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle erstreckt sich nach traditioneller Lehre auf die Prüfung der *Rechtsfragen*, d.h. des gesamten anwendbaren, einschlägigen Rechts, so des Gesetzes-, Verwaltungs- und des unmittelbar anwendbaren Verfassungs- und Völkerrechts. Das Verwaltungsgericht hat aus Gründen des Individualrechtsschutzes *auch* den *Sachverhalt* umfassend zu überprüfen¹⁴³². Denn nach den methodologischen Untersuchungen ergibt sich eine Gesetzesauslegung und -anwendung aus den Interaktionen der Akteure unter Anrufung von Normen in einer *kontext-abhängigen Situation*¹⁴³³. Der Ausschluss der gerichtlichen Sachverhaltsprüfung würde den Gerichtszugang in einem ganz wesentlichen Punkt verhindern. Die bloße Prüfung der Rechtsfragen könnte den gerichtlichen Individualrechtsschutz faktisch zurücknehmen. Denn die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatbestandsfragen ist letztlich nicht praktikabel¹⁴³⁴. Rechts- und Tatbestandsfragen lassen sich nicht klar auseinanderhalten, denn die "aussersprachliche Wirklichkeit" (Tatbestand) lässt sich von der Sprache (Rechtsnormen) nicht scheiden¹⁴³⁵.

26 Die Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsgerichten und Exekutive stellt im Hinblick auf die unbestimmten Rechtsbegriffe eine eigentliche

¹⁴³² Darüber herrscht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit, vgl. z.B. Art. 104 OG, Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP SG; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 265 ff.; Häfelin/Müller, Grundriss 321 f.; Oeter, Landesbericht Schweiz 128 f.

¹⁴³³ Vgl. N. 15/22.

¹⁴³⁴ Siehe die umfangreiche Rechtsprechung zur schwierigen Unterscheidung von Rechts- und Tatfragen bei der zivilrechtlichen Berufung (Art. 43 Abs. 1, 3 und 4 OG, vgl. Vogel Oskar, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1992, S. 345 ff.) und bei der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht (vgl. Art. 269 BStP und dazu Schweri, Nichtigkeitsbeschwerde 200 f.). Im Zivil- und Strafprozess ist die Beschränkung auf Rechtsfragen nicht gravierend, weil als Vorinstanzen stets Gerichte eingesetzt sind (vgl. N. 1/2).

¹⁴³⁵ Vgl. N. 14/6 ff.

"quaestio diabolica" der Verwaltungsgerichtsbarkeit dar¹⁴³⁶. Nach klassischer /283 Lehre gehört die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffes zu den Rechtsfragen und unterliegt verwaltungsgerichtlicher Überprüfung¹⁴³⁷. In der Lehre haben sich aber Stimmen erhoben¹⁴³⁸, welche eine Gleichstellung von unbestimmten Rechtsbegriffen mit echtem Rechtsfolgeermessen fordern. Insbesondere Rhinow weist darauf hin, mit den unbestimmten Rechtsbegriffen würden Entscheidungskompetenzen abschliessend an die Verwaltung delegiert. Es könne nicht davon abhängen, ob das *Ermessen auf der Rechtsfolgeseite oder der Tatbestandsseite* einer Norm formuliert sei. Daher dürfe das Verwaltungsgericht die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe nicht überprüfen. Zudem wäre es *gewaltenteilungswidrig*, wenn ein Verwaltungsgericht unbestimmte Rechtsbegriffe mittels schematischer Regeln konkretisierte¹⁴³⁹.

27 Die Anrufung des *Gewaltenteilungsprinzips* hilft bei der vorliegenden Frage nicht. Denn es handelt sich nicht um ein starres Kompetenzverteilungsdogma, sondern um ein staatspolitisches Prinzip, das auf unterschiedliche Weise zur Geltung kommt¹⁴⁴⁰.

28 Können unbestimmte Rechtsbegriffe mit dem *klassischen Rechtsfolgeermessen gleichgestellt* werden? Der in der Verwaltungsrechtslehre eingebürgerte Begriff des unbestimmten Rechtsbegriffes impliziert den offenbar als Gegenbegriff anzusehenden *bestimmten Rechtsbegriff*¹⁴⁴¹. Letzterer

¹⁴³⁶ Hangartner, Neuordnung 449 Anm. 33; Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 267; die Frage stellt sich auch in den andern Rechtsordnungen, vgl. Schwartz/Wade, Control 315 f. Siehe die ausführliche Darlegung der unterschiedlichen Lehrmeinungen: Bauer, Gerichtsschutz 125 ff., insb. 128 ff.

¹⁴³⁷ Vgl. z.B. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 301; Jost, Rechtsschutz 517 ff. m.w.H.; BGE 91 I 75, 94 I 505, 96 I 373 (mit gewissen Einschränkungen). Vgl. die Entwicklung in Frankreich und Deutschland: Fromont, Rechtsschutz 187 ff.

¹⁴³⁸ So bereits Eggenschwiler, Grenzen 185 und vor allem die Beiträge von Rhinow, Rechtsetzung 59 ff.; Rhinow, Ermessen 89 f.; Rhinow, Verwaltungsermessen 55 ff.; Vallender, Rechtsbegriff 819 ff.; vgl. den Literaturüberblick bei Oeter, Landesbericht Schweiz 130 ff.

¹⁴³⁹ Vgl. Rhinow, Ermessen 89 f.; Rhinow, Verwaltungsermessen 61, 63 ff.; Rhinow/Krähenmann, Ergänzungsband, Nr. 20 B. XI, S. 63 f.

¹⁴⁴⁰ Vgl. N. 3/4.

¹⁴⁴¹ Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 306 f. Rhinow, Ermessen 47 räumt dies ein und möchte deshalb lieber von "Delegationsbegriffen" sprechen. Damit bezeichnet er sprachlich bereits schon das zu suchende Ergebnis. Zudem bleibt das methodische

*bezeichnet*¹⁴⁴² ein eindeutiges, ganz klar zu *begreifendes* Tatbestandselement. Dahinter verbirgt sich die traditionelle Meinung, dass klare Gesetze und Begriffe überhaupt nicht /284 ausgelegt werden müssen¹⁴⁴³; sie verstehen sich *von selbst*¹⁴⁴⁴. Die moderne Hermeneutik und die analytische Sprachphilosophie haben diese Auffassung widerlegt¹⁴⁴⁵. Einen genau bestimmten, klaren Gesetzesbegriff kann es nicht geben. Auch der klarste Gesetzesbegriff muss von den Teilnehmern in einer Sprachsituation gebraucht und *verstanden* werden. Dazu kommt, dass er nur vor dem Hintergrund eines wiederum sprachlich rapportierten Sachverhaltes überhaupt erst "gelten" kann¹⁴⁴⁶. So haben die methodologischen Darlegungen deutlich gemacht, dass die sprachlichen Ausdrücke der Gesetze erst in der Rechtsanwendungssituation hinreichend genau bestimmt werden können. Die "Tatbestands-Unbestimmtheit" ist daher den gesetzlichen Begriffen notwendigerweise immanent. In gewisser Weise gibt es nichts anderes als unbestimmte Rechtsbegriffe¹⁴⁴⁷. Die Sachzuständigkeit der Verwaltungsgerichte lässt sich mit der Unterscheidung zwischen bestimmten und unbestimmten Gesetzesbegriffen jedenfalls *nicht abgrenzen*¹⁴⁴⁸.

29 Als unbestimmte Rechtsbegriffe im Sinne der klassischen Lehre gelten beispielsweise: "öffentliches Interesse"¹⁴⁴⁹, "Wald"¹⁴⁵⁰, "in der Regel"¹⁴⁵¹, "Härtefall"¹⁴⁵², "Ware"¹⁴⁵³, "Offenkundigkeit"¹⁴⁵⁴, "wirtschaftliches Bedürfnis

Problem bestehen: Es gibt *keinen* Dualismus von bereits feststehenden "Nichtdelegationsbegriffen", die von selbst klar sind und "Delegationsbegriffen", deren Inhalt vom Rechtsanwender erst festgelegt wird.

1442 Vgl. N. 14/6 ff.

1443 Vgl. N. 13/10.

1444 Vgl. Rhinow, Verwaltungsermessen 63 f., welcher der Verwaltung aufträgt, sie habe "das Gesetz auf seine Zielsetzungen, Aufträge und Grenzen der Ermessenshandhabung hin interpretierend zu *befragen*". - Wie befragt man ein Gesetz? Vgl. N. 15/23 ff.

1445 Vgl. N. 14/31 ff., 15/21 ff.

1446 Vgl. N. 15/22.

1447 Vgl. N. 15/22.

1448 Gl. A. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 309; Vallender, Rechtsbegriff 831.

1449 Vgl. z.B. BGE 115 Ib 135, 112 Ib 428, 109 Ib 300.

1450 Das Bundesgericht legt durch eine differenzierte Rechtsprechung eigentliche Wald-Kriterien fest, vgl. z.B. BGE 113 Ib 354, 113 Ib 359.

1451 Vgl. VPB 1987 Nr. 42.

1452 Vgl. BGE 104 Ib 112.

1453 Im Recht der Warenumsatzsteuer des Bundes ist die Auslegung dieses Begriffes von enormer (finanzpolitischer) Bedeutung, vgl. z.B. BGE 116 Ib 126: Das Anfertigen von

nach einem Zollager"¹⁴⁵⁵, "Eignung und Fähigkeit"¹⁴⁵⁶, "unentbehrliche öffentliche Verkehrsverbindung"¹⁴⁵⁷, "mögliche Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit"¹⁴⁵⁸, "schwere Klagen"¹⁴⁵⁹, "Unsittlichkeit"¹⁴⁶⁰, "berechtigtes Interesse"¹⁴⁶¹ /285 oder "ausreichende berufliche Tätigkeit"¹⁴⁶². Die Liste dieser Begriffe liesse sich nahezu unbeschränkt verlängern. Jeder sprachliche Ausdruck kann zu einem unbestimmten Rechtsbegriff werden; so sind insbesondere auch die Grundrechte unbestimmte Rechtsbegriffe¹⁴⁶³.

30 Die unbestimmten Rechtsbegriffe haben eine ähnliche Auswirkung wie eine *Gesetzesdelegation*. Im Zuge der Rechtsanwendung und der Rechtsprechung wird durch die Präjudizien allmählich ein Rechtsanwendungsrecht gesetzt. Wie bei der Gesetzesdelegation soll ein nachprüfendes Verwaltungsgericht die grundsätzliche Übereinstimmung mit dem formellen Gesetz überprüfen können.

31 Potentiell gibt die Prüfung der Rechtmässigkeit und damit aller unbestimmten Rechtsbegriffe den Verwaltungsgerichten eine erhebliche Macht. Die Verwaltungsgerichte bändigen ihre übergreifende Kompetenz mit der punktuell¹⁴⁶⁴ eingesetzten Argumentationsfigur der "*richterlichen Zurückhaltung*"¹⁴⁶⁵.

Fotokopien auf Selbstbedienungs-Kopiergeräten durch die Kunden gilt als Warenlieferung des Automatenaufstellers.

¹⁴⁵⁴ Vgl. BGE 117 II 482.

¹⁴⁵⁵ Vgl. BGE 112 Ib 18.

¹⁴⁵⁶ Vgl. BGE 97 I 545.

¹⁴⁵⁷ Vgl. BGE 96 I 259.

¹⁴⁵⁸ Vgl. BGE 98 Ib 341.

¹⁴⁵⁹ Vgl. BGE 98 Ib 88 f.; Bolz, Rechtsschutz 111.

¹⁴⁶⁰ Vgl. BGE 100 Ib 386.

¹⁴⁶¹ Vgl. Gygi, Verwaltungsrecht 147 f.

¹⁴⁶² BGE 97 I 299 f.

¹⁴⁶³ Vgl. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 134 f.

¹⁴⁶⁴ Eine generelle richterliche Zurückhaltung läuft auf eine Rechtsverweigerung hinaus, vgl. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 165.

¹⁴⁶⁵ Vgl. Manfrini, Contentieux 342 f.; Bolz, Rechtsschutz 114 f. m.w.H.; Rhinow/Krähenmann, Ergänzungsband 63 f. Auch in der Verfassungsgerichtsbarkeit der USA ist der "judicial self restraint" eine bekannte Figur, vgl. Haller, Supreme Court 161 ff.; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte belässt den nationalen Gesetzgebern ebenfalls einen eigenen Beurteilungsspielraum, vgl. Macdonald Ronald St.J., The margin of Appreciation, in: Macdonald (Hrsg.), Protection 83 ff.; Frowein/Peukert,

Es ist funktionalrechtlich bedeutsam, dass über generelle Zuständigkeit und die richterliche Zurückhaltung *das Gericht selbst* entscheidet¹⁴⁶⁶; es handelt sich bei letzterer um die wichtige *Kompetenz-Kompetenz* der Gerichte¹⁴⁶⁷.

Das Bundesgericht anerkennt die Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe /286 als eine von ihm überprüfbare Rechtsfrage an¹⁴⁶⁸. Aber es billigt den Verwaltungsbehörden bei der Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen einen gewissen *Beurteilungsspielraum* zu¹⁴⁶⁹. Danach greift das Bundesgericht nicht ein, wenn die Auslegung der Verwaltungsbehörden *vertretbar* erscheint¹⁴⁷⁰. Es hält sich namentlich dort zurück, "wo örtliche Verhältnisse zu beurteilen sind, welche die lokalen Behörden besser kennen und überblicken als das Bundesgericht"¹⁴⁷¹. Nimmt das Bundesgericht dagegen einen Augenschein vor, so besteht für diese Zurückhaltung kein Anlass mehr¹⁴⁷². Die Masstäbe der Zurückhaltung stehen also nicht abstrakt fest; sie resultieren vielmehr aus jeder einzelnen Rechtsanwendungssituation.

2. Beurteilung der Ausschlussklauseln

32 Die Lehre, wonach die *unbestimmten Rechtsbegriffe* vom Verwaltungsrichter nicht zu prüfen seien, weil das darin enthaltene "Tatbestandsermessen" der Verwaltung zustehe, hat im Ausschlusskatalog der Art. 99 und 100 OG und in kantonalen Katalogen breiten Niederschlag gefunden¹⁴⁷³. Im folgenden werden *beispielhaft* Kategorien von unbestimmten

Kommentar 192 f.; Urteil Klass, EGMR/A 28, § 49 m.w.H. ("margin of appreciation"/"marges d'appréciation").

¹⁴⁶⁶ Vgl. Braibant/Questiaux/Wiener, *Contrôle* 283, 284; Brunschwiler, *Gewalt* 27; Rhinow, *Rechtsetzung* 190; Bolz, *Rechtsschutz* 112, 114 f.; Bleckmann, *Bericht GEE* 3, 173 ff., insb. S. 176.

¹⁴⁶⁷ Vgl. Dütz, *Gerichtsschutz* 37 ff.

¹⁴⁶⁸ Vgl. Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege* 305; Jost, *Rechtsschutz* 518 ff.; Oeter, *Landesbericht Schweiz* 132; BGE 92 I 460, 95 I 40, 95 I 297, 98 Ib 89, 99 Ia 150, 100 Ib 386, 107 Ib 121.

¹⁴⁶⁹ BGE 115 Ib 135. Vgl. bereits Ehmke, *Ermessen* 46 f.

¹⁴⁷⁰ Vgl. BGE 107 Ib 121, 104 Ib 112 f.; Häfelin/Müller, *Grundriss* 80; Schmidt-Assmann, *Kontrolle* 31 f.

¹⁴⁷¹ BGE 115 Ib 135.

¹⁴⁷² BGE 115 Ib 135, 109 Ib 300.

¹⁴⁷³ E contrario kann daraus geschlossen werden, dass die übrigen unbestimmten Rechts-

Rechtsbegriffen behandelt, welche typischerweise von der Generalklausel ausgenommen sind.

a. Berufs-, Fach- und Fähigkeitsprüfungen

33 Das Ergebnis von *Berufs-, Fach- und andern Fähigkeitsprüfungen* und Prüfungen auf dem Gebiet der Berufsbildung kann nicht vor den Verwaltungsrichter gebracht werden^{1474,1475}. Die Fachexaminatoren haben die Kandidaten auf /287 die wie auch immer umschriebenen Fähigkeiten und Eignungen zu prüfen; es handelt sich um ein klassisches Tatbestandsermessen im Sinne der unbestimmten Rechtsbegriffe¹⁴⁷⁶. Die Rechtsfolge ist das Bestehen oder Nichtbestehen der fraglichen Prüfung. Der Experte beurteilt allein Fachfragen, *selbst* wenn das juristische Können eines Prüflings in Frage steht. Der Verwaltungsrichter kann das Beurteilungsermessen in der Regel nicht selber innehaben und nachkontrollieren; er wäre wiederum auf Experten angewiesen. Hier würde eine gerichtliche Inhaltskontrolle im Ergebnis auf eine Wiederholung der Prüfung hinauslaufen¹⁴⁷⁷. Dies ist jedoch nicht der Sinn eines gerichtlichen Rechtsschutzes. Deshalb überprüft das Bundesgericht selbst bei Rechtsanwalts- und Notarprüfungen, wo es den Sachverstand ebenso besitzt wie die Examinatoren, das Prüfungsergebnis nicht¹⁴⁷⁸. Bei Examen kann nur die *Verfahrensgerechtigkeit des Prüfungsvorganges*, aber nicht der

begriffe ohne weiteres richterlicher Prüfung zugänglich sein sollen.

¹⁴⁷⁴ Vgl. Art. 99 lit. f OG und dazu VPB 1987 Nr. 32 (eidg. Medizinalprüfungen) und Art. 100 lit. v OG. Ebenso die kantonalen Ausschlusskataloge: § 150 Abs. 1 lit. f VRP LU; Art. 75 lit. f VRP VS; Art. 77 Abs. 1 lit. m VRP BE; § 50 Abs. 2 lit. e GOG SO, Art. 162 lit. f CPA JU; § 44 Abs. 2 lit. d VPO BL; Art. 106 Abs. 1 lit. e VRP GL; Art. 55 Abs. 1 lit. f VRPV UR.

¹⁴⁷⁵ Die individuelle *Anerkennung eines ausländischen Maturitätszeugnisses* ist keine Fachprüfung, sondern es handelt sich um eine individuelle Prüfung einer Gleichwertigkeit nach ausführlichen Vorschriften, vgl. BGE 105 Ib 74; entsprechendes gilt auch bei der Anerkennung ausländischer Studienausweise, vgl. Meinungsäusserung des BGr v. 20.11.1979, VPB 1980 Nr. 43. Stellen sich schwierige Fachfragen, so hat der Richter ein Gutachten einzuholen, vgl. VPB 1980 Nr. 43.

¹⁴⁷⁶ Beispiel: Nach Art. 15 Abs. 1 des Maturitätsprüfungsreglementes vom 17.12.1973, SR 413.12 soll die Prüfung die Feststellung ermöglichen, ob der Kandidat die "Hochschulreife" erlangt hat. Es handelt sich um einen klassischen, unbestimmten Rechtsbegriff. Vgl. VPB 1977 Nr. 101, 1986 Nr. 45.

¹⁴⁷⁷ Vgl. VPB 1977 Nr. 101, 1986 Nr. 45.

¹⁴⁷⁸ Vgl. BGE 113 Ia 290 f., 116 Ib 273; BGE 118 Ia 495 f. und die Urteilscommentierung von Andreas Kley-Struller, AJP 1993 855 ff., Ziff. 7.

nachkontrollierende Richter den Individualrechtsschutz gewährleisten. Deshalb kommt bei Prüfungen, die einen erheblichen Vorbereitungsaufwand verursachen, solchen verfahrensrechtlichen Massregeln eine grosse Bedeutung zu¹⁴⁷⁹. Die fehlende gerichtliche Ergebniskontrolle muss durch die Einhaltung der Verfahrensvorschriften *in die Prüfung hinein verlagert* werden¹⁴⁸⁰. Deren Einhaltung soll aber vom Richter geprüft werden können¹⁴⁸¹. Selbstverständlich muss sich ein Verfahrens- oder Formfehler erheblich auswirken /**288** und geeignet sein, das Ergebnis zu verfälschen¹⁴⁸². Hebt das Gericht einen Prüfungsentscheid infolge Verfahrensfehler auf, kommt es in der Regel nur zu einer Wiederholung der Prüfung ohne Anrechnung auf die Maximalzahl der Versuche¹⁴⁸³.

34 Die Voraussetzungen zu Prüfungszulassungen sind in aller Regel eingehend normiert (z.B. im Hinblick auf Vorbildung, Alter, Berufspraxis, Studien- und Lehrausweise usw.). Der Verwaltungsrichter kann diese rechtlichen Fragen ohne weiteres prüfen¹⁴⁸⁴. Art. 100 lit. v OG schliesst daher Verfügungen über die *Zulassung* zu Prüfungen und Kursen *zu Unrecht* aus¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁷⁹ Vgl. VPB 1986 Nr. 45; 1977 Nr. 101. Bei mündlichen Prüfungen ist an einen zweiten Examinator, an Beisitzer und an Protokollführer zu denken.

¹⁴⁸⁰ Vgl. Ehmke, Ermessen 50. Das Bundesgericht blieb bei den aus Art. 4 BV einzuhaltenden Verfahrensvorschriften relativ large: Es hielt ein schriftliches Protokoll zu mündlichen Prüfungen nicht für unbedingt erforderlich (BGE 105 Ia 204) und das rechtliche Gehör muss bei mündlichen Prüfungen vor dem Erlass eines negativen Prüfungsentscheides nicht noch einmal eingeräumt werden. Bei einer Wiederholung der Prüfung hat der Experte des ersten Versuchs nicht in Ausstand zu treten, vgl. VPB 1980 Nr. 128.

¹⁴⁸¹ Vgl. BGE 106 Ia 3. Ähnlich ist es bei den Verfahrensbestimmungen bei Volksabstimmungen und Volkswahlen, vgl. N. 18/23.

¹⁴⁸² Vgl. VPB 1986 Nr. 45; VPB 1977 Nr. 101.

¹⁴⁸³ Besprechung von BGE 118 Ia 488 von Andreas Kley-Struller, AJP 1993 855 ff., Ziff. 6.

¹⁴⁸⁴ Vgl. auch BGE 106 Ia 3, so auch die Gegen Ausnahme des Art. 78 lit. d Ziff. 1 VRP BE; wie bei der Anerkennung eines ausländischen Maturitätsausweises, vgl. N. 18/33.

¹⁴⁸⁵ Vorbildlicher sind die Kantone, welche den Gerichtszugang nur für die Anfechtung des Prüfungsergebnisses ausschliessen, nicht aber über die Fragen der Zulassung; vgl. z.B. Art. 78 lit. d Ziff. 1 VRP BE; Art. 75 lit. f VRP VS.

b) Technische Prüfungen

35 Bei der *technischen Prüfung* von Apparaten, Fahrzeugen, Pflanzenzüchtungen¹⁴⁸⁶ und bei der zolltechnischen Tarifierung von Gütern¹⁴⁸⁷ steht zwar ähnlich wie bei Fachexamen das Vorhandensein tatbeständlicher Eigenschaften in Frage. Dies erfordert ebenfalls ein fachliches Wissen sowie entsprechende Laboratorien. Wenn aber diese Fachfragen geklärt sind, so schliesst daran die Rechtsfrage an, welchem der unbestimmten Rechtsbegriffe die tatbeständlichen Gegebenheiten zuzuordnen sind. Der Bundesgesetzgeber hat hier *zu Unrecht* die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgeschlossen. Der Verwaltungsrichter ist selbstverständlich in der Lage, aufgrund eines Gutachtens eine Antwort zu geben. Der Zivil- und Strafrichter findet sich vielfach in dieser Situation, wenn er etwa bei Mängeln eines Werks, bei der Drogenqualität eines Stoffes oder beim Blutalkoholgehalt auf eben diese Fachkompetenz der Experten angewiesen ist¹⁴⁸⁸. /289

c) Einbürgerung

36 Eine besondere Art einer "*Persönlichkeitsprüfung*" stellt die Einbürgerung von Ausländern dar, deren Ergebnis beim Bundesgericht nicht angefochten werden kann¹⁴⁸⁹. Art. 14 des Bürgerrechtsgesetzes fordert ähnlich wie bei einem Examen die *Eignung* des Gesuchstellers. Danach muss der Bewerber in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert sein, mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut sein, die schweizerische Rechtsordnung beachten, und er darf die innere und äussere Sicherheit der Schweiz nicht gefährden. In dieser Materie zeigt sich das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe besonders akut; es handelt sich um wertungsgeneigte Begriffe deren Vorhandensein kein Experte "objektiv" überprüfen kann. Die Einbürgerung gerät auf diese Weise fast in die Nähe eines "*Gnadenentscheides*". Die Umschreibung inhaltlicher Voraussetzungen der Einbürgerung in Art. 14 BüG (seit der Revision von 1990) zeigt, dass der Gesetzgeber *eine Bindung*

¹⁴⁸⁶ Vgl. Art. 99 lit. e, 100 lit. 1 Ziff. 2 und 3, lit. n, lit. o, lit. u OG. Die Kantone kennen diese Regelung nur vereinzelt, vgl. Art. 115 Abs. 1 lit. f VRP FR; Art. 162 lit. g CPA JU.

¹⁴⁸⁷ Vgl. Art. 100 lit. h OG, wobei es keine Rolle spielt, ob die Tarifierung zum Zweck der Zollerhebung erfolgt ist, vgl. BGE 115 Ib 202.

¹⁴⁸⁸ Gl. A. Saladin, Erweiterung 69.

¹⁴⁸⁹ Vgl. Art. 100 lit. c OG.

*an das Recht verlangt*¹⁴⁹⁰. Freilich könnte ein nachprüfendes Gericht nicht ein *fachlich besseres* Urteil fällen. Die Rechtspflege läuft in einem inhaltlichen Sinne leer. Gleichwohl sollte eine verwaltungsgerichtliche Nachkontrolle möglich sein, welche den Sachverhalt, die Einhaltung der Ver-
fahrensregeln und eine von richterlicher Zurückhaltung geprägte Ver-
tretbarkeitsprüfung¹⁴⁹¹ erlauben würde. Wenn auch keine Behörde eine will-
kürliche oder rechtsungleiche Rechtsanwendung für sich beansprucht¹⁴⁹²,
bedarf es dennoch einer diesbezüglichen Korrekturmöglichkeit. Der Bund sieht
für die Einbürgerungsbewilligung des Bundesamtes für Polizeiwesen lediglich
eine Beschwerde an das EJPD vor; dieses entscheidet in Verletzung von Art.
103 Abs. 2 BV¹⁴⁹³ abschliessend¹⁴⁹⁴. Art. 100 lit. c OG schliesst die Ver-
waltungsgerichtsbeschwerde zu Unrecht aus¹⁴⁹⁵. Bei /290 kantonalen
Einbürgerungsentscheiden tritt das Bundesgericht auf staatsrechtliche Be-
schwerden wegen der Verweigerung der kommunalen oder kantonalen Ein-
bürgerung nicht ein, wenn kein Anspruch auf Einbürgerung besteht¹⁴⁹⁶.

d) Erlass oder Stundung von Abgaben

37 Die Stundung oder der Erlass geschuldeter Abgaben, die nur im Falle einer *"erheblichen Härte"* oder von *"Not"* in Frage kommt, ist einer

¹⁴⁹⁰ Zumal das Bürgerrecht immer mehr als Grundrecht aufgefasst wird, vgl. Hangartner, Staatsrecht II 223; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 166; Art. 15 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948.

¹⁴⁹¹ Vgl. N. 18/31.

¹⁴⁹² Gl. A. G. Müller, Reservate 120.

¹⁴⁹³ Gl. A. Saladin, Verwaltungsverfahrensgesetz 16 f., 172; Saladin Peter, Probleme des Kollegialitätsprinzips, ZSR 1985 I 271 ff., insb. S. 275; Kölz, Kommentar, N. 12 zu Art. 103 Abs. 2/3 BV; Raess-Eichenberger, Asylverfahren 118 m.w.H.; Wili Hans-Urs, Die Entwicklung im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, Sonderheft zur ZSR, Basel/-Frankfurt a.M. 1990, S. 177.

¹⁴⁹⁴ Vgl. Art. 51 Abs. 2 und 3 BüG.

¹⁴⁹⁵ So können die von einem ebenso grossen Beurteilungsermessen geprägten Entscheide über die Nichtigerklärung oder den Entzug des Bürgerrechts an das Bundesgericht weitergezogen werden, vgl. Art. 50 BüG.

¹⁴⁹⁶ Vgl. BGr v. 23.12.1971, ZBl 1973 283 f. Umgekehrt ist die staatsrechtliche Beschwerde zulässig, wenn nach kantonalem Recht ein Rechtsanspruch auf Einbürgerung besteht (z.B. in Basel-Stadt, Zürich oder Genf), vgl. BGE 90 I 176; vgl. zur Legitimation der Willkürbeschwerde an das Bundesgericht N. 2/15.

verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung in Bund¹⁴⁹⁷ und Kantonen¹⁴⁹⁸ vielfach entzogen. Wie konzeptlos der Bundesgesetzgeber beim Erlass dieser Ausschlussbestimmung vorging, wird am Beispiel des Art. 129 Abs. 1 lit. c OG deutlich. Bei Sozialversicherungsabgaben, die nach steuerrechtlichen Grundsätzen zusammen mit den direkten Steuern veranlagt werden, ist die richterliche Überprüfung einer Stundung oder eines Erlasses von Abgaben hingegen möglich¹⁴⁹⁹.

Beim Erlass oder bei der Stundung von Abgaben handelt es sich in keiner Weise um "gnadenähnliche" Entscheide der Steuerbehörden, da der Gesetzgeber inhaltliche Voraussetzungen eines solchen Vorgehens umschrieben hat. Die damit beabsichtigte Bindung an das Gesetz sollte daher vom Richter überprüft werden können. Der gänzliche Ausschluss dieser unbestimmten Rechtsbegriffe von der richterlichen Prüfung erfolgt zu *Unrecht*. /291

3. Keine Bindung des Richters an verwaltungsbehördliche Entscheide

38 Die volle, richterliche Prüfung *aller Rechts- und Sachverhaltsfragen* bedeutet, dass der Richter grundsätzlich *nicht an verwaltungsbehördlich getroffene Entscheidungen gebunden sein darf*¹⁵⁰⁰. Haben allerdings diese Vorentscheide ihrerseits der Möglichkeit einer umfassenden Gerichtskontrolle unterlegen¹⁵⁰¹, so wäre diese Bindung an konnexe Vorentscheide weniger problematisch. Ein wichtiger Anwendungsfall dieser *Bindungsfreiheit* ergibt

¹⁴⁹⁷ Art. 99 lit. g OG i.V. m. z. B. Art. 123 Abs. 1 und 124 des BRB über die Wehrsteuer v. 9.12.1940, SR 642.11 (vgl. VPB 1979 Nr. 43) oder Art. 18 des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer vom 13.10.1965, SR 642.21.

¹⁴⁹⁸ Vgl. z.B. Art. 144 Abs. 3 des st. gallischen Steuergesetzes v. 23.6.1970, sGS 811.1 und GVP 1983 Nr. 25; Art. 75 lit. b VRP VS; Art. 77 Abs. 1 lit. 1 VRP BE; Art. 162 lit. c CPA JU; § 150 Abs. 1 lit. g VRP LU; § 54 lit. d VRP SZ; Art. 115 Abs. 1 lit. c VRP FR; Art. 106 Abs. 1 lit. h VRP GL; Art. 55 Abs. 1 lit. i VRPV UR.

¹⁴⁹⁹ Vgl. Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20.12.1946, SR 831.10 und dazu BGE 111 V 103, 108 V 49.

¹⁵⁰⁰ In diesem Sinne vorbildlich § 46 VPO BL, vgl. auch § 8 Abs. 2 VRP BS.

¹⁵⁰¹ Vgl. Weber-Dürler Beatrice, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, Votum, in: VVDStRL 50/1990 276; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung II, Nr. 142 B II. b, S. 1055 f.

sich aus der Blankettstrafdrohung des Art. 292 StGB, wonach der Ungehorsam gegen eine Verfügung mit Haft oder Busse bestraft werden kann. Nach der Praxis des Bundesgerichts¹⁵⁰² ist eine bloss verwaltungsbehördlich ausgesprochene Verfügung vom Strafrichter immer akzessorisch zu überprüfen, wenn keine Beschwerde an ein Verwaltungsgericht möglich ist. Macht der Betroffene von der Möglichkeit verwaltungsgerichtlicher Kontrolle keinen Gebrauch oder steht dieser Entscheid noch aus, so darf der Strafrichter die Verfügung nur auf offensichtliche Gesetzesverletzung hin überprüfen¹⁵⁰³. In Ergänzung zur bundesgerichtlichen Praxis ist hinzuzufügen, dass nicht nur Rechtsfragen, sondern auch die Sachverhaltsfeststellungen vom Strafrichter geprüft werden müssten¹⁵⁰⁴. Die zum Teil fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit wird insofern kompensiert¹⁵⁰⁵. /292

IV. Überprüfung des Ermessens?

1. Grundlagen

39 Ein Verwaltungsgericht muss kompetent sein, alle Rechts- und Sachverhaltsfragen völlig frei zu prüfen¹⁵⁰⁶. Dagegen darf das Verwaltungsgericht nach den üblichen Regelungen die verwaltungsbehördliche Ermessensbetätigung *nicht überprüfen*¹⁵⁰⁷. Eine solche liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde bei einem Tatbestand die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge nicht vorsehen muss (*Entscheidungsermessen*) oder wahlweise, verschiedene Rechtsfolgen

¹⁵⁰² Vgl. BGE 98 IV 106 bestätigt von BGE 104 IV 137.

¹⁵⁰³ Vgl. BGE 106 IV 202.

¹⁵⁰⁴ BGE 98 IV 106 E. 3d scheint sich mit einer Prüfung reiner Rechtsfragen zu begnügen.

¹⁵⁰⁵ Vom Gesichtspunkt des Individualrechtsschutzes dürfte die Überprüfungscompetenz des Strafrichters kein Thema mehr sein; vgl. aber die Darlegung der verschiedenen Meinungen bei Trechsel, Kommentar, N. 7 zu Art. 292 StGB m.w.H.

¹⁵⁰⁶ Vgl. N. 18/25.

¹⁵⁰⁷ Vgl. z.B. Art. 104 OG; Art. 36 VRP SH; § 63 VRP ZG; Art. 107 VRP GL; § 45 VPO BL; Art. 80 VRP BE; Art. 78 VRP VS; Art. 57 Abs. 4 VRPV UR, wo die Ermessensprüfung *grundsätzlich* ausgeschlossen wird; Hangartner, Neuordnung 449; Hangartner, Kernfragen 314; Hangartner, Ausbau 45 f.; Gygi, Verwaltungsrechtspflege 300 ff.; Fleiner, Grundzüge 249; Häfelin/Müller, Grundriss 322.

festlegen darf (*Auswahlermessen*)¹⁵⁰⁸. Echtes Ermessen kann ferner auf der Tatbestandsseite einer Norm formuliert sein¹⁵⁰⁹. Das Verwaltungsgericht würde sich in den ureigensten Bereich der Exekutive einmischen, wenn es diese Ermessensbetätigung nachprüfen könnte. Es würde mit dieser Kompetenz zu einer eigentlichen Überverwaltung¹⁵¹⁰ oder Oberregierung¹⁵¹¹. Das Ermessen kann daher grundsätzlich¹⁵¹² nur verwaltungsintern überprüft werden; die obersten Verwaltungsbehörden beaufsichtigen auf diese Weise die untergeordneten Organe¹⁵¹³. Die Schranken des Rechtsfolgeermessens werden selbstverständlich durch das Recht bestimmt und sind gerichtlich überprüfbar.

40 Von dieser Ordnung gibt es jedoch die bedeutsame Abweichung, dass die Rekurskommissionen des Bundes, das Eidgenössische Versicherungsgericht und in Spezialfällen das Bundesgericht *auch das Ermessen überprüfen können*¹⁵¹⁴. Die unterinstanzlichen Verwaltungsbehörden und ausgegliederten Körperschaften (z.B. Ausgleichskassen) sind selbst durch diese Ermessensüberprüfung kaum entmündigt worden, was die vielfach ausgesprochene Furcht¹⁵¹⁵ vor einer "Oberregierung" zumindest etwas relativiert.

2. Beurteilung der Ausschlussklauseln

41 Obwohl die Verwaltungsgerichte das Rechtsfolgeermessen nicht nachprüfen dürfen, haben Bundes- und z.T. kantonale Gesetzgeber gewissermassen "doppelt und dreifach genäht" (Thomas Fleiner¹⁵¹⁶). Sie haben nämlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgeschlossen, wenn *kein*

¹⁵⁰⁸ Vgl. z.B. Giacometti, Lehren 71; Hangartner, Neuordnung 449; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung I 405; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 305; Jost, Rechtsschutz 525 ff.

¹⁵⁰⁹ Vgl. Rhinow, Ermessen 47, 90. Damit ist nicht ein Ermessen aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe gemeint, vgl. N. 18/25 ff.

¹⁵¹⁰ Vgl. Dubach, Verwaltungsgericht 654; Eggenschwiler, Grenzen 187; Rohner, Probleme 286; Oeter, Landesbericht Schweiz 123 m.w.H.

¹⁵¹¹ Vgl. z.B. Bosshart, Anfechtungsobjekte 87.

¹⁵¹² Vgl. die Ausnahme in Art. 103 lit. c OG und die folgende N. 18/40.

¹⁵¹³ Vgl. N. 17/37.

¹⁵¹⁴ Vgl. Art. 71a Abs. 2 i.V.m. Art. 49 lit. c VwVG; Art. 132 lit. a OG; Art. 104 lit. c OG; vgl. auch Art. 41 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VRP SG (die Verwaltungsrekurskommission kann eine Ermessensüberprüfung vornehmen).

¹⁵¹⁵ Vgl. N. 16/10.

¹⁵¹⁶ Grundzüge 248.

Rechtsanspruch auf Erlass einer begünstigenden Verfügung (z.B. gewisse Bewilligungen¹⁵¹⁷, Subventionen, Beiträge und Stipendien¹⁵¹⁸, Konzessionen¹⁵¹⁹ oder Einbürgerungsbewilligung¹⁵²⁰) besteht. Beim fehlenden Rechtsanspruch handelt es sich um Entschliessungsermessen¹⁵²¹. Auch beim Auswahlermessen (z.B. leichte bis mittelschwere Disziplinar massnahmen gegen Beamte) wird eine /294 Gerichtskontrolle im Bund zuweilen ausgeschlossen¹⁵²². Diese Ausschlüsse sind einerseits unnötig, weil das Rechtsfolgeermessen ohnehin unüberprüfbar ist. Andererseits greifen sie zu weit, weil auch die Handhabe des Verfahrensrechts der gerichtlichen Kontrolle entzogen wird¹⁵²³. In diesem Sinne war es folgerichtig, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte selbst in Bereichen, wo kein Rechtsanspruch

¹⁵¹⁷ Vgl. Art. 100 lit. b Ziff. 3 (Fremdenpolizei).

¹⁵¹⁸ Art. 99 lit. h, Subventionen, Kredite, vgl. z.B. VPB 1975 Nr. 40 (Beiträge an Viehversicherungen); VPB 1988 Nr. 61 (Bodenverbesserungsbeiträge); VPB 1988 Nr. 25 (Filmförderungsbeiträge); VPB 1983 Nr. 15 (Forschungsbeiträge des Nationalfonds); allerdings besteht bei der Forschungsförderung durch den Nationalfonds eine unabhängige Rekurskommission, vgl. Art. 14 des Forschungsgesetzes v. 7.10.1983, SR 420.1.; ebenso sind die gemäss Art. 100 lit. q OG ausgeschlossenen Verfügungen der Pro Helvetia an ein Spezialverwaltungsgericht (die Pro-Helvetia-Rekurskommission) weiterziehbar. Art. 100 lit. s wiederholt im Grunde Art. 99 lit. h, denn die Entscheide des Bundesrates sind mit Ausnahme von Art. 98 lit. a OG ohnehin gerichtsfrei; vgl. die Parallelnorm des Art. 129 Abs. 1 lit. c OG für Versicherungssachen. Auch die Kantone entziehen den Verwaltungsgerichten Materien, bei denen keine Rechtsansprüche bestehen: vgl. z.B. § 55 z.B. Ziff. 9 und 10 VRP TG; Art. 77 Abs. 1 lit. g und K VRP BE; § 150 Abs. 1 lit. e und h VRP LU; § 54 lit. b VRP SZ; Art. 75 lit. e VRP VS; Art. 55 Abs. 1 lit. h VRP UR; Art. 106 Abs. 1 lit. f und g VRP GL.

¹⁵¹⁹ Vgl. Art. 99 lit. d OG, Konzessionen, z.B. VPB 1983 Nr. 16 (Luftseilbahnkonzession), wohl aber ist die Feststellungsverfügung über das Bestehen einer Konzessionspflicht gerichtlich anfechtbar, vgl. BGE 105 Ib 390.

¹⁵²⁰ Vgl. Art. 100 lit. c OG und N. 18/36.

¹⁵²¹ Vgl. Häfelin/Müller, Grundriss 77; Rhinow, Verwaltungsermessen 69.

¹⁵²² Vgl. im Bund: Art. 100 lit. e Ziff. 4 OG; nur wenige Kantone kennen vergleichbare Regelungen: vgl. z.B. § 49 lit. a i.V.m. § 50 Abs. 2 lit. f GOG SO (nur schwere Sanktionen). Etliche Kantone sehen eine gerichtliche Prüfung von beamtenrechtlichen Disziplinar massnahmen vor: z.B. § 45 lit. c VPO BL; § 55 VRP AG, Art. 78 lit. c Ziff. 1 VRP BE (alle Massnahmen ausser Verwarnungen, Verweise und Kostenschlüsse); Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 31 lit. d LPJA NE (alle Disziplinar massnahmen, selbst wenn sie von der Regierung ausgehen).

¹⁵²³ Gl. A. Bolz, Rechtsschutz 130.

auf Erteilung eines Verwaltungsaktes oder einer Konzession bestand, eine gerichtliche Beurteilung gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK verlangte¹⁵²⁴.

Das Vorliegen bzw. Fehlen eines Rechtsanspruches bestimmt die gerichtliche bzw. verwaltungsbehördliche Zuständigkeit *zuwenig präzise*, da erst eine schöpferische Auslegung ergibt, ob ein Rechtsanspruch vorliegt¹⁵²⁵. Die Ermessensschrumpfung¹⁵²⁶ kann das Rechtsfolgeermessen nachgerade in einen Rechtsanspruch transformieren, mit der Folge, dass damit das Verwaltungsgericht zuständig wird¹⁵²⁷.

42 Diese Ausschlusskategorie zeigt eine unglückliche Verbindung zwischen "subjektivem öffentlichem Recht" und gerichtsförmigem *oder* verwaltungsbehördlichem Rechtsschutz. Nur derjenige ist (verwaltungsgerichts-)beschwerdelegitimiert, der einen Rechtsanspruch geltend machen kann, welcher ihn in /295 seinen Rechten schützt¹⁵²⁸. Dieser Ausschluss von der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist sogar in einem eigentlichen Sinne *zirkulär*¹⁵²⁹, weil der Begriff "Rechtsanspruch" prozessual *effektiv* durchsetzbare Ansprüche meint¹⁵³⁰. An diesem Punkt der Argumentation tauchen Motive der längst verabschiedeten *Schutznormtheorie*¹⁵³¹ wieder auf. Bei der Ver-

¹⁵²⁴ Vgl. N. 10/30.

¹⁵²⁵ Vgl. Macheret, Juridiction 122, 131; Bolz, Rechtsschutz 128; Vogel, Einschränkungen 94; Hangartner, Neuordnung 450 Anm. 35; G. Müller, Reservate 124; Rhinow, Ermessen 91; Kley-Struller, Anspruch 35 (zu Art. 6 Abs. 1 EMRK); vgl. auch Kölz Alfred, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde und das subjektive öffentliche Recht, in: Mélanges André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 739 ff., insb. S.741 ff.; Rhinow, Verwaltungsermessen 70.

¹⁵²⁶ Vgl. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung I 407; Gygi, Verwaltungsrecht 154; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 314; Oeter, Landesbericht Schweiz 131 m.w.H.; BGE 94 I 474 f., 111 V 281 f.

¹⁵²⁷ Beispiel: BGE 115 Ib 100, 118 Ib 157 zu Art. 8 EMRK, der im Sinne von Art. 100 lit. b Ziff. 3 als rechtsanspruchs begründende Norm gedeutet wurde: Das Bundesgericht wurde damit zuständig. Rhinow, Verwaltungsermessen 70 betont, dass fließende Übergänge bestehen.

¹⁵²⁸ Vgl. Saladin Peter, Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: ZSR 1975 II 338; G. Müller, Reservate 123; Gygi, Verwaltungsrecht 164.

¹⁵²⁹ Vgl. Vogel, Einschränkungen 80, 98.

¹⁵³⁰ Vgl. Hangartner, Staatsrecht II 24; Häfelin/Müller, Verwaltungsrecht N. 616; J.P. Müller, Elemente 5 f., 10 f., 91, 154 f.

¹⁵³¹ Gl. A. Bolz, Rechtsschutz 127. Vgl. Hangartner, Neuordnung 450 Anm. 35 m.w.H.; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 147 ff.

waltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht oder das kantonale Verwaltungsgericht hat die Schutznormtheorie nach der Konzeption des "schutzwürdigen Interesses"¹⁵³² eigentlich nichts mehr zu suchen; es sei denn, im betreffenden Kanton gelte die Schutznormtheorie¹⁵³³. In diesen Ausschlussbestimmungen fristet die Schutznormtheorie ein verkümmertes, aber völlig unnützes Dasein. Sämtliche Ausschlüsse von Sachgebieten, in denen "kein Rechtsanspruch" besteht, sollten aufgehoben werden.

V. Verfahrensrechtlich motivierte Ausschlüsse

43 Die negative Enumeration schliesst den Zugang zum Verwaltungsgericht dann aus, wenn andere Rechtswege zur Verfügung stehen. Diese Ausschlüsse dienen zur *Koordination der verschiedenen Rechtsmittel*. Es handelt sich nicht um eigentliche Zugangssperren¹⁵³⁴, da ein anderer Gerichtsschutz gegen Akte der Exekutive zur Verfügung steht, wie das Beispiel des Vormundschaftsrechts in der Bundesrechtspflege zeigt. Dieses wird trotz seines öffentlichrechtlichen Charakters im Zivilgesetzbuch geregelt. Gegen eingriffsintensive vormundschaftliche Massnahmen ist die Berufung an das Bundesgericht /296 vorgesehen¹⁵³⁵, nicht aber die Verwaltungsgerichtsbeschwerde¹⁵³⁶. Auch in den

¹⁵³² Vgl. Art. 103 lit. a OG und fast alle Kantone, vgl. Art. 45 Abs. 1 VRP SG; Art. 65 lit. a und 79 lit. a VRP BE; § 13 Abs. 1 VRP BS; Art. 60 lit. b LPA GE; Art. 38 Abs. 1 VRP AG; Art. 46 Abs. 1 lit. a VRPV UR usw.

¹⁵³³ Es sind dies: Waadt, Art. 37 LJPA VD; Zürich, § 21 VRP ZH; da der Bund das "schutzwürdige Interesse" genügen lässt, führt diese unterschiedliche Legitimation zu "Verwerfungen": vgl. exemplarisch Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts v. 20.11.1991; Rechenschaftsbericht 1991 an den Kantonsrat, Nr. 4; Zug, § 62 i.V.m. § 41 Abs. 1 VRP ZG; vgl. Pflughard, Regierung 129 ff.

¹⁵³⁴ Vgl. Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren* 227.

¹⁵³⁵ Vgl. Art. 44 lit. b, d, e, f OG und Kley-Struller, *Privatrecht* 47; Art. 6 Abs. 1 EMRK verlangt von den kantonalen Verfahren einen Gerichtszugang bei allen vormundschaftlichen Massnahmen. Die Frage, ob eine Verfügung vorliege, kann - wie gerade Art. 44 OG zeigt - für die Verfahrensart nicht entscheidend sein, vgl. a.A. Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren* 228.

¹⁵³⁶ Weitere Koordinationsausnahmen sind: Bei der Strafverfolgung, (Art. 100 lit. f OG, vgl. zur Gegen Ausnahme BGE 112 Ib 351 f.), ist die strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde

Kantonen ist der verwaltungsgerichtliche Schutz nicht gegeben, falls ein Rechtsmittel bei den Zivil- oder Strafgerichten zur Verfügung steht¹⁵³⁷.

44 Art. 101 OG und die kantonalen Prozessgesetze¹⁵³⁸ nehmen gewisse, unselbständige Zwischenverfügungen von der gerichtlichen Anfechtung aus. Diese Ausschlüsse sind insoweit unproblematisch als die Zwischenverfügung mit der verfahrensabschliessenden Endverfügung gerichtlich angefochten werden kann¹⁵³⁹. Die selbständigen Zwischenentscheide und im Verlaufe eines Verwaltungsverfahrens ausgefallten Prozessentscheide (z.B. Sanktionen wegen Übertretungen prozessrechtlicher Vorschriften) müssen indessen auf jeden Fall vor ein Gericht gebracht werden können¹⁵⁴⁰. Das Problem des Art. 101 OG soll nur am Beispiel der lit. c dargelegt werden. Der Ausschluss von *Vollstreckungsverfügungen* wurde damit gerechtfertigt, dass keine Gelegenheit gegeben werden solle, die Rechtmässigkeit der Sachverfügung im Vollstreckungsverfahren erneut in Frage zu stellen¹⁵⁴¹. Dieser Ausschluss ist aber nicht gerechtfertigt und gewissermassen "doppelt", weil es im Vollstreckungsverfahren ausschliesslich um die Rechtmässigkeit der Vollstreckungsverfügung geht¹⁵⁴². Das Thema der Sachverfügung kann auch ohne Art. 101 lit. c OG nicht mehr aufgerollt werden. Der Ausschluss greift also zu weit, da im

möglich; bei Verfügungen bezüglich den Strafvollzug ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (vgl. N. 11/23 m.H.). Eine Koordinationsfunktion übernehmen auch die Art. 102 lit. a und b OG. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren 227 rechnen zu solchen Koordinationsausschlüssen auch die Planungsakte. Das ist schwer verständlich, können doch bürgerverbindliche Planungen den einzelnen wie Verfügungen treffen und bedürfen unbedingt gerichtlicher Kontrolle, vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 30, 38 Anm. 2, 41 Anm. 2.

¹⁵³⁷ Vgl. z.B. § 3 Abs. 3 VPO BL; Art. 76 Abs. 1 und Art. 78 lit m VRP BE; Art. 76 lit. k VRP VS.

¹⁵³⁸ Vgl. z.B. Art. 77 VRP VS; Art. 106 Abs. 2 VRP GL; Art. 164 lit. b und d CPA JU.

¹⁵³⁹ Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 140 f. Häufig sind Zwischenverfügungen nur ausgenommen, wenn in der Hauptsache die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig ist, vgl. z.B. § 151 VRP LU (Verfahrenskosten); Art. 55 Abs. 2 VRPV UR.

¹⁵⁴⁰ Fragwürdig ist daher die Änderung der Rechtsprechung im BGE 119 Ib 412, wonach Entscheide gemäss Art. 60 VwVG beim Bundesgericht nicht mehr anfechtbar sind, gl. A. Ivo Schwander, Kommentierung von BGE 119 Ib 412, AJP 1994 391 ff.

¹⁵⁴¹ Vgl. Botschaft über die Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund, BBl 1965 II 1313.

¹⁵⁴² Gl. A. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 140. Richtig daher die Zuständigkeit des Schwyzer Verwaltungsgerichts: § 51 lit. f VRP SZ.

manchmal einschneidenden Vollstreckungsverfahren überhaupt kein Gerichtsschutz zur Verfügung steht. Das Vollstreckungsrecht sollte daher einen *hinreichenden gerichtlichen Rechtsschutz* sicherstellen; ferner darf es der Exekutive keinen Spielraum verschaffen, das gerichtliche Sachurteil zu vereiteln¹⁵⁴³. Gerade auch deshalb sollte die Möglichkeit einer Vollstreckungsbeschwerde an ein Gericht bestehen.

VI. Systemimmanente Schranken des Gerichtszugangs

45 Auf die bedeutsame, systembedingte Einschränkung des Gerichtszugangs durch den *Verfügungsbegriff* und das Fehlen einer allgemeinen verwaltungsrechtlichen Klage wurde bereits hingewiesen¹⁵⁴⁴. Trotz des teilweisen Ausgleichs für diese Lücken im Gerichtszugang durch das Klageverfahren¹⁵⁴⁵, müsste gleichwohl ein vom Anfechtungsobjekt unabhängiger Gerichtszugang bereitstehen¹⁵⁴⁶.

46 Eine weitere systemimmanente Einschränkung des Gerichtszugangs ergibt sich bei "staatsinternen" Akten. Dienstliche Anordnungen (Dienstbefehle) gelten nicht als an den Beamten als Privatperson adressierte Verfügungen, die ein Rechtsverhältnis regeln¹⁵⁴⁷. Sie sind von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgenommen¹⁵⁴⁸, weil eine gerichtliche Rechtspflege die Funktionsfähigkeit der Verwaltung stören würde. Dagegen können *Disziplinarmaßnahmen* in besonderen Rechtsverhältnissen in aller Regel nicht als rein staatsinterne Akte verstanden und von einer Gerichtspflege ausgeschlossen werden. Vielmehr erfordert hier das Rechtsschutzinteresse des einzelnen eine **/298** Gerichtspflege¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴³ Vgl. N. 11/19 m.H. zu diesem Problem bei Art. 5 Abs. 4 EMRK.

¹⁵⁴⁴ Vgl. N. 1/10 ff.

¹⁵⁴⁵ Vgl. N. 1/11, 1/14.

¹⁵⁴⁶ Dieses Problem wird in dieser Untersuchung indes nicht vertieft behandelt, vgl. N. 1/22 lit. d.

¹⁵⁴⁷ BGE 105 Ib 139; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 137 f.

¹⁵⁴⁸ Art. 100 lit. e Ziff. 2 und 3 OG und z.B. in den Kantonen: Art. 28 Abs. 2 lit. b LPJA NE; Art. 106 Abs. 1 lit. d VRP GL; § 50 Abs. 2 lit. f GOG SO.

¹⁵⁴⁹ Im Bund und in einzelnen Kantonen ist der diesbezügliche Rechtsschutz ungenügend,

Rechtliche Auseinandersetzungen *zwischen Bund und Kantonen* oder zwischen andern Körperschaften und Behörden gelten als *staatsinterne Akte*¹⁵⁵⁰, welche nicht dem Individualrechtsschutz dienen. Ihr Ausschluss von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde¹⁵⁵¹ ist daher im Hinblick auf den Gerichtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung problemlos.

VII. Hinreichende Entscheidbefugnis

47 Der Gerichtszugang wäre nutzlos, wenn das Gericht in der Sache nicht selbst kompetent wäre, die allenfalls festgestellte Rechtswidrigkeit wirksam zu beheben. Das Gericht muss also gegebenenfalls die verwaltungsbehördliche Verfügung *kassieren* und zur Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückweisen können¹⁵⁵². Freilich kann die blossе Kassation in bestimmten Konstellationen ungenügend sein, namentlich wenn die Streitsache spruchreif ist und die Rückweisung das Verfahren unnötig verzögern würde. Das Gericht muss dann in der Sache selbst *reformatorisch* entscheiden¹⁵⁵³.

48 Die schweizerischen Prozessgesetze geben den Verwaltungsgerichten durchwegs eine hinreichende Entscheidkompetenz, indem sie *reformatorische /299 Entscheide* gestatten¹⁵⁵⁴. Das Bundesgericht beispielsweise macht

¹⁵⁵⁰ vgl. N. 18/41 zu Disziplinar massnahmen und Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 15 f. Vgl. zum Beschwerderecht des Gemeinwesens Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 164 ff.

¹⁵⁵¹ Vgl. Art. 100 lit. r OG (Fahrpläne); Art. 100 lit. k Ziff. 1 und 2 OG (Maturitätsausweise und Schweizerschulen, vgl. die Maturitäts-Anerkennungsverordnung vom 22.5.1968, SR 413.11, die keiner Gerichtskontrolle bedürfen, soweit es sich bei den betroffenen Einrichtungen nicht um eine privatrechtliche Trägerschaft handelt); Art. 100 lit. t Ziff. 1 OG (Entsorgungsanlagen).

¹⁵⁵² Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 231; Schmuckli, Fairness 67. So hat die staatsrechtliche Beschwerde grundsätzlich nur eine kassatorische Natur, vgl. BGE 118 Ia 69, 117 II 95 f., 115 Ia 297, 114 Ia 212 je m.w.H. Noch schwächer ausgebildet ist die Entscheidbefugnis der EMRK-Organe: diese können nur ein Feststellungsurteil fällen, vgl. Villiger, Handbuch 135, 149.

¹⁵⁵³ Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 232; Schmuckli, Fairness 68; vgl. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK N. 10/33 und zu Art. 5 Abs. 4 EMRK N. 11/16.

¹⁵⁵⁴ Vgl. Art. 114 Abs. 2 und Art. 132 OG; § 72 Abs. 1 und 2 VRP ZG; Art. 101 Abs. 1 und

allerdings von dieser Entscheidung nur ausnahmsweise Gebrauch, nämlich wenn die Rückweisung einen unnötigen Lehrlauf darstellen würde¹⁵⁵⁵; in aller Regel weist es die Streitsache an die Vorinstanz zurück¹⁵⁵⁶. Im Hinblick auf den gerichtlichen Rechtsschutz ist diese Praxis völlig unproblematisch, weil die Behörde an die gerichtlichen Erwägungen gebunden ist und die neue Verfügung wiederum der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegt¹⁵⁵⁷.

VIII. Zusammenfassende Bewertung der Ausschlusskataloge

49 Die unterschiedlichen Auffassungen betreffend die konkrete Sachzuständigkeit und Kognition der Verwaltungsgerichte haben im Bund deutliche Spuren hinterlassen. Die Lehre eines weiten, gerichtsfreien Ermessensbereiches der Exekutive¹⁵⁵⁸ hat sich förmlich in das Organisationsgesetz der Bundesrechtspflege und in entsprechende kantonale Kataloge eingeschlichen und so den umfangreichen Ausschlusskatalog legitimiert. Der Widerstand der Verwaltungen und die *Konzeptlosigkeit des Bundesgesetzgebers*¹⁵⁵⁹ in dieser

2 VRP GL (Reformation soll den Regelfall darstellen); § 17 Abs. 1 VPO BL; Art. 144 Abs. 1 CPA JU; Art. 84 Abs. 1 VRP BE; Art. 98 VRP FR; § 140 VRP LU; Art. 88 Abs. 2 VRP NW; § 51 Abs. 1 VRP TG; § 20 VRP BS; § 43 VRP SZ; Art. 54 Abs. 2 LJPA VD; Art. 80 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VRP VS; Art. 14 Abs. 2 VVGW OW; § 72 Abs. 1 VRP SO; Art. 44 LJPA NE; Art. 62 Abs. 2 VRPV UR. Die beiden Basler und die Neuenburger Verfahrensordnung sprechen bei der Kassation ausdrücklich die Bindung an die Erwägungen des Verwaltungsgerichtes aus.

¹⁵⁵⁵ Vgl. z.B. BGE 115 Ib 166, 115 Ib 147 f.

¹⁵⁵⁶ Vgl. z.B. BGE 117 Ib 235, 116 Ib 184, 116 Ib 320; Schmuckli, Fairness 68; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 232 f. zu den Gründen.

¹⁵⁵⁷ Vgl. BGE 116 Ib 320.

¹⁵⁵⁸ Vgl. N. 4/5.

¹⁵⁵⁹ Gl. A. bereits Saladin, Erweiterung 76; Votum Glasson, Amtl Bull 1967 N 24; Fleiner-Gerster, Grundzüge 246 ("Dschungel"); Bolz, Rechtsschutz 119; Kölz, Bedeutung. Trotz der Einführung der Generalklausel 1968 ist der Bundesgesetzgeber z.T. in systemwidriger Weise von der Generalklausel abgegangen und zum Enumerationsprinzip zurückgekehrt (vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 99; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren 221; Dubs, Rechtsmittel 675; Bolz, Rechtsschutz 119), so etwa in Art. 68a des Nationalbankgesetzes v. 23.12.1953, SR 951.1. In einem Wildwuchs spezialgesetzlicher Ausnahmen wurde ausserdem die Verwaltungsgerichtsbeschwerde

Frage haben wichtige Bereiche von einer gerichtlichen Kontrolle ausgespart.
/300

50 Eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Exekutivakte *setzt einen gesetzlichen Massstab* voraus; sie kann nur soweit gehen, als das Gesetzmässigkeitsprinzip reicht¹⁵⁶⁰. Sachbereiche, welche naturgemäss keiner gesetzlichen Regelung zugänglich sind, können daher von der verwaltungsgerichtlichen Generalzuständigkeit ausgeschlossen werden¹⁵⁶¹. Ein ausdrücklicher Ausschluss ist aber nicht unbedingt nötig, da die heutige Rechtsprechung des Bundesgerichtes bereits *Actes de gouvernement* anerkennt. Auch wenn gesetzlich keine Ausnahmen vorgesehen würden, so kann der Gesetzgeber mit der praktischen, richterlichen Vernunft rechnen und annehmen, dass die Gerichte die nötige Zurückhaltung in ihrem eigenen Interesse üben werden. Eine bestehende *Verfassungsgerichtsbarkeit* kann allenfalls bestehende gerichtsfreie Räume füllen, wenn ein *Acte de gouvernement* Kernbereiche grundrechtlich geschützter Freiheit in Frage stellt. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Regierung aus sachfremden, willkürlichen Überlegungen einem Bürger den diplomatischen Schutz verweigerte. In dem Sinne gibt es kein Sachgebiet bar jeglicher rechtlicher Bindungen.

51 Die "unbestimmten Rechtsbegriffe" implizieren die Kategorie der bestimmten Rechtsbegriffe. Es handelt sich freilich nur um eine scheinbare Unterscheidung, denn das abstrakte Gesetz enthält gar nichts anderes als unbestimmte Rechtsbegriffe. Die gerichtliche Nichtüberprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe läuft auf eine *kalte Abschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinaus*¹⁵⁶². Denn die Verwaltungsgerichte müssen das Verwaltungshandeln an-

vielfach ausgeschlossen. Die OG-Revision von 1991/92 hat diese Bestimmungen in die Art. 99 und 100 OG überführt (vgl. 2. OG-Botschaft, BBl 1991 II 525 f.).

¹⁵⁶⁰ Vgl. N. 18/2.

¹⁵⁶¹ Vgl. N. 18/4 ff.

¹⁵⁶² Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 222, 300 ff.; Gygi, Verwaltungsrecht 149 f.; Lendi Martin, Legalität und Ermessensfreiheit, Diss. Zürich 1958, S. 125 ff.; Bertossa Francesco, Der Beurteilungsspielraum, Diss. Bern 1984; Jost, Rechtsschutz 517, 522, 578; Bolz, Rechtsschutz 111 Anm. 69, 112; Oeter, Landesbericht Schweiz 131 Anm. 58 m.w.H.; Schmidt-Assmann, Kontrolle 31. Der Quervergleich mit dem Strafrecht bestätigt diese Auffassung: das Rechtsmittel der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde gestattet *selbstverständlich* die Überprüfung der unbestimmten Rechtsbegriffe (sic!), vgl. Schweri, Nichtigkeitsbeschwerde 51 f., 71 m.w.H.

hand der gesetzlichen Bestimmungen und der darauf aufbauenden Begriffszuschreibungspraxis prüfen können. Ansonsten verlöre die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihren Massstab und damit die Möglichkeit, Streitigkeiten zwischen einzelnen und Staat diskursiv, unter Wahrung der Personenwürde zu entscheiden. Dem Individuum würde damit der verwaltungsrichterliche Schutz nur institutionell vorgespiegelt, aber nicht wirklich gewährt. Mit dem Mäntelchen der formellen Rechtsstaatlichkeit getarnt, wäre willkürlichem Handeln /301 Tür und Tor geöffnet. "Eine Verwaltungsgerichtsbarkeit, die nicht greift, ist schlimmer als keine"¹⁵⁶³. Dementsprechend sind auch die partiellen Ausschlüsse hinsichtlich unbestimmter Rechtsbegriffe nicht gerechtfertigt¹⁵⁶⁴. Die Gerichte werden keine exzessive inhaltliche Bestimmung der Rechtsbegriffe vornehmen, sondern in eigenem Interesse die Auslegung dieser Begriffe in der Regel nur auf ihre *Vertretbarkeit* prüfen¹⁵⁶⁵.

52 Der Gesetzgeber hat insbesondere den erstinstanzlich zuständigen Exekutivbehörden mit dem Instrument des (Rechtsfolge-) Ermessens einen Bereich eigener und in der Regel abschliessend auszuübender Betätigung zugewiesen. Die Ausschlüsse im Bereich des klassischen Ermessens sind deshalb unnötig und gewissermassen doppelt, weil die Verwaltungsgerichte in der Regel keine Ermessenskontrolle ausüben dürfen¹⁵⁶⁶. Diese Ausschlüsse ziehen die unerwünschte Nebenfolge nach sich, dass vom Ermessens-Akt *abtrennbare* und damit gerichtlich prüfbare Aspekte (Tatbestand, Verfahrensrecht) mitausgeschlossen werden.

53 Der Katalog der Art. 99-101 OG und entsprechende kantonale Ausschlusskataloge können ohne Gefahr für die Regierungsfähigkeit von Bund und Kantonen ganz gestrichen werden¹⁵⁶⁷. In der Praxis haben sich das Bundesgericht und die kantonalen Verwaltungsgerichte stets vor dem "nebenregieren" gehütet und der Verwaltung den erforderlichen Beurteilungsspielraum belassen¹⁵⁶⁸. Dies ist ein gutes und legitimes Stück *richterlicher Politik*. Das in

¹⁵⁶³ Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 301.

¹⁵⁶⁴ Vgl. N. 18/25.

¹⁵⁶⁵ Vgl. Dubach, Verwaltungsgericht 653.

¹⁵⁶⁶ Vgl. N. 18/39.

¹⁵⁶⁷ Vgl. N. 21/10.

¹⁵⁶⁸ Vgl. Kaufmann, Kontrolle 175 und Debbasch, Contentieux 65 (zu den französischen Erfahrungen); partiell a.A. Dubach, Verwaltungsgericht 653.

die Verwaltungsgerichte gesetzte Vertrauen hat sich in der bisherigen Praxis mehr als gerechtfertigt. Gerade in den Kantonen mit einer lückenlosen Generalklausel¹⁵⁶⁹ haben sich diesbezüglich keine Probleme ergeben¹⁵⁷⁰. /302

¹⁵⁶⁹ Vgl. N. 18/3.

¹⁵⁷⁰ Vgl. Kley-Struller, Anspruch 42.

§ 19 Funktionalrechtliche Substitution des Verwaltungsgerichtsschutzes

I. Grundlagen

1 Der justizförmige Verwaltungsgerichtsschutz erfüllt die drei spezifischen *Funktionen*: Individualrechtsschutz, Kontrolle objektiver Rechtmässigkeit und Rechtsfortbildung sowie Legitimation staatlichen Handelns¹⁵⁷¹. Die funktionalrechtlichen Überlegungen haben gezeigt, dass die verwaltungsinterne Rechtspflege die drei Funktionen *weniger effektiv* erfüllt als die Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

2 Der Zugang zu einem unabhängigen Richter ist im öffentlichen Recht nicht die einzige Möglichkeit, die drei Rechtsschutzfunktionen möglichst optimal zu erfüllen¹⁵⁷². Es bestehen weitere *Ersatzverfahren*, die zumindest einzelne dieser drei Funktionen ebenso gut oder besser erfüllen. Je nach Sachgebiet können diese Ersatzverfahren den Verwaltungsgerichtsschutz funktionalrechtlich (zumindest teilweise) *ersetzen* oder unterstützen. Ein solches Verfahren kann dadurch neben dem verwaltungsgerichtlichen Schutz eine eigene Aufgabe und Rechtfertigung im Prozess der Rechtsverwirklichung erhalten. Der Gerichtsschutz dürfte freilich nur dann von einem Ersatzverfahren verdrängt werden, wenn dieses alle drei Funktionen besser erfüllt. Die folgende, nicht abschliessliche Darstellung¹⁵⁷³ stellt knapp derartige *Substitutionsmechanismen* vor. /303

¹⁵⁷¹ Vgl. N. 17/3 ff., 17/25 ff., 17/31 ff.

¹⁵⁷² Vgl. Internationale Juristen-Kommission, Rechtsstaatlichkeit 19 ff.

¹⁵⁷³ Der Vollständigkeit halber sind als weitere, hier nicht behandelte Mechanismen zu nennen: Die Prozessbeobachtung durch gemeinnützige, private Organisationen gemäss Art. 15 Abs. 4 des Asylgesetzes, vgl. Bolz, Rechtsschutz 204 f.; die "Öffentlichkeit", vgl. Mastronardi, Kriterien 28 f.; Parteien und Verbände, vgl. Mastronardi, Kriterien 25 f.

II. Subsidiärer Gerichtsschutz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit

3 Die funktionalrechtliche Zuweisung der Rechtsanwendung an Exekutive und Justiz hat einige Gebiete ergeben, für welche inhaltlich keine verwaltungsgerichtliche Kontrolle vorzusehen ist. Das bedeutet aber nicht, dass die Exekutive hier willkürlich handeln dürfte. Eine allgemeine *Verfassungsgerichtsbarkeit* könnte diese Lücke füllen, wenn Kernbereiche grundrechtlich geschützter Freiheit im Bereich der Actes de gouvernement gefährdet werden¹⁵⁷⁴. In dem Sinne gibt es keine Sachgebiete, die keinerlei rechtliche Bindungen kennen. In der Schweiz zeigt sich indessen ein Manko, indem die staatsrechtliche Beschwerde nur eine lückenlose Kontrolle *kantonalen Akte* ermöglicht¹⁵⁷⁵, soweit nicht andere Bundesrechtsmittel, z.B. die Beschwerde an den Bundesrat, zur Verfügung stehen. Die Akte des Bundes werden zwar im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft, diese Kontrolle ist aber gerade nicht lückenlos¹⁵⁷⁶.

III. Verstärkung des Verfahrensrechts

4 Der Gerichtsschutz - die Möglichkeit, Verwaltungsstreitsachen vor ein "unabhängiges Forum"¹⁵⁷⁷ zu bringen - ist nur ein (wichtiger) Aspekt des verfahrensrechtlichen Schutzes. Wo aus funktionalrechtlichen Gründen kein Verwaltungsgerichtsschutz stattfinden kann, da können gleichwohl die übrigen verfahrensrechtlichen Garantien (rechtliches Gehör, Akteneinsichtsrecht, Recht auf mündliche Äusserung, usw.) für einen Individualrechtsschutz sorgen. Spezifische Verfahrensrechte neben dem Gerichtsschutz können eine wirksame Kompensation des fehlenden Gerichtszuganges bewirken. Die

¹⁵⁷⁴ Vgl. N. 18/50 zu einem Beispiel.

¹⁵⁷⁵ Vgl. N. 7/1 ff.

¹⁵⁷⁶ Vgl. N. 7/4 in fine.

¹⁵⁷⁷ Fleiner, Bundesstaatsrecht 443.

Verfahrensgerechtigkeit ersetzt zu einem guten Stück die fehlende richterliche Kontrolle des Ergebnisses. *Die fehlende Gerichtskontrolle wird gewissermaßen in das Verfahren inkorporiert.* Bei Examen, Einbürgerungen oder Volksabstimmungen kann auf einen Gerichtszugang in der Sache verzichtet werden, wenn die Verfahrensgerechtigkeit ins Examen, ins Einbürgerungs-/304 oder in das Abstimmungsverfahren hinein verlagert wird¹⁵⁷⁸. Freilich muss die Einhaltung des Verfahrensrechts einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zugänglich sein¹⁵⁷⁹.

IV. Schiedsgerichtsbarkeit

5 Öffentlichrechtliche Schiedsgerichte¹⁵⁸⁰ können grundsätzlich nur durch öffentlichrechtliche Verträge eingesetzt werden¹⁵⁸¹. Abmachungen zwischen einzelnen und Gemeinwesen sind zulässig, soweit die durch Gesetz zwingend geordneten öffentlichrechtlichen Pflichten nicht unmittelbar Geltung beanspruchen¹⁵⁸², beispielsweise bei Pflichtlagern, Enteignungen oder bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private¹⁵⁸³. Dies bedeutet aber noch nicht, dass die zulässigen öffentlich-rechtlichen Verträge stets die Einsetzung eines Schiedsgerichts erlauben.

¹⁵⁷⁸ Vgl. Ehmke, Ermessen 50.

¹⁵⁷⁹ Vgl. N. 18/22 ff., 18/33, 18/36.

¹⁵⁸⁰ Die in Art. 71a Abs. 1 VwVG genannten (Rekurs- und) Schiedskommissionen sind keine Schiedsgerichte, sondern Spezialverwaltungsgerichte, die im Klageverfahren entscheiden, vgl. auch Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren* 202.

¹⁵⁸¹ Vgl. BGE 112 Ib 541.

¹⁵⁸² Vgl. BGE 103 Ia 512, 105 Ia 209.

¹⁵⁸³ Vgl. Schweizer, *Verträge* 316 f.; Imboden/Rhinow, *Verwaltungsrechtsprechung* I 282 f.; Häfelin/Müller, *Grundriss* 188 ff.

6 Bund¹⁵⁸⁴ und Kantone¹⁵⁸⁵ sehen bei Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Verträgen *stets* eine verwaltungsrechtliche Klage an ein Gericht bzw. den Beschwerdeweg an ein Verwaltungsgericht vor. Da hier eine lückenlose Klage- oder Beschwerdemöglichkeit bei einem Gericht besteht, könnte die Schiedsgerichtsbarkeit den Zugang zum staatlichen Gericht lediglich verdrängen. /305 Damit wird aber Art. 58 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt, da eine Schiedsklausel die öffentlichrechtliche Rechtsmittelordnung nicht abändern darf¹⁵⁸⁶. Wegen der zwingenden Natur der Zuständigkeitsnormen im Verwaltungsverfahrenrecht ist die Zulässigkeit öffentlichrechtlicher Schiedsgerichte fraglich; sie können jedenfalls nur einen engen Anwendungsbereich haben¹⁵⁸⁷. Die Schiedsgerichte können daher einen fehlenden Gerichtsschutz gegen die Exekutive nicht *substituieren*. Es ist ferner nicht im mindesten ersichtlich, weshalb ein öffentlichrechtliches Schiedsgericht die Rechtsschutzfunktionen besser erfüllen sollte als die staatlichen Gerichte.

V. Verwaltungsreferenden

¹⁵⁸⁴ Im Bund ist das Klageverfahren im Zuge der Entlastungsmassnahmen des Bundesgerichts im Jahr 1991 fast beseitigt worden, vgl. die alten Art. 116 lit. b OG. Nach der seit dem 1.1.1994 geltenden Regelung des Art. 116 und Art. 98 lit. e OG (vgl. AS 1993 877) verfügt die Behörde, und die Partei kann diese Verfügung mit Beschwerde weiterziehen, oder aber beide Parteien können mit Klage an eine Schiedskommission gelangen; vgl. eingehend Schweizer, Verträge 320.

¹⁵⁸⁵ Es handelt sich fast durchwegs um Klageverfahren: Art. 87 lit. b VRP BE; § 48 Abs. 1 lit. b GOG SO; Art. 147 lit. a CPA JU; § 60 Ziff. 1 VRP AG; Art. 121 Abs. 2 lit. b VRP FR; § 162 Abs. 1 lit. a VRP LU; Art. 62 Abs. 1 lit. a GOG OW. Gelegentlich findet ein Klageverfahren auch vor Verwaltungsbehörden statt: vgl. z.B. Art. 76 ff. VRP SG.

¹⁵⁸⁶ Vgl. Entscheid des Regierungsrates des Kantons Luzern v. 3.5.1964, ZBl 1964 531 (unzulässige Vereinbarung über den Ausschluss eines Rechtsmittels); Eichenberger, Unabhängigkeit 191 f.; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung I 282 hält eine Schiedsklausel in einem Enteignungsverfahren betreffend Höhe der Entschädigung für zulässig; Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung 143 unter Hinweis auf PVG 1982 Nr. 4 ablehnend.

¹⁵⁸⁷ Vgl. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 82.

7 Abstimmungen über Sachvorlagen bilden ein wesentliches Merkmal der halbdirekten Demokratie¹⁵⁸⁸. Die Sachabstimmungen legitimieren die politischen Entscheide und machen sie durchsetzbar¹⁵⁸⁹. Die Volksabstimmungen vermindern die Konfliktintensität von politischen Auseinandersetzungen und schirmen dadurch die Exekutive in den politischen Auseinandersetzungen ab¹⁵⁹⁰.

8 Bei den kantonalen Verwaltungsreferenden¹⁵⁹¹ ist die Annahme oder Ablehnung einer Vorlage nicht darauf ausgerichtet, individuellen Rechtsschutz zu gewähren¹⁵⁹², vielmehr geht es wie bei den Rechtsetzungsreferenden um die */306 politische Kontrolle des Parlamentes* zwischen den Wahlen¹⁵⁹³. Zwar kann in kleinen Verhältnissen ein einzelner Stimmbürger durchaus erfolgreich ein Verwaltungsreferendum ergreifen. Dabei steht aber weder ein Sachverhalt noch ein darauf anwendbares gesetzliches Regelwerk zur Debatte, vielmehr stehen Fragen der politischen Gestaltung und Zweckmässigkeit im Vordergrund. Bei kantonalen Verwaltungsreferenden ist meist das Entschliessungsermessen der Stimmberechtigten ausschlaggebend¹⁵⁹⁴. Dass ein Verwaltungsreferendum im Einzelfall für den oder die Betroffenen rechtsschützend wirken kann, ist mehr Zufall denn Zweck des Verwaltungsreferendums. Diese Referenden machen den Verwaltungsgerichtsschutz nicht entbehrlich, was sich daran zeigt, dass z.B. an Beschlüsse der Gemeindebürgerschaft über Nutzungspläne ein kantonales Rechtsmittelverfahren anschliessen muss¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁸⁸ Vgl. z.B. Hertig, Volksabstimmungen 252 f.

¹⁵⁸⁹ Vgl. Rhinow, Grundprobleme 203 f.; Hertig, Volksabstimmungen 253.

¹⁵⁹⁰ Vgl. Hertig, Volksabstimmungen 253. Gerade das umgekehrte führt Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit 265 f. auf das Fehlen von plebiszitären Teilnahmemöglichkeiten zurück.

¹⁵⁹¹ Im Bund übernimmt die Verfassungsinitiative allerdings immer mehr die Funktion eines Verwaltungsreferendums: grundsätzlich können auch Verwaltungsfragen einer Verfassungsinitiative zugeführt werden. Beispiel: Die vom Volk am 6.6.1993 abgelehnte Initiative "für eine Schweiz ohne neue Kampfflugzeuge.

¹⁵⁹² Gl. A. Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit 505 f.

¹⁵⁹³ Vgl. Rhinow, Grundprobleme 203; J.P. Müller, Gerechtigkeit 162.

¹⁵⁹⁴ Vgl. N. 18/22.

¹⁵⁹⁵ Vgl. Art. 33 RPG und N. 10/16 zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.

9 Die vorhandenen Referendumsinstrumente wirken freilich auf das verwaltungsrechtliche Rechtsschutzsystem zurück. Die grundsätzlich hohe Legitimität von Volksentscheiden rückt das mögliche Widerstreben von Betroffenen in ein demokratisch unvorteilhaftes Licht¹⁵⁹⁶. Die Neigung, allenfalls vorhandene Rechtsmittel gegen Verwaltungsentscheide des Stimmvolkes zu ergreifen, wird dadurch verringert. /307

VI. Volkswahl von Exekutivmitgliedern

10 Im Rechtsstaat sind alle Behörden, auch die Richter, demokratisch legitimiert¹⁵⁹⁷; sei es, dass sie direkt vom Volk¹⁵⁹⁸, sei es, dass sie vom Parlament¹⁵⁹⁹ gewählt werden. Diese Legitimationsbasis¹⁶⁰⁰ bezieht sich jedoch nur auf das Amt an und für sich, beinhaltet indes keine Blanko-Ermächtigung und "heilig" auch nicht die amtliche Tätigkeit zum vornherein¹⁶⁰¹. Selbst bei Volkswahlen

¹⁵⁹⁶ Vgl. Schmid Gerhard, Die direkte Demokratie im magischen Vieleck der Staatsziele, in ZSR 1978 I 457 ff., insb. S. 460.

¹⁵⁹⁷ Vgl. Hangartner, Parlament 474; Niebler, Unabhängigkeit 16; BVerfGE 49, 89, wonach das Parlament gemäss dem Kalkar-Beschluss keine "demokratisch" begründete Vorrangstellung gegenüber den andern Staatsorganen hat.

¹⁵⁹⁸ Heute wird in sämtlichen Kantonen die Regierung durch das Volk gewählt, vgl. z.B. § 20 Abs. 1 Ziff. 2 KV TG; vielfach werden auch Beamte wie Bezirksammänner oder Bezirksstatthalter durch das Volk gewählt, vgl. z.B. § 20 Abs. 1 Ziff. 5 KV SH.

¹⁵⁹⁹ Im Bund wird der Bundesrat weiterhin, nach mehreren erfolglosen Volksinitiativen, durch die Vereinigte Bundesversammlung gewählt, vgl. Art. 92 i.V.m. Art. 85 Ziff. 4 BV.

¹⁶⁰⁰ Eichenberger, Kommentar 252, 292 hält die vom Volk gewählte Regierung sogar für die repräsentative Behörde, was fragwürdig ist, vgl. Hangartner, Parlament 474.

¹⁶⁰¹ Gl. A. Görlitz, Puissance 275 : "Man erkannte bald, dass Wahlrecht, Repräsentation oder Ministerverantwortlichkeit nicht das tradierte Rechtsschutzbedürfnis befriedigen konnten". Nach Fehr Gerold, Wahl der Regierung in Bund und Kantonen, Diss. Zürich 1945, S. 33 ff. und Krebs Ernst, Die Volkswahl des Bundesrates, Diss. Zürich 1968, S. 123 ff. bewirkt die Volkswahl der Regierung eine Stärkung der Gewaltenteilung zwischen Parlament und Regierung und namentlich der Exekutive. Ein Mehr an Individualrechtsschutz bewirkt sie aber nicht. Vgl. aber N. 4/2 zum kantischen, prozeduralen Modell der parlamentarischen Demokratie.

findet kein verwaltungsexterner Rechtsschutz im Sinne der Rechtsschutzfunktionen statt¹⁶⁰². Die Volkswahl der Exekutivspitzen vermag die grundsätzlichen Mängel der verwaltungsinternen Rechtspflege nicht zu korrigieren.

11 Die meist im Majorzverfahren¹⁶⁰³ erfolgenden Regierungsratswahlen sind ausgesprochene Persönlichkeitswahlen. Die Volkswahl der Regierungsräte führt in allen Kantonen zu einer demokratischen Kontrolle der Verwaltungs-/308 spitze¹⁶⁰⁴. Auf diese Weise sollen die mehrheitlichen politischen Überzeugungen durch politisch gebundene Vertreter in den Exekutiven zum Ausdruck kommen. Theoretisch legitimieren die Wahlen in Verwaltungsbehörden die Politik der Amtsträger. Praktisch verwirklichen die Regierungsparteien die Transmission der politischen Strömungen vom Stimm- und Parteivolk in die Exekutivspitzen¹⁶⁰⁵. Die Regierung ist politisch von den Stimmberechtigten und der durch die Parteien und die Presse artikulierten öffentlichen Meinung abhängig¹⁶⁰⁶. Dadurch wird nicht nur die Richtung der Politik bestimmt, vielmehr kann die regierungsrätliche Verwaltungsrechtsprechung sogar beeinträchtigt werden¹⁶⁰⁷.

VII. Parlamentarische Aufsicht

¹⁶⁰² Ausnahmen im Sinne politischer Denkkzettel mit Präventivwirkung sind denkbar; so kann bei Volkswahlen ein "Machtmissbrauch" zur Nichtwiederwahl eines Kandidaten führen. Bei der spektakulären Nichtwiederwahl des amtierenden Ständeratspräsidenten Joseph Diller durch die Obwaldner Landsgemeinde 1981 stand allerdings kein Exekutivamt in Frage. Diller hatte eine Leserbriefschreiberin strafrechtlich verfolgt, was von den Stimmberechtigten als unangemessen angesehen wurde, vgl. Marti Urs, Zwei Kammern - ein Parlament, Frauenfeld 1990, S. 37.

¹⁶⁰³ Ausnahme: Kanton Zug, vgl. § 78 Abs. 2 KV ZG.

¹⁶⁰⁴ Im Bund mit der parlamentarischen Wahl ist diese Kontrolle weniger ausgeprägt, vgl. Hänni, Klage 24 ff.

¹⁶⁰⁵ Vgl. Gruner Erich, Wahlen, in: Handbuch Politisches System der Schweiz, Band 2, Bern 1984, S. 223 ff., insb. S. 234.

¹⁶⁰⁶ Vgl. Eichenberger, Kommentar 295.

¹⁶⁰⁷ Die Rekurspraxis der Regierungen kann vor Wahlen von politischen Strömungen im Kanton abhängig werden, vgl. N. 17/13.

12 Die volksgewählte (Kantone) wie auch die parlamentarisch bestellte Regierung (Bund) unterstehen der *Oberaufsicht* des Parlamentes¹⁶⁰⁸. Diese will die politische Verantwortlichkeit der Regierung realisieren, indem die Oberaufsicht die Exekutive zur Offenlegung der Gründe ihrer Handlungen oder Unterlassungen bringt¹⁶⁰⁹. Die parlamentarische Oberaufsicht spielt in jenen Sachbereichen, wo Parlament und Exekutive zusammenarbeiten müssen, so bei der Gesetzgebung, der Genehmigung von Staatsverträgen, der Aufstellung des Budgets, der Abnahme der Staatsrechnung oder der Behandlung der Geschäftsberichte. Die Aufsicht kann irgendwelche Handlungen oder Untätigkeiten der Exekutive zum Gegenstand haben, denn auf die Handlungsform der exekutivischen Tätigkeit kommt es nicht an¹⁶¹⁰. Dagegen dürfen weder Parlament noch Geschäftsprüfungskommissionen Erlasse und Verfügungen /309 der Exekutive aufheben oder sonstwie direkt in die administrative Tätigkeit eingreifen¹⁶¹¹.

13 Die parlamentarische Oberaufsicht soll generelle Mängel und fragwürdige Tendenzen aufdecken (z.B. Verfahrensverzögerungen infolge Überlastung der Behörden) und mit geeigneten Massnahmen für Abhilfe sorgen¹⁶¹². Insoweit ist sie für die Wirksamkeit des Individualrechtsschutzes von Bedeutung. Die parlamentarische Aufsicht über die Exekutive ist Rechtskontrolle¹⁶¹³, indem die Einhaltung des gesamten Rechts überprüft wird. Freilich ist das Parlament weit davon entfernt, eine umfassende oder gar erschöpfende Rechtskontrolle

¹⁶⁰⁸ Vgl. Hangartner, Parlament 498.

¹⁶⁰⁹ Vgl. G. Müller, Oberaufsicht 392.

¹⁶¹⁰ Seien es Verfügungen, Realakte, Verordnungen, Pläne, Submissionen usw., vgl. Mastronardi, Verwaltungskontrolle 14 f., 136 ff.; Aubert, Kommentar zu Art. 85 Ziff. 11 BV N. 158; Ruch Alexander, Die parlamentarische Kontrolle der mittelbaren Verwaltung im Bund, ZBl 1992 243 ff., insb. 243 f., 251.

¹⁶¹¹ Vgl. Art. 47quater Abs. 4 GVG; Hänni, Klage 31; Bolz, Rechtsschutz 198; Hangartner, Parlament 498; Burckhardt, Kommentar 695; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 536 f.; Aubert, Kommentar zu Art. 85, N. 156.

¹⁶¹² Vgl. Moor, Droit administratif II 337 f. Die Wirksamkeit dieser Aufsicht illustrieren die bemerkenswerten Beispiele aus dem Asylrecht, vgl. Bolz, Rechtsschutz 198 Anm. 13.

¹⁶¹³ Vgl. Eichenberger Kurt, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, in: Kurt Eichenberger, Der Staat der Gegenwart, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 415 ff.; Schmid Gerhard, Das Verhältnis von Parlament und Regierung im Zusammenspiel der staatlichen Machtverteilung, Basel/Stuttgart 1971, S. 24 ff.

auszuüben¹⁶¹⁴. "Das Parlament ist kein Justizorgan, weder in seiner Organisation, Zusammensetzung und Verfahrensweise noch in seiner Funktion und Legitimation"¹⁶¹⁵. Es geht in der parlamentarischen Oberaufsicht nur um eine Grobkontrolle, ob sich die Exekutive an die materiell-rechtsstaatlichen Grundsätze hält. Die Auslegung und Anwendung der Gesetze im Einzelfall darf grundsätzlich nicht Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Rechtskontrolle sein¹⁶¹⁶; vielmehr ist dazu das Verwaltungsgericht berufen. Die parlamentarische Oberaufsicht *darf und kann die fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit daher nicht ersetzen*¹⁶¹⁷. Gleichwohl ist eine *minimale, kompensatorische Funktion* der parlamentarischen Aufsicht möglich. Die Entscheide und Beschwerdeentscheide der Exekutive sind gerade keine gerichtlichen Urteile¹⁶¹⁸; sie sind daher für die parlamentarische Aufsicht "antastbarer"¹⁶¹⁹ /310 als Urteile des Bundesgerichtes oder der Spezialverwaltungsgerichte. Das Parlament sollte eine offensichtlich rechtswidrige Rechtsanwendungspraxis der Exekutive *rügen* dürfen; die Bundesversammlung hat dies in der Vergangenheit denn auch getan¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁴ Vgl. Hangartner, Parlament 498; Aubert, Kommentar, N. 159 zu Art. 85 BV.

¹⁶¹⁵ Hangartner, Parlament 498.

¹⁶¹⁶ Vgl. Brunswiler, Gewalt 16; Bolz, Rechtsschutz 198; Hangartner, Staatsrecht I 136; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 235; Heusler Bernhard, Oberaufsicht und Kontrolle im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. Basel 1993, S. 381 Anm. 169.

¹⁶¹⁷ Gl. A. Hangartner, Parlament 499, Bolz, Rechtsschutz 198.

¹⁶¹⁸ Gerichtliche Urteile sind unantastbar: Vgl. Art. 47quater Abs. 6 GVG i.V.m. Art. 21 OG und dazu Aubert, Traité II No. 1378, S. 500; Hangartner, Staatsrecht I 136. Die Bundesversammlung hat mehrere Male versucht, einzelne bundesgerichtliche Urteile umzustossen: vgl. z.B. die Affäre Nyfeler betreffend Brucellose-Erkrankung (Staatshaftung), Amtl Bull 1968 N 661 ff. (Übergriff scheiterte am Widerstand des Ständerates); sodann ist der Widerstand der Bundesversammlung gegen die "Wald-Rechtsprechung" (vgl. N. 18/29 m.H.) zu nennen, der zur Anpassung und zeitlichen Verschiebung eines Bauvorhabens beim "Mon repos" führte: Amtl Bull S 1992 56, vgl. weitere Beispiele: Poudret Jean-François, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I, N. 1.1. zu Art. 21 OG, S. 94.

¹⁶¹⁹ Vgl. Hangartner, Parlament 499 Anm. 141; Hangartner, Staatsrecht I 136; a.A. Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 533; Aubert, Kommentar zu Art. 85 BV, N. 182.

¹⁶²⁰ Vgl. Hangartner, Parlament 499; Bolz, Rechtsschutz 198 mit Beispielen; Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht 533; Burckhardt, Kommentar 696. Siehe die Forderung der Internationalen Juristen-Kommission, Rechtsstaatlichkeit 20 f.

VIII. Medien

14 Kant hatte in der *freien Feder* das einzige Mittel gesehen, um den berechtigten Ansprüchen der Individuen zum Durchbruch zu verhelfen¹⁶²¹. Den heutigen Massenmedien wird in der Tat eine kontrollierende Funktion zugeschrieben; infolge ihrer grossen Bedeutung für die demokratischen Prozesse werden sie als "vierte Gewalt" im Staat bezeichnet¹⁶²². Die politisch-gesellschaftliche Bedeutung der Medien als Kontrollinstanz findet auch im Verfassungsrecht Anerkennung¹⁶²³. Freilich spricht die Verfassung den Medien keine Kompetenzen zu¹⁶²⁴. Die Massenmedien können aber Missstände aufdecken und Kontrolleffekte in Wahlen, Sachabstimmungen oder den parlamentarischen Aufsichtsverfahren auslösen¹⁶²⁵. Die Massenme- /311 dien können ferner die parlamentarische Kritik an der Exekutive aufnehmen und in einem Ausmasse verstärken, dass sogar parlamentarische Untersuchungskommissionen eingesetzt werden (müssen)¹⁶²⁶. Die Massenmedien stützen also die beschrie-

¹⁶²¹ Vgl. N. 4/2.

¹⁶²² Vgl. z.B. Eichenberger Kurt, Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in: Eichenberger Kurt, der Staat der Gegenwart, Basel/Frankfurt a.M. 1980, S. 127 ff., insb. S. 137; Hänni, Klage 41.

¹⁶²³ Art. 55bis Abs. 2 BV und vor allem die kantonalen Bestimmungen über die Presseförderung (vgl. z.B. § 37 KV AG).

¹⁶²⁴ Wegen der demokratischen Aufgabe der Medien ist der Staat an der Meinungsvielfalt in den Medien interessiert, vgl. J.P. Müller, Kommentar, N. 50 zu Art. 55bis BV; Eichenberger, Kommentar 154 f.; vgl. Kley, Grundpflichten 108 ff. zur Überbetonung der "öffentlichen" Aufgabe der Medien in der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie.

¹⁶²⁵ Vgl. Hänni, Klage 42; vgl. N. 19/7 ff., 19/10 f., 19/12 f.

¹⁶²⁶ Gl. A. Hänni, Klage 43.

benen Kontrolleffekte; sie sind indessen in keiner Weise Verfahren des Rechtsschutzes und können dessen mangelhaften Ausbau nicht grundsätzlich ausgleichen: "Il serait donc très dangereux de croire que l'opinion publique peut exercer un véritable contrôle de l'administration, et encore plus illusoire de penser qu'elle peut compenser les insuffisances du contrôle juridictionnel"¹⁶²⁷.

IX. Ombudsstelle und Rechtsberatung

15 Die wohl interessanteste Ergänzung des bestehenden Gerichtsschutz- und parlamentarischen Verwaltungskontrollsystems stellt die in Schweden entstandene¹⁶²⁸ und mittlerweile in einigen Kantonen und Städten rezipierte *Ombudsperson* dar¹⁶²⁹. Sie ist wie der Richter von den andern Staatsfunktionen unabhängig¹⁶³⁰, dem Parlament aber rechenschaftspflichtig. Die Ombudsstelle ist berechtigt, auf Beschwerde hin oder von Amtes wegen tätig zu werden und kann in solchen Verfahren Einsicht in alle Akten nehmen. Ihre Tätigkeit unterscheidet sich grundlegend von der richterlichen Rechtsprechung. Sie kann keine Verfügungen ändern oder aufheben¹⁶³¹, sondern nur **/312 beratend**,

¹⁶²⁷ Pontier, *Contrôle* 59.

¹⁶²⁸ Vgl. Holmgren, *Protection* 35 ff.; Haller/Walter, *Der schwedische Justitieombudsman*, Zürich 1965, S. 31 ff.; Haller, *Ombudsman* 707; Braibant/Questiaux/Wiener, *Contrôle* 295 ff.; Rivero, *Contrôle* 333 f.; Matscher/Franz, *Gedanken zum aussergerichtlichen internationalen Grundrechtsschutz*, in: *Festschrift für Hans R. Klecatsky*, Wien 1990, S. 159 ff.; *Internationale Juristen-Kommission*, *Rechtsstaatlichkeit* 21 ff.

¹⁶²⁹ Vgl. § 87 ff. VRP ZH; Art. 96 KV BE (Ermächtigung); § 101 KV AG (Ermächtigung) §§ 88 f. KV BL, auch Basel-Stadt, die Städte Zürich und Winterthur kennen diese Einrichtung, vgl. Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren* 347. Im Bund war aufgrund einer überwiesenen Motion Gadiant eine Vorlage in Ausarbeitung, vgl. *Amtl Bull* 1989 N 551 ff., 1694 ff.; *Amtl Bull* 1988 S 561 ff., 602 ff. Aus finanzpolitischen Gründen soll deren Ausarbeitung verschoben werden, vgl. *NZZ* vom 12.9.1994, Nr. 212, S. 16. Auch frühere Versuche sind schon gescheitert, vgl. Marti, *Plädoyer* 8; Haller, *Ombudsman* 706 Anm. 3.

¹⁶³⁰ Vgl. Hangartner, *Parlament* 502.

¹⁶³¹ Vgl. z.B. § 89 Abs. 2 Satz 2 KV BL; § 93 Ingress VRP ZH; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren* 349; Haller, *Ombudsman* 709, 715; Bradley, *Ombudsman* 102; Fleiner, *Staatslehre* 97.

klärend und vermittelnd wirken¹⁶³². Gerade diese informelle Vermittlung zwischen Exekutive und einzelnen kann *bedeutende Lücken und Mängel des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsystems ausgleichen*¹⁶³³. Zudem befasst sich die Ombudsstelle - anders als die Gerichte¹⁶³⁴ - mit *allen Formen* des Verwaltungshandelns, nämlich mit hoheitlichen Verfügungen, mit nichtheitlichem privatrechtlichem Handeln und mit *Realakten* der Verwaltung¹⁶³⁵. Auch ist in Betracht zu ziehen, dass die Ombudsperson viel eher angegangen wird als ein Verwaltungsgericht¹⁶³⁶. Es ist von grosser Bedeutung, dass der Staat eine *Ansprechstelle* für *irgendwelche Konflikte* zwischen individuellem und Gemeinwesen schafft¹⁶³⁷. Die Ombudsperson "ersetzt in vielen Fällen das sogenannte 'Fehlen von guten Beziehungen' und ... trägt das Anliegen des wenig gewandten Bürgers dort vor, wo es der Beziehungsreiche vorzutragen wüsste"¹⁶³⁸. Hier kann vor allem die prüfende, beratende und informierende Tätigkeit der Ombudsstelle einen sich anbahnenden Konflikt schlichten oder wenigstens in die richtigen Kanäle lenken. So können unbeholfene Personen in der komplexen Organisation des Leistungsstaates¹⁶³⁹ den Zugang zur gerichtlichen oder parlamentarischen Verwaltungskontrolle finden¹⁶⁴⁰. Für Verwaltung und Legislative stellt die Ombudsstelle eine ausgezeichnete Informationsquelle dar¹⁶⁴¹. Sie unterstützt insbesondere das Parlament in seiner Aufsicht über die Verwaltung¹⁶⁴². Die Ombudsstelle verstärkt die bestehenden

¹⁶³² Anders das Konzept des dänischen Ombudsmannes, der sogar einen einzelnen vor Gericht vertreten kann, vgl. Bradley, Ombudsman 103; er ist ein eigentlicher Volksanwalt (so die Bezeichnung in Österreich, vgl. Art. 148a ff B-VG), vgl. Pickl Viktor, Das Prüfungsverfahren der Volksanwaltschaft aus funktionaler Sicht, in: Festschrift Franz Matscher, Wien 1993, 355 ff.

¹⁶³³ Gl. A. Marti, Plädoyer 5 f.; Moor, Droit administratif II 344.

¹⁶³⁴ Vgl. N. 1/10 f.

¹⁶³⁵ Vgl. Keller Beat, Der Ombudsmann der Stadt Zürich - ein schweizerisches Modell, Diss. Zürich 1979, S. 128.

¹⁶³⁶ Vgl. Marti, Plädoyer 5 f., denn der Ombudsmann ist unentgeltlich (vgl. z.B. § 94 VRP ZH) und ein Rechtsvertreter ist unnötig.

¹⁶³⁷ Vgl. Vontobel, Ombudsmann 6, 8; Auer, Protection 159.

¹⁶³⁸ Vontobel, Ombudsmann 8; Haller, Ombudsmann 714.

¹⁶³⁹ Vgl. Vontobel, Ombudsmann 5; Haller, Ombudsmann 716, 717.

¹⁶⁴⁰ Vgl. Vontobel, Ombudsmann 4, 14; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren 347.

¹⁶⁴¹ Vgl. Vontobel, Ombudsmann 3; Mastronardi, Kriterien 504.

¹⁶⁴² Vgl. die Berichterstattung gemäss § 87 Abs. 3 VRP ZH an den Kantonsrat und gemäss §

parlamentarischen Aufsichtsverfahren und die verwaltungsinterne Rechtspflege. Allerdings kann die Ombudsperson gegen /313 erlassene Verfügungen nicht vorgehen. Sie ist keine Rechtsmittelinstanz¹⁶⁴³; hier räumt nur die Verwaltungsgerichtsbarkeit einen genügenden Schutz ein. Die Ombudsstelle soll die bestehenden Rechtsschutz- und Kontrollmechanismen vervollständigen und verstärken, aber nicht etwa ersetzen¹⁶⁴⁴. Sie hebt die rechtsstaatliche Notwendigkeit einer generellen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht auf.

16 Ist eine Beschwerde unbegründet, so überzeugt die Ombudsperson den Beschwerdeführer von der Rechtmässigkeit des behördlichen Verhaltens¹⁶⁴⁵. Der Justiz können auf diese Weise unnötige Verfahren erspart werden, die vor allem auf eine mangelnde Information des Betroffenen zurückzuführen sind. Die beratende und informierende Tätigkeit der Ombudsperson kann auch von einer unabhängigen, staatlichen *Rechtsberatung* übernommen werden¹⁶⁴⁶. Einige neue Kantonsverfassungen haben die unentgeltliche Rechtsberatung als eine staatliche Dienstleistungs- und Informationsaufgabe anerkannt¹⁶⁴⁷. Öffentliche Sprechstunden von Verwaltungsbehörden¹⁶⁴⁸ stellen an sich eine ausgezeichnete Rechtsberatung dar¹⁶⁴⁹. Sie haben allerdings den erheblichen

93 lit. c VRP ZH an die vorgesetzte Behörde.

¹⁶⁴³ Im Hinblick auf Art. 26 EMRK entschied deshalb die Kommission für Menschenrechte zu Recht, dass die Ombudsstelle "was not in this case a normal effective and adequate domestic remedy", E 3893/68, X. against Sweden, CD 35, 8 oder *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme* 13/1970, S. 620. Im Urteil Leander, EGMR/A 116, §§ 81-84 sah der Gerichtshof das Verfahren vor dem schwedischen Ombudsmann *und* dem Justizkanzler als Art. 13 EMRK genügend an.

¹⁶⁴⁴ Vgl. Bradley, Ombudsman 97; Haller, Ombudsmann 712, 715 m.w.H; Internationale Juristen-Kommission, Rechtsstaatlichkeit 22.

¹⁶⁴⁵ Vgl. Vontobel, Ombudsmann 8; Haller, Ombudsmann 712 Anm. 17; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren 350.

¹⁶⁴⁶ Nach Eichenberger, Kommentar 338 müssen die Rechtsauskunftstellen zu "klärenden Vorkehren zugunsten der Benutzer befugt sein, insbesondere zu Rückfragen bei Behörden und zu *Vermittlungen*. Diese Funktion kann nur beschränkt durch eine private Rechtsberatung (durch Berufs- und Interessenverbände, Rechtsschutzversicherungen, vgl. Rohner, Probleme 241 f., 246 f.) wahrgenommen werden.

¹⁶⁴⁷ Vgl. z.B. Art. 98 KV SO oder § 97 Abs. 2 KV AG. Vgl. für Zürich Martin, Probleme 149.

¹⁶⁴⁸ Beispiel: Die öffentlichen Sprechstunden des Bauvorstandes der Stadt St. Gallen.

¹⁶⁴⁹ Vgl. den Vorschlag im Tätigkeitsbericht des kantonalzürcherischen Ombudsmannes von

Nachteil, dass für ein nachfolgendes Verfahren eine Befangenheit des betreffenden Beamten entstehen kann. /314

X. Bewertung: Mediation im Verwaltungsrecht?

17 Anders als vielfach im Zivilprozessrecht fehlt im Verwaltungsverfahrenrecht eine *Schlichtungs- oder Vermittlungsinstanz*. Die Institution des *Sühnebeamten oder Vermittlers* soll den unerfreulichen Rechtsstreit vermeiden. Das Sühneverfahren will den Kläger von der Durchführung eines unbegründeten Prozesses und den Beklagten von der Bestreitung einer begründeten Klage abhalten¹⁶⁵⁰. Diese Verfahren vor dem Sühnebeamten führen aber vielfach einzig zur Klagebewilligung (Akzessschein, Weisung oder Leitschein), ohne dass der Fall vor dem Vermittler materiell behandelt wird. Deshalb werden in einzelnen Rechtsgebieten ganz spezifische Schlichtungsverfahren eingeführt. Im Mietrecht hat diese *Akzentuierung auf Streitschlichtung und Beratung*¹⁶⁵¹ mit der Einrichtung der *Schlichtungsbehörde*¹⁶⁵² einen markanten Ausdruck gefunden. In arbeitsrechtlichen Diskriminierungsstreitsachen ist eine entsprechende Schlichtungsbehörde geplant¹⁶⁵³. Gerade im öffentlichen Recht

1992, S. 11.

¹⁶⁵⁰ Vgl. z.B. Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 1958, S. 392; vgl. auch Rohner, Probleme 269 f.

¹⁶⁵¹ Vgl. Widmer Pierre, Das Konzept der Mietrechtsrevision, in: Hangartner Yvo (Hrsg.), Das neue Mietrecht, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, neue Reihe, Band 33, St. Gallen 1991, 13 ff., insb. S. 36; Rohner, Probleme 266 f.

¹⁶⁵² Vgl. Art. 274 ff. OR.

¹⁶⁵³ Vgl. Art. 11 des vorgeschlagenen Gleichstellungsgesetzes in der Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24.2.1993, BBl 1993 I 1248, insb. S. 1327 f.

täte eine solche Vermittlungsstelle ebenfalls Not; sie vermöchte oftmals unnötige Rechtsmittelverfahren zu verhindern¹⁶⁵⁴.

18 Wie die methodologischen Untersuchungen nachgewiesen haben¹⁶⁵⁵, ist es von grosser Bedeutung, dass der einzelne seine Anliegen persönlich in einem Gespräch vorbringen kann, in dem er als Person im Dialog ernstgenommen wird¹⁶⁵⁶. Diese Möglichkeit verschafft dem staatlichen Handeln eine prozedural gewonnene Legitimation - ähnlich wie die Möglichkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes¹⁶⁵⁷. Dagegen ist die mit "Pickelhaube"¹⁶⁵⁸ und im /315 Befehlston erfolgende, apodiktische Anordnung schon von Anfang an mit dem Odium des Diktates und der Einseitigkeit behaftet¹⁶⁵⁹.

19 Von den behandelten Ersatzmechanismen hat vor allem der *Ombudsmann* eine kompensatorische und eine ergänzende Wirkung¹⁶⁶⁰. Denn die neutrale Ombudsperson nimmt das Anliegen des Betroffenen mündlich entgegen und sucht im Falle der Begründetheit der Beschwerde eine konsensuale, vermittelnde Lösung zwischen individuellem und Gemeinwesen. Die Institution der Ombudsperson macht in diesem Zusammenhang auf ein interessantes, bislang im Verwaltungsrecht noch wenig behandeltes Phänomen aufmerksam: die *Mediation*. Die sog. Mediationsverfahren stellen dialog- und konsensorientierte Problemregelungsverfahren mit Verhandlungscharakter dar, an denen die Streitbeteiligten (Behörde, Privatperson) eine Rechtsstreitigkeit unter Hinzuziehung einer neutralen, vermittelnden Person (Mediator) beizulegen versuchen. Der Mediator muss von den betroffenen Interessen unabhängig sein; er

¹⁶⁵⁴ Vgl. N. 19/21.

¹⁶⁵⁵ Vgl. N. 15/25, 17/19.

¹⁶⁵⁶ So die aus praktischer Anschauung gewonnene Forderung des kantonalzürcherischen Ombudsmannes, vgl. Tätigkeitsbericht 1992, S. 10 f.

¹⁶⁵⁷ Vgl. N. 17/31 ff.

¹⁶⁵⁸ Vgl. Weidner, Mediationsverfahren 235.

¹⁶⁵⁹ Vgl. N. 17/32.

¹⁶⁶⁰ Sieht man von der parlamentarischen Aufsicht (vgl. N. 19/12) und der staatlichen, unabhängigen Rechtsberatung einmal ab (vgl. N. 19/15 f.). Vgl. zum 1972 eingeführten "Médiateur", der französischen Version des nur der Regierung verantwortlichen Ombudsmannes: Braibant/Questiaux/Wiener, *Contrôle* 46; Pontier, *Contrôle* 58 f.

ist insbesondere mit der Verfahrensgestaltung befasst und nicht mit der Problemlösung in der Sache¹⁶⁶¹. Er hat auch keinerlei Entscheidkompetenz.

20 Die Konfliktvermittlung durch persönliche Anhörung, Beratung und Schlichtung ist dem Verwaltungsverfahrenrecht - trotz der sich zaghafst durchsetzenden Institution des Ombudsmanns - ziemlich fremd¹⁶⁶². In einem vergleichbaren Rechtsgebiet, wo die Hoheitsgewalt des Staates unzweifelhaft in Erscheinung tritt, dem *Strafrecht*, ist eine rege Diskussion über die *Mediation* im Gange¹⁶⁶³. Im Verwaltungsrecht liegt wenig Praxis zur Mediation vor. Im **/316** Umweltschutzrecht, wo die Vollzugsdefizite besonders schwer wiegen, liegen indes einige ermutigende Ergebnisse über Mediationsverfahren vor¹⁶⁶⁴. Das Umweltschutzrecht ist deshalb für diese alternativen Konfliktlösungsverfahren geeignet, weil es dem Privatrecht strukturell gleicht¹⁶⁶⁵. Das Verbandsbeschwerderecht berechtigt auch private Umweltschutzorganisationen zur Verfahrensteilnahme; diese nehmen gewissermassen das öffentliche Interesse wahr. Wie in einem Zivilprozess kann

¹⁶⁶¹ Vgl. z.B. Weidner, Mediationsverfahren 232; Hoffmann-Riem, Verhandlungslösungen 21 f.

¹⁶⁶² Dies ist überraschend, weil die Literatur im "superöffentlichen" Strafprozessrecht, zunehmend das Problem der Absprachen behandelt (vgl. Oberholzer Niklaus, Absprachen im Strafverfahren: pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell? ZStR 1993 157 ff.). Dies liegt offenbar an der gerichtsorganisatorisch begründeten Nähe zum Zivilprozessrecht.

¹⁶⁶³ Das schweizerische Institut für Rechtsvergleichung führte am 14. und 15. November 1991 eine Tagung über "Mediation als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit" durch. Der Bereich des Verwaltungsrechts wurde bedauerlicherweise gänzlich ausgespart, vgl. den Sammelband: *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits*; Lausanne, 14 et 15 novembre 1991, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 19, Zürich 1992.

¹⁶⁶⁴ Vgl. Weidner, Mediationsverfahren 233 f.; Hoffmann-Riem, Verhandlungslösungen 23; Renn Ortwin, Die Bedeutung der Kommunikation und Mediation bei der Entscheidung von Risiken, in: *Umweltrecht in der Praxis* 1992 275 ff.; Knoepfel Peter/Rey, Michel, Konfliktminderung durch Verhandlung: Das Beispiel des Verfahrens zur Suche eines Standorts für eine Sondermülldeponie in der Suisse Romande, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann, *Konfliktbewältigung II* 257 ff.; Knoepfel Peter (Hrsg.), *Lösung von Umweltproblemen durch Verhandlung. Beispiele aus dem In- und Ausland*, Basel/-Frankfurt a.M. 1993.

¹⁶⁶⁵ Vgl. N. 17/3, 17/24.

ein neutraler Mediator einen Interessenausgleich unter den Privaten ermöglichen.

Einige kantonale Verfahrensgesetze sehen nun im streitigen Verwaltungsverfahren die Möglichkeit einer gütlichen Einigung vor, falls die fragliche Materie dazu geeignet ist und kein öffentliches Interesse entgegensteht¹⁶⁶⁶. Dabei handelt es sich noch um kein eigentliches Mediationsverfahren, da die Beschwerdeinstanz die Verständigung herbeiführen soll. Die erwähnten kantonalen Vorschriften würden es aber gestatten, dass die Behörde etwa bei Grossverfahren einen Mediator (z.B. einen Sachverständigen) beizieht und mit der Schlichtung beauftragt. Die kantonalen Schlichtungsbestimmungen sind wertvoll; sie können nicht nur aufwendige Verfahren vermeiden, sondern durch die unmittelbare Beteiligung der Parteien zu einem für alle Seiten befriedigenderen und nicht zuletzt rascheren Ergebnis führen als ein Gerichtsurteil¹⁶⁶⁷. Der Bund und die übrigen Kantone sollten daher ebenfalls derartige Bestimmungen in ihre Verfahrensgesetze aufnehmen. Die Effektivität dieser Vorschriften hängt freilich stark von der geübten Praxis und der Haltung der Beschwerdebehörden ab.

Es ist interessant, dass die Appenzell I.Rh. Kantonsverfassung von 1872 bei Enteignungsstreitigkeiten ein gütliches Einigungsverfahren vorschreibt. Dies zeigt die Nähe der Schlichtungs- und Mediationsverfahren zu den gerichtlichen Verfahren, denn die andern Kantone haben für derartige Streitigkeiten /317 eine spezielle Rechtsweggarantie anerkannt¹⁶⁶⁸.

Auch das internationale Verfahren vor den Organen der Europäischen Menschenrechtskonvention sieht eine *Schlichtungsphase* vor. Nach der Zulässigkeitsklärung einer Beschwerde schlägt die Europäische Kommission für Menschenrechte nach Art. 28 EMRK eine gütliche Einigung zwischen Regierung und Beschwerdeführer vor¹⁶⁶⁹. Die Streitigkeit kann auf diesem Wege recht häufig beigelegt werden.

Im übrigen öffentlichen Recht besteht gegenüber dem Mediationsverfahren eine erhebliche Zurückhaltung. Sie beruht auf irrigen methodischen Vor-

¹⁶⁶⁶ Vgl. Art. 138 CPA JU, Art. 92 VRP FR, § 50 VRP TG, Art. 54 VRP SG. Siehe zur zurückhaltenden Praxis etwa im Kanton St. Gallen: Cavelti Ulrich, Gütliche Verständigung vor Instanzen der Verwaltungsrechtspflege, AJP 1995 175 ff.

¹⁶⁶⁷ Vgl. z.B. GVP 1967 Nr. 24b bei äusserst aufwendigen Tatbestandsermittlungen.

¹⁶⁶⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 2 KV AI und dazu N. 5/4.

¹⁶⁶⁹ Vgl. Peukert, Reform 180; Villiger, Handbuch 120 f.

stellungen, wonach die einzigrichtige und rein gesetzgesteuerte Rechtsanwendung¹⁶⁷⁰ keinen Spielraum für eine auch nur entfernte Art von Verhandlungen und Streitschlichtung zulässt. Dementsprechend spielt die Verfahrenserledigung durch Vergleich im öffentlichen Recht eine generell viel geringere Rolle als im Privatrecht.

21 Eine Stelle für Mediation im Verwaltungsrecht kann einen bestehenden, umfassenden Verwaltungsgerichtsschutz verstärken und dessen Mängel ausgleichen¹⁶⁷¹. Denn die Möglichkeit zu einer *Mediation im Verwaltungsrecht* ist gerade im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzungen wichtig: Mediationsverfahren können fruchtlose Verfahren, die aus einer ungenügenden Information oder einer etwa ruppigen Behandlung der Verfügungsadressaten herrühren, verarbeiten. So zeigen vergleichende Untersuchungen aus den Niederlanden und Deutschland, dass einerseits gerade im Verwaltungsrecht ein grosser Bedarf an Beratung und Klärung besteht. Andererseits ist die nichtstreitige oder vergleichsweise Beendigung der Verfahren gerade im Verwaltungsrecht besonders hoch¹⁶⁷². Die in Deutschland nicht bestehenden Beratungen und Vergleichsverfahren führen zu einer ganz erheblichen Mehrbelastung der Gerichte¹⁶⁷³.

Für Verwaltungsstreitigkeiten kleineren Ausmasses nimmt der Ombudsmann die Aufgabe eines Mediators in hinreichendem Masse dar. Für Verwaltungsstreitigkeiten grösseren Stils - etwa grosse Bau- und Umweltverfahren mit einer Vielzahl von Beteiligten - würde die Ombudsstelle wohl überfordert. /318 Deshalb wäre für grosse Verfahren eine eigene Stelle für Mediation zu schaffen¹⁶⁷⁴. Sie könnte wertvolle Schlichtungsdienste leisten und zu Ergebnissen führen, von denen alle Verfahrensbeteiligten profitieren. Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Verwaltungsgerichte durch solche Mediationsverfahren erheblich entlastet würden¹⁶⁷⁵; sie könnten die nicht geschlichteten

¹⁶⁷⁰ Vgl. Hoffmann-Riem, Verhandlungslösungen 22 und vgl. das Beispiel in N. 13/3.

¹⁶⁷¹ Vgl. N. 19/15 in fine.

¹⁶⁷² Vgl. Blankenburg/Verwoerd, Courts 24 f.

¹⁶⁷³ Vgl. Blankenburg/Verwoerd, Courts 28.

¹⁶⁷⁴ In vielen Kantonen sind gegenwärtig Bestrebungen im Gange, die komplexen Bau- und Umweltschutzverfahren zu *koordinieren*; damit ist aber noch kein Schlichtungsverfahren gemeint, vgl. z.B. den St. Galler Vorentwurf vom 5.10.1993 zu einem Grossratsbeschluss über koordinierte Verfahren mit erläuterndem Bericht.

¹⁶⁷⁵ Gl.A. Kunig Philip, Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln, in:

Verfahren mit ihrer stets beschränkten Personal- und Sachausstattung effizienter erledigen. Der Furcht, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die geforderte generelle Zuständigkeit¹⁶⁷⁶ zu sehr aufgebläht wird, würde damit wirksam begegnet.

22 Ombudsstelle, Mediationsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit stehen im Dienste einer prozeduralen Verwirklichung von Freiheit und Gerechtigkeit. Die Schlichtungs- und die Gerichtsverfahren ergänzen und unterstützen einander. Die Ombudsstelle und die Mediationsverfahren verhindern, dass sich die Verwaltungsgerichte mit unnötigen Beschwerden auseinanderzusetzen haben. Umgekehrt wird der potentielle Beschwerdeführer in einem formalisierten Verfahren¹⁶⁷⁷ vor dem Ombudsmann bzw. der Mediationsstelle als Person ernstgenommen; die Legitimation des Staates erhält durch die dialogischen und konsensorientierten Verfahren eine wertvolle, durch kein Verwaltungs- und Gerichtsverfahren ersetzbare Unterstützung. Ist keine Einigung möglich, so bleibt freilich nur noch der verwaltungs(-gerichtliche) Beschwerdeweg zur Lösung der Streitigkeit. /319

Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann, Konfliktbewältigung I 43 ff., insb. S. 61.

¹⁶⁷⁶ Vgl. N. 17/39 ff.

¹⁶⁷⁷ Vgl. Vontobel, Ombudsmann 10.

§ 14 Rechtsprechung und analytische Sprachphilosophie

§ 20 Bedeutung einer grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie

I. Verfassungsrechtliche Absicherung der Generalklausel

1 Die kantonalen und der Bundesgesetzgeber anerkennen die Forderung nach einer generellen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zwar grundsätzlich; sie beschränken jedoch die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit¹⁶⁷⁸. Diese negative Enumeration war politisch betrachtet der Preis für die Generalklausel. Die Ausnahmekataloge sind häufig unübersichtlich gestaltet; ferner haben die Gesetzgeber ausserhalb der Prozessgesetze weitere Ausschlüsse vorgesehen¹⁶⁷⁹. Hinter diesen Entwicklungen standen die Regierungen, welche die verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeiten zu beschneiden suchten. Ein eindrückliches Beispiel stellt die politische Auseinandersetzung um die lückenlose Generalklausel der Schaffhauser Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁶⁸⁰ dar. Gegen den Widerstand der Exekutive eingeführt, versuchte der Regierungsrat später in Vorlagen an den Grossen Rat - erfolglos - die Generalklausel einzuschränken, ohne in der Botschaft an den Grossen Rat darauf hinzuweisen¹⁶⁸¹.

Die Rechtsschutzgarantie öffnet den Zugang zu einem Richter gegenüber *sämtlichen Formen des Verwaltungshandelns*, seien dies nun Verwaltungsakte, Realakte oder Planungsakte¹⁶⁸². Die Rechtsschutzgarantie könnte damit einen Mangel des heutigen Rechtsschutzsystems ausgleichen¹⁶⁸³.

2 Die Kantone Schaffhausen, Zug, Appenzell A.Rh. und beide Unterwalden haben eine lückenlose Verwaltungsgerichtsbarkeit eingerichtet¹⁶⁸⁴. Verfassungsrechtlich sind diese Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte *nicht* abgesichert, da die Kantonsverfassungen nur ein Verwaltungsgericht ein- /320 -

¹⁶⁷⁸ Vgl. N. 18/11 ff., 18/32 ff., 18/41 ff.

¹⁶⁷⁹ Vgl. N. 18/49.

¹⁶⁸⁰ Art. 34 VRP SH.

¹⁶⁸¹ Vgl. Marti, Verwaltungsgerichtsbarkeit 52 f.

¹⁶⁸² Vgl. Schmidt-Assmann, Kontrolle 26; Ress Georg, Handlungsformen der Verwaltung und Rechtsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, in: Ress, Entwicklungstendenzen 7 ff., insb. S. 11 ff.

¹⁶⁸³ Vgl. N. 1/10 ff.

¹⁶⁸⁴ Vgl. N. 18/3.

setzen, dessen Zuständigkeiten aber der gesetzlichen Regelung überlassen¹⁶⁸⁵. Einzig Nidwalden hat 1965, seiner Zeit weit voraus, eine Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt als Grundrecht vorgesehen¹⁶⁸⁶. In der Zwischenzeit haben etliche Kantone einen allgemeinen Anspruch auf Rechtsschutz anerkannt¹⁶⁸⁷. Die gesetzliche Generalklausel ist in diesen Kantonen damit vorgegeben¹⁶⁸⁸; die Ausnahmen dürften sich nur noch auf die behandelten Sonderfälle beziehen¹⁶⁸⁹.

3 Zur Sicherung der erreichten generellen Gerichtszuständigkeit ist es unerlässlich, dass diese in der Verfassung selbst festgehalten wird¹⁶⁹⁰. Im Unterschied zu den ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten kann mit der herkömmlichen Schrankentrias¹⁶⁹¹ die zulässige von der unzulässigen Grundrechtseinschränkung *nicht* unterschieden werden¹⁶⁹². Die Verfahrensgrundrechte unterscheiden sich in diesem Punkt *grundlegend* von den andern Grundrechten. Die verfassungsrechtlich verankerte Rechtsweg- oder Rechtsschutzgarantie muss nämlich für den Gesetzgeber oder gar für einen noch tiefer stehenden Rechtsetzer¹⁶⁹³ *vollkommen unantastbar* sein¹⁶⁹⁴, ansonsten wäre mit

¹⁶⁸⁵ Vgl. Art. 55bis KV ZG, Art. 81 KV OW, Art. 80 Abs. 1 lit. d KV SH und vgl. auch N. 7/10.

¹⁶⁸⁶ Art. 3 Abs. 4 KV NW, vgl. N. 9/2.

¹⁶⁸⁷ Vgl. N. 9/5.

¹⁶⁸⁸ Vgl. N. 9/9 ff.

¹⁶⁸⁹ Vgl. N. 18/4 ff.

¹⁶⁹⁰ Vgl. Marti, Verwaltungsgerichtsbarkeit 160; Biaggini, Verfassung 211; Kottusch, Verhältnis 106; Kölz, Bedeutung 515; Bleckmann, Staatsrecht II 993; Nef, Sinn 317a; Schmidt-Assmann, Rechtsstaatprinzip 2 m.w.H.; Brunschwiler, Verfahrensschutz 129; Ule, Verwaltungsprozessrecht 19.

¹⁶⁹¹ Vgl. z.B. Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 368 ff. (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit); J.P. Müller, Kommentar, N. 113 ff. zur Einleitung zu den Grundrechten; Hangartner, Staatsrecht II 78 ff.

¹⁶⁹² J.P. Müller, Kommentar, N. 113 zur Einleitung zu den Grundrechten.

¹⁶⁹³ In entsprechender Weise wirkt die formellgesetzliche Generalklausel als Abänderungssperre gegen die nachrangigen Rechtsetzer, vgl. Urteil des Präsidenten des Berner Verwaltungsgerichts v. 18.10.1976, BVR 1977 24 f. (Regierung als Ordnungsgeber); Marti, Verwaltungsgerichtsbarkeit 160 f.; ein kommunaler Rechtssatz darf die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht ausschliessen, vgl. Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtssprechung I 381 f.; Kölz, Kommentar 38 f.

¹⁶⁹⁴ Sei es durch Einführung negativer Ausnahmen oder sei es durch eine systemwidrige Rückkehr zur Enumerationsmethode, wie dies der Bundesgesetzgeber getan hat, vgl.

der verfassungsrechtlichen Verankerung der Generalklausel nichts /321 gewonnen¹⁶⁹⁵. Der Gesetzgeber kann damit die von der Verfassung grundlegend vorgenommene Funktionsausscheidung zwar nicht mehr rückgängig machen. Er hat es aber durch die *Ausgestaltung der materiellen Rechtsordnung* in der Hand, Streitigkeiten entweder als Ermessensstreitsachen der letztendlichen verwaltungsbehördlichen Zuständigkeit zuzuweisen oder als Rechtsstreitsachen in der gerichtlichen Zuständigkeit zu belassen¹⁶⁹⁶. Eine Rechtsweggarantie beinhaltet gerade nicht das Recht, dass jede Streitigkeit ihren Richter findet¹⁶⁹⁷. Vielmehr muss die Streitsache vor dem Hintergrund eines gesetzlichen Massstabes beurteilt werden können¹⁶⁹⁸. Ein solcher Massstab fehlt, wenn das Gesetz ein Rechtsfolgeermessen vorsieht oder wenn der Gesetzgeber auf Regelungen verzichtet hat. Damit kann auch keine umfassende richterliche Beurteilung verlangt werden. Insofern ist die Rechtsweggarantie also auf die Tätigkeit des Gesetzgebers angewiesen und "einschränkbar". Selbstverständlich ist dagegen eine (verfassungs-)richterliche Überprüfung im Hinblick auf die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität immer möglich¹⁶⁹⁹.

4 Die Frage, ob die Verfassung bloss eine *Kompetenznorm* oder gar ein *Grundrecht auf Zugang zum Verwaltungsgericht* einräumt, ist von geringer Bedeutung. Auch wenn bloss die Generalklausel in der Verfassung festgehalten wird, ist damit zugleich ein Verfahrensrecht ausgesprochen. Wie es das Beispiel des Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV zeigt¹⁷⁰⁰, sind lückenlose Zuständigkeitsumschreibung und Individualrecht auf Gerichtszugang das Spiegelbild ein- und desselben Prinzips¹⁷⁰¹. Nach dem Vorbild der meisten europäischen /322

Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 99.

¹⁶⁹⁵ Vgl. Schmidt-Assmann, Rechtsstaatsprinzip 2; Bleckmann, Grundrechte II 993; Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit 526; Schenke, Kommentar, N. 70 zu Art. 19 Abs. 4 GG; Bettermann, Schutz 811; Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes Kassel v. 6.2.1980, NJW 1980 2661. Das Nidwaldner Verfassungsrecht lässt in Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Art. 69 KV NW gesetzliche Ausnahmen zu, die aber nach Ruf, Staats- und Verwaltungsrechtspflege 16 f. nur ganz ausnahmsweise zulässig sind.

¹⁶⁹⁶ Vgl. N. 10/28 ff. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK.

¹⁶⁹⁷ Vgl. Bettermann, Schutz 788; Loebenstein, Rechtsschutz 269 f.

¹⁶⁹⁸ Vgl. N. 18/1 ff.

¹⁶⁹⁹ Vgl. N. 1/22 lit. c und 7/1 ff.

¹⁷⁰⁰ Vgl. N. 7/6 ff.

¹⁷⁰¹ Das Grundrecht schreibt die Generalklausel (der Zuständigkeit der Verwaltungs- und der ordentlichen Gerichtsbarkeit) vor, vgl. Ule, Verwaltungsprozessrecht 19; Schenke,

Staaten¹⁷⁰² und einiger Kantone¹⁷⁰³ sollte die Zuständigkeitsnorm der Klarheit halber als Grundrecht formuliert werden.

II. Unmittelbare Anwendbarkeit des Grundrechtes

5 Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Rechtsweggarantie kann nicht allgemeingültig beantwortet werden. Die Erfahrungen mit den Art. 5 Abs. 4, 6 Abs. 1 und 13 EMRK zeigen, dass die unmittelbare Anwendbarkeit (1.) eine *hinreichende, innerstaatliche Infrastruktur* voraussetzt¹⁷⁰⁴ und (2.) von der *spezifischen Aufgabe* der rechtsprechenden Instanz¹⁷⁰⁵ abhängt. In der bisherigen Diskussion ist der letzte Aspekt vernachlässigt worden¹⁷⁰⁶.

Eine Gerichtsschutzgarantie erfordert im allgemeinen zunächst einen institutionellen und gesetzlichen Kontext einer bestehenden und eingerichteten Gerichtsbarkeit¹⁷⁰⁷. Hierin erweist sich der Charakter der Rechtsweggarantie als eine institutionelle Garantie¹⁷⁰⁸. Zuerst ist der Gesetzgeber gefordert und hat die Gerichtsbarkeit im Verfahrens- und vor allem im Staatsorganisationsrecht als staatliche Institution "einzurichten". Die Ähnlichkeit mit weiteren institutionellen Garantien (z.B. Gemeindeautonomie) und Institutsgarantien (Ehe und

Kommentar, N. 62 zu Art. 19 Abs. 4 GG; Bleckmann, Staatsrecht II 995 m.w.H.; Papier, Rechtsschutzgarantie 1256.

¹⁷⁰² Vgl. N. 1/22 lit. b m.H.

¹⁷⁰³ Vgl. N. 9/2 ff.

¹⁷⁰⁴ Vgl. Vortrag des Kommissionsvertreters Trechsel in der Audience publique du 20 octobre 1981 in der Affaire Van Droogenbroeck, vgl. EGMR/B 44, S. 71 ff., insb. S. 80; Trechsel, Freiheit 152 f.; Wildhaber, Erfahrungen 339; Hangartner Yvo, Besprechung der Urteile BGE 118 Ia 331 und 118 Ia 353, AJP 1993 79 ff., insb. S. 81; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 92; Kley-Struller, Anspruch 36.

¹⁷⁰⁵ Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 94.

¹⁷⁰⁶ Gl. A. Villiger, Handbuch 39. Die ältere Lehre hat z.T. zu pauschalisierend behauptet, dass z.B. Art. 13 EMRK (vgl. Wetzel, Recht 63 ff.) oder die Art. 6 Abs. 1 und 5 Abs. 3 bis 5 Abs. 5 EMRK (vgl. Haefliger, Menschenrechtskonvention 33; Schmid Bernhard, Rang und Geltung der EMRK in den Vertragsstaaten, Diss. Basel 1984, S. 113 m.w.H.) nicht self-executing seien.

¹⁷⁰⁷ Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 92 ff.

¹⁷⁰⁸ Vgl. N. 1/4 m.H.

Familie, Eigentum) ist offensichtlich. Die Budgetbehörden sind ausserdem verpflichtet, für eine hinreichende Personal- und Sachausstattung der Gerichte zu sorgen¹⁷⁰⁹. Diese Anforderungen gelten für die internationale Gerichtsbarkeit zum Schutz der Menschenrechte, für die Verfassungs- und für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gleichermassen. /323

6 Die Strassburger Konventionsorgane sind immer schon von der unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 2 bis 18 EMRK ausgegangen¹⁷¹⁰. Denn insbesondere der Gerichtshof ist gemäss Art. 45 EMRK zur Auslegung und Anwendung der Konvention berufen. Ferner war es der Wille der EMRK-Vertragsparteien, dem Individuum direkt Rechte und Freiheiten zuzusichern¹⁷¹¹. Würden die Konventionsorgane die unmittelbare Anwendbarkeit eines der in den Art. 2 bis 14 EMRK formulierten Rechte verneinen, so bedeutete dies eine Rechtsverweigerung: Der Zugang zu den EMRK-Kontrollorganen würde in einer konventionsrechtlichen Auslegungsfrage verweigert. Die unmittelbare Anwendbarkeit ist für die Konventionsorgane auch aus einem zweiten Grund kein Problem. Die Urteile des Gerichtshofes und die Entscheide des Ministerkomitees haben lediglich *feststellenden* Charakter. Sie heben den innerstaatlichen Akt nicht auf, sondern die Staaten müssen für die Bereinigung der allenfalls konventionswidrigen Rechtslage sorgen. Die Urteile sind nämlich gemäss Art. 54 EMRK von den Staaten durchzuführen. Die *Feststellungsurteile* der Konventionsorgane treffen also gerade nicht auf einen "rechtsfreien" Raum¹⁷¹², sie können sich vielmehr auf das innerstaatliche Recht und die innerstaatliche Organisation abstützen.

7 Für den *Verfassungsrichter* (z.B. bei staatsrechtlichen Beschwerden oder kantonalen Verfassungsgerichtsverfahren) stellt sich das Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit ganz ähnlich wie für die EMRK-Organen. Denn namentlich das Bundesgericht kann einen grundrechtsverletzenden kantonalen Entscheid bloss kassieren und den Kanton in einem "Appellentscheid"¹⁷¹³ /324

¹⁷⁰⁹ Vgl. N. 1/19 m.H.

¹⁷¹⁰ Vgl. z.B. Villiger, Handbuch 38; Ros Markus, Die unmittelbare Anwendbarkeit der EMRK, Diss. Zürich 1984, S. 43.

¹⁷¹¹ Vgl. Urteil Irland gegen Grossbritannien, EGMR/A 25, § 239 andeutungsweise.

¹⁷¹² Gl. A. Villiger, Handbuch 39.

¹⁷¹³ Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat erstmals in BVerfGE 21, 12 (39 f.) und seither weitere Male (vgl. z.B. BVerfGE 54, 11 [38 f.]) in Beschlüssen an den Gesetzge-

anweisen, für eine gerichtliche Beurteilung zu sorgen¹⁷¹⁴. Der Kanton kommt dieser Anweisung nach, indem das Verwaltungs- oder ein anderes Gericht sich in der noch zu beschreibenden Weise¹⁷¹⁵ zuständig erklärt. Ist dies ausnahmsweise nicht möglich, weil eine gerichtliche Organisation in einem Sektor vollständig fehlt, kann das zuständige Rechtsetzungsorgan einen dringlichen Erlass verabschieden, der die verlangte Verwaltungsgerichtsbarkeit einführt¹⁷¹⁶. Das Bundesgericht als Verfassungsgericht kann auf diese kantonale Struktur von raschen Rechtsetzungsformen abstellen und eine Rechtsschutzgarantie daher *in jedem Falle unmittelbar anwenden*.

8 Für ein *Verwaltungsgericht* stellt sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit etwas anders als für den internationalen oder den Verfassungsrichter. Im Bund und in fast allen Kantonen¹⁷¹⁷ bestehen dank Art. 98a OG Verwaltungsgerichte oder Spezialverwaltungsgerichte mit einer *breiten Sachzuständigkeit*. Der Gerichtszugang für eine Streitsache kann also im *Kontext* eines ausgebauten, gerichtlichen Rechtsschutzsystems problemlos eröffnet werden¹⁷¹⁸. Vor diesem Hintergrund ist *eine Rechtsweggarantie*

ber appelliert, Regelungen eines bestimmten Inhalts zu erlassen, die Verfassungsbeschwerde aber zurückgewiesen (vgl. Badura Peter, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 481 ff.; Dodenhoff Wilhelm, Anmerkungen zum Gewaltenteilungsprinzip und zum Rechtsschutzauftrag der Verwaltungsrichter, in: Festschrift für Helmut Dau, Berlin 1992, S. 51 ff., insb. S. 54 f.). In jüngerer Zeit erlässt das Bundesgericht ebenfalls Appellurteile, vgl. z.B. BGE 110 Ia 27: "Der Kantonsrat und die Stimmbürger von Zürich (werden) die angezeigten Schritte zu erwägen haben". Vgl. dazu Auer, Juridiction, N. 55 und die Kommentierung von BGE 118 Ia 341 durch Yvo Hangartner, AJP 1993 849, Ziff. 18 m.w.H.

¹⁷¹⁴ Beispiele: BGr v. 17.12.1992, ZVW 1993 28 ff. oder EuGRZ 1993 72 ff., E. 8 (in BGE 118 Ia 473 *nicht* publiziert): Kassation des kantonalen Entscheids und: "Der Kanton Thurgau wird .. die Zuständigkeit im Vormundschaftsbereich so zu ordnen haben, dass Angelegenheiten der vorliegenden Art wenigstens in einer Instanz" von einem Gericht geprüft werden; BGE 115 Ia 69 f.; vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 94.

¹⁷¹⁵ Vgl. N. 19/8.

¹⁷¹⁶ Um nur ein Beispiel zu nennen: St. Galler Regierungsratsbeschluss über den Rechtsweg in Zivilsachen vom 22.6.1993, sGS 961.22.

¹⁷¹⁷ M.W. hat einzig der Kanton Appenzell I.Rh. noch kein Verwaltungsgericht.

¹⁷¹⁸ Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 103.

*zweifellos unmittelbar anwendbar*¹⁷¹⁹. *Beim System der Generalklausel* sind vielfach - nach dem Vorbild des Bundes¹⁷²⁰ - gewisse Streitsachen von der Generalklausel ausgenommen. Ein Verwaltungsgericht kann den geforderten Gerichtszugang /325 zwanglos schaffen, indem es die Ausschlussbestimmung *nicht* anwendet¹⁷²¹. *Beim System der Enumeration* kann ein Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit direkt *gestützt auf die Rechtsweggarantie begründen*¹⁷²². Die Verwaltungsstreitsache wird damit, entsprechend der grundsätzlichen Anforderung der Verfahrensgarantie, in die gerichtliche Zuständigkeit überführt¹⁷²³. Der für die unmittelbare Anwendbarkeit notwendige gesetzliche Kontext einer kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit wird Art. 98a OG bis

¹⁷¹⁹ Siehe die Beispiele von BGE 118 Ia 473 = ZVW 1993 28 ff. = EuGRZ 1993 72 ff. BGE 118 Ia 333 ff., 116 Ia 60 (allerdings zu Art. 5 Abs. 4 EMRK) oder etwa Rivista di diritto amministrativo ticinese 1990 Nr. 9 (Gerichtliche Überprüfung von gemeindlichen Übertretungsstrafverfügungen); BGE 116 Ib 169 (kantonales Enteignungsverfahren). Bemerkenswert ist auch das sofortige Vorgehen der Waadtländer Gerichte nach dem Urteil Belilos: sie liessen die Einsprache gegen gemeindliche Bussenentscheide zu. Der Gesetzgeber hat später die Berufung an den Einzelrichter normiert, vgl. Gauthier Jean, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la législation pénale vaudoise, in: Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du 100ème anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne, Lausanne 1991, S. 93 ff., insb. S. 96 f.; Villiger, Handbuch 39 Anm. 40.

¹⁷²⁰ Vgl. Art. 99-101 OG.

¹⁷²¹ So die Reneja-Praxis des Bundesgerichtes, wo der als nicht unmittelbar anwendbar angesehene Art. 13 EMRK (vgl. N. 20/5) dennoch direkt angewendet wurde, vgl. BGE 109 Ib 183 und dazu Trechsel, Suisse 385; Trechsel, Einfluss 708 f.; Schmuckli, Fairness 18 f.; Kley-Struller, Anspruch 36 und m.w.H. in Anm. 165.

¹⁷²² Vgl. die Besprechung von Yvo Hangartner zu BGE 118 Ia 334, AJP 1993 79 ff., insb. S. 81; Kley-Struller, Anspruch 36.

¹⁷²³ Im Hinblick auf Art. 113 Abs. 3 BV ist die Zulässigkeit dieses Vorgehens (betreffend die Art. 99-101 OG) umstritten. Nach Haefliger, Menschenrechtskonvention 35 ff. und Villiger, Handbuch 49 darf das Bundesgericht die Vereinbarkeit der Bundesgesetze mit der Konvention deshalb nicht überprüfen, weil damit die Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertür eingeführt würde. Hangartner, Völkerrecht 677 ff. schlägt eine differenzierte Lösung vor. Die EMRK als zeitlich jüngeres Recht (1974) geht den Ausschlussbestimmungen des OG (1968) vor, zumal sich Art. 113 Abs. 3 BV über das Verhältnis Bundesgesetze und Völkerrecht nicht ausspricht. Das Bundesgericht gibt der Konvention manchmal den Vorrang, vgl. BGE 111 Ib 71 f.; BGE 118 Ia 473, E. 5 bb = AJP 1993 333 ff. = EuGRZ 1993 72 ff. Die Praxis ist jedoch nicht konsequent, vgl. Schweizer, Gerichte 628 f., 731; nach Schweizer sollte das Problem durch eine formelle Verfassungsrevision behoben werden.

zum 15.2.1997 in allen Kantonen geschaffen haben. Es besteht dann eine hinreichende Infrastruktur, um selbst für kantonale Verwaltungsgerichte die unmittelbare Anwendbarkeit einer Rechtsweggarantie zu bejahen.

III. Spezifische Funktionen einer Rechtsschutzgarantie

1. Bindung des Gesetzgebers

9 Hauptfunktion einer in der Verfassung festgelegten Gerichtsschutzgarantie gegen die Exekutive ist die *Absicherung der generellen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte*. Der Gerichtszugang wird damit *gesetzesfest*¹⁷²⁴. /326

2. Ableitung weiterer Verfahrensgarantien

10 Eine Rechtsweggarantie weist nicht nur den *Weg zum Gericht*; Sie ist nach allen Erfahrungen im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 EMRK und der Rechtsweggarantien in den europäischen Verfassungen stets auch der "Aufhänger" für die Ableitung von weiteren, eng damit zusammenhängenden Verfahrensgarantien. So beinhaltet jede Rechtsschutzgarantie den "Grundsatz der *Effektivität des Rechtsschutzes*"¹⁷²⁵, an dem die einfachgesetzlichen Verfahrensbestimmungen gemessen werden. Das bedeutet etwa, dass eine unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung, rechtliches Gehör, vorsorgliche Massnahmen, eine angemessene Dauer oder die Öffentlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten sind. Diese besonderen Verfahrensgarantien entstammen letztlich - wie der grundsätzliche Gerichtszugang als Verfahrensgarantie - dem ursprünglichen Verständnis einer prozeduralen Freiheitssicherung¹⁷²⁶.

¹⁷²⁴ Vgl. N. 20/1 ff.

¹⁷²⁵ So etwa der Grundsatz des "fair trial" des Art. 6 Abs. 1 EMRK, vgl. N. 10/2. Oder für Deutschland zu Art. 19 Abs. 4 GG und BVerfGE 35, 274; 35, 401; 40, 275; 51, 284; 61, 111; 79, 84: "tatsächliche wirksame gerichtliche Kontrolle", vgl. auch N. 1/16.

¹⁷²⁶ Vgl. N. 4/1 ff.

3. Stärkung der verwaltungsrichterlichen Unabhängigkeit

11 Eine verfassungsrechtliche Zuständigkeitsnorm ist erschwert abänderbar. Das Verwaltungsgericht muss sich daher nicht vor "Racheakten" der Regierung fürchten, die über ihr Vorschlagsrecht eine Einschränkung der bloss einfachgesetzlichen Generalklausel beantragen könnte¹⁷²⁷. Der Richter wird damit von der Verfassung mit einem stets zu respektierenden Zuständigkeitskatalog eingesetzt und kann gegenüber der zu kontrollierenden Verwaltung selbstbewusster auftreten. Das durch die verfassungsrechtliche Stellung mitbestimmte Selbstverständnis des Richters fließt unmittelbar in die richterliche "Rechtsprechungspolitik" ein, was - wie die methodologischen Untersuchungen¹⁷²⁸ zeigten - für die Rechtsanwendung in höchstem Masse relevant ist¹⁷²⁹. Die Rechtsschutzgarantie stärkt die Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit institutionell. Bei den Zivil- und Strafgerichten besteht dieses Problem nicht, da sie in der Regel nicht Akte der Exekutive nachprüfen, sondern als erste Instanzen Recht sprechen¹⁷³⁰. /327

4. Klassische Grundrechtsfunktionen und Rechtsschutzgarantie

12 Die klassischen Grundrechte erfüllen unterschiedliche Funktionen¹⁷³¹, die deshalb von entscheidender Bedeutung sind, weil die Gewährleistungen nach ihrem Wortlaut *in alle Richtungen hin offene Lapidarformeln*¹⁷³² darstellen und ihren Gehalt erst vor dem Hintergrund einer Grundrechtstheorie erfahren.

¹⁷²⁷ Vgl. das Beispiel N. 20/1.

¹⁷²⁸ Vgl. N. 14/31 ff., 15/21 ff.

¹⁷²⁹ Und zwar schon in ihrer Präventionswirkung, vgl. N. 17/20.

¹⁷³⁰ Vgl. N. 1/2.

¹⁷³¹ Vgl. zu den Grundrechtsfunktionen den heute immer noch führenden Aufsatz von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974 1529 ff. (seither in mehreren Aufsatzsammlungen abgedruckt, vgl. z.B. Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, S. 115 ff. Im folgenden wird aus der Erstpublikation zitiert; vgl. auch Hangartner, Staatsrecht II 23 ff., 70 ff.; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 355; G. Müller, Privateigentum 22 ff.; Kley, Grundpflichten 96 ff.

¹⁷³² Und zwar sind es ihrer Struktur nach unbestimmte Rechtsbegriffe, vgl. vgl. N. 18/29 m.H.

Wieweit beeinflussen die einzelnen Grundrechtstheorien das Verständnis der Rechtsschutzgarantie?

13 Die *liberale Grundrechtstheorie* räumt dem einzelnen einen Raum staatsfreier Betätigung ein (Abwehrrechte)¹⁷³³. Eine Gerichtsschutzgarantie kann nicht als eigentliches Abwehrrecht wirken. Denn sie gewährleistet ein Recht auf ein Verfahren vor einer bestimmten Behörde und findet gerade auf eine besonders staatsnahe und -durchwirkte Situation Anwendung. Die Rechtsschutzgarantie kann jedoch eine *unerlässliche Voraussetzung für die effektive Durchsetzung der liberalen Abwehrrechte* bilden; ja sie könnte sogar selbst als Bestandteil des Abwehrrechtes angesehen werden. In diesem Gedanken findet sich eine der *interessantesten Weiterentwicklungen* modernen Grundrechtsdenkens¹⁷³⁴.

14 Die Verfahrensrechte und die Gerichtsschutzgarantie kommen erst in einem rechtlich geordneten Verfahren zum Ausdruck; es handelt sich um klassische *institutionelle Garantien* des öffentlichen Rechts¹⁷³⁵. Dabei stellt sich das Problem der Abgrenzung von institutionell-gesetzlicher Ausbildung und unzulässiger Grundrechtsschranke¹⁷³⁶. Die Rechtsschutzgarantie kann in ihrem eigentlichen Sinne unwirksam werden, wenn der Zugang zum Richter durch /328 knappe Legitimationsregelungen, Fristen, Kostenbarrieren, Anwaltszwang und formelle Anforderungen verstellt wird. Der Verfassungsrichter, der über die "Einhaltung" einer Rechtsweggarantie wacht, muss auf die *Ordnungsidee an sich* zurückgreifen. Die Gerichtsschutzgarantie ist als institutionelle Garantie auf einen natürlichen Lebenssachverhalt bezogen. Sie verlangt, dass ein Verfahren aus der Verwaltung heraus zu einem Richter führt. Der verfassungsrichterlichen Rechtsprechungspolitik steht in dieser Frage ein weiterer Gestaltungsspielraum offen; gerade deshalb ist die Verfahrensfairness auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren von grösster Bedeutung.

15 Die *sozialstaatliche Grundrechtstheorie* möchte eine negative Folge der Grundrechte als reine Abwehrrechte korrigieren, indem der Staat aktiv die

¹⁷³³ Vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie 1530 f.; Hangartner, Staatsrecht II 70 f.; Häfelin/-Haller, Bundesstaatsrecht 356 f.; G. Müller, Privateigentum 26.

¹⁷³⁴ Vgl. N. 5/1 ff.

¹⁷³⁵ Vgl. N. 1/4.

¹⁷³⁶ Vgl. Böckenförde, Grundrechtstheorie 1532 f.; G. Müller, Privateigentum 26 ff.

materiellen Voraussetzungen schafft, damit der einzelne die liberalen Grundrechte tatsächlich in Anspruch nehmen kann¹⁷³⁷. Für die Rechtsschutzgarantie ergeben sich daraus keine neuen Konsequenzen. Die Forderung, dass jedermann unabhängig von seiner materiellen Situation an den Richter gelangen können muss, ist in der Ordnungsidee enthalten. Die Rechtsschutzgarantie hat ihrerseits einen sozialstaatlichen Einschlag¹⁷³⁸

IV. Materieellrechtlicher Gehalt einer Rechtsweggarantie?

16 Der Gedanke eines umfassenden gerichtlichen Rechtsschutzes ist aus dem Gewaltenteilungsprinzip und insbesondere dem Legalitätsprinzip entstanden¹⁷³⁹. Danach wird stets vorausgesetzt, dass eine Gesetzgebung erlassen wurde und in Kraft ist. Das demokratische Rechtsetzungsverfahren sichert freilich die Freiheit nur ungenügend, daher hat eine prozedurale Freiheits-sicherung namentlich im Verfahren der (strittigen) Rechtsanwendung zu erfolgen. Nach diesem Konzept ist es geradezu selbstverständlich, dass eine Rechtsweggarantie für sich keine materiellrechtlichen Postulate enthält. *Sie /329 garantiert weder einen bestimmten Inhalt, noch ein flächendeckendes Mass an Gesetzgebung.*

17 Die Konventionsorgane haben in ihrer Rechtsprechung festgehalten, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK keine materiellrechtlichen Postulate enthält¹⁷⁴⁰. In dieser Frage besteht eine geradezu verblüffende Übereinstimmung mit dem deutschen Bundesverfassungsgericht in bezug auf Art. 19 Abs. 4 GG¹⁷⁴¹. Der Gesetzgeber

¹⁷³⁷ Vgl. J.P. Müller, Soziale Grundrechte 819; Böckenförde, Grundrechtstheorie 1535 f.; G. Müller, Privateigentum 31 f.

¹⁷³⁸ Die *Werttheorie der Grundrechte* und ihr spezieller Anwendungsfall, die demokratisch-funktionale Theorie bringen hier keine neuen Erkenntnisse (vgl. allgemein Böckenförde, Grundrechtstheorie 1533 ff.). Die Gerichtsschutzgarantie würde völlig von den zu verwirklichenden Werten (z.B. "wehrhaftes" Individuum oder "verwaltungstreues und gehorsames Individuum") abhängig.

¹⁷³⁹ Vgl. N. 4/1 ff.

¹⁷⁴⁰ Vgl. N. 10/28 f. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und auch N. 7/15 zu Art. 113 Abs. 1 BV.

¹⁷⁴¹ Für Art. 19 Abs. 4 GG: BVerfGE 78, 226; Schmidt-Assmann, Kommentar zu Art. 19

ist nach ständiger deutscher Rechtsprechung durch die Rechtsweggarantie weder verpflichtet, bestimmte subjektive Rechte anzuerkennen, noch muss er in allgemeiner Weise tätig werden. Die grundrechtliche Rechtsschutzgarantie enthält kein "Verrechtlichungsgebot"¹⁷⁴². Denn der gerichtliche Rechtsschutz gegen die Exekutive ist gerade aus dem Legalitätsprinzip heraus entstanden. Die Herleitung eines Verrechtlichungsgebotes aus der Rechtsweggarantie würde nicht nur das Legalitätsprinzip unnötigerweise "verdoppeln", sondern ideengeschichtlich handelt es sich um einen eigentlichen Zirkelschluss. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz schliesst an das Legalitätsprinzip an¹⁷⁴³ und vollendet die in der parlamentarischen Beratung begonnene prozedurale Freiheitssicherung. /330

Abs. 4 GG, N. 129; Schmidt-Assmann, Kontrolle 26; Papier, Rechtsschutzgarantie 1236, 1252; Schenke, Kommentar zu Art. 19 Abs. 4 GG, N. 438.

¹⁷⁴² So aber die These von Achterberg, Funktionenlehre 207 und vor allem Lorenz, Rechtsschutz 14 ff., welche auf Ablehnung gestossen ist: vgl. Schmidt-Assmann, Kommentar zu Art. 19 Abs. 4 GG, N. 129; Papier, Rechtsschutzgarantie 1236, 1252; Schenke, Kommentar zu Art. 19 Abs. 4 GG, N. 438.

¹⁷⁴³ Vgl. N. 4/3.

Teil VI

Konzeptionelle Postulate

§ 21 Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Verwaltung

I. Begründung des Postulats

1 Nach dem ursprünglichen Konzept der französischen Revolution stellen Freiheitsrechte objektives Recht dar. Die Freiheitsrechte werden nicht durch ein Verfassungsgericht als vielmehr durch den demokratischen und partizipativen Vorgang des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens *selbst* geschützt und umgesetzt. Der Gesetzespositivismus als politische Idee stellt die Anbindung der Exekutive an das demokratische Gesetz sicher. Anlässlich der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland hat der Positivismus den Regierungen die gerichtliche Verwaltungskontrolle politisch näherbringen wollen.

2 Das methodologische Problem ist jedoch, spätestens seit dem Erfolg der juristischen Hermeneutik, nicht einfach lösbar. Nach dem klassischen hermeneutischen Modell ist das Ergebnis der Gesetzesauslegung vom *Vorverständnis* des Anwenders abhängig. Das Vorverständnis ist freilich nicht etwa ein unerwünschter, unsachlicher Einfluss auf den Prozess der Rechtsverwirklichung, es ist vielmehr eine unablässige Voraussetzung des Verstehens in der Applikation¹⁷⁴⁴.

Die ebenfalls auf der Hermeneutik aufbauenden Ansätze der modernen analytischen Sprachphilosophie haben insbesondere die tradierten sprachphilosophischen Auffassungen (der Abbildtheorie, des Intentionalismus und des Essentialismus) als nicht mehr haltbar erscheinen lassen. Es ist vor allem für die juristische Methodenlehre von grösster Bedeutung, dass sie normativ kein zuverlässiges methodisches Vorgehen vorschreiben kann. Das Befolgen von sozialen Regeln und von Rechtsnormen erfolgt demnach nicht über eine Meta-Methode oder über Inspirationen, sondern durch eine eingeübte und von den Menschen gemeinsam erzeugte, soziale *Praxis*¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴⁴ Vgl. N. 13/13.

¹⁷⁴⁵ Vgl. N. 14/37 f.

Der rechtssoziologische Ansatz der Ethnomethodologie unternimmt es, gewissermaßen in Fortsetzung der analytischen Sprachphilosophie, diese soziale Praxis des Regelbefolgens sozusagen "mikrosozial" in den einzelnen /334 Rechtsanwendungssituationen (z.B. Gerichtsverhandlungen, Verhandlung bei einem Gesuch um Sozialhilfe usw.) zu untersuchen. Das Verstehen ist nur deshalb möglich, weil die Akteure einer Situation eine gemeinsame "Wirklichkeit" erzeugen, auf deren Ebene sie einander Begriffe und Verhaltensweisen zuschreiben können. So wird die Bedeutung einer Rechtsnorm nicht mittels "Auslegung" entnommen, sondern erst prozedural in einer konkreten Situation geschaffen. Die Gesetzesauslegung in der Rechtsanwendungssituation ist also ein überaus kreativer Vorgang¹⁷⁴⁶.

3 Die beeindruckenden politikwissenschaftlichen und methodologischen Untersuchungen von Bernd Rüthers, aber auch andere politikwissenschaftliche Forschungen, belegen den Zusammenhang von "Zeitgeist" und Auslegungsergebnis. Danach sind gerade jene methodischen Auffassungen politisch gefährlich, welche dem Ausleger unter Bezugnahme auf intentionalistische und essentialistische Rückgriffe das Auffinden der einzigrichtigen Auslegungen erlauben. Auch die Anrufung des "Wortlautes" oder der semantischen Lehren geben dem Auslegungsvorgang ein scheinbar wissenschaftliches, objektives Gewand. Im Grunde übertünchen sie den schöpferischen Anteil der Akteure an einer Rechtsanwendungssituation¹⁷⁴⁷.

4 Weder die Verwaltung noch der Richter kann mit dem Subsumtionsmodell und einer normativen Methode an das Gesetz "gebunden" werden. Wie schon die Hermeneutik haben noch deutlicher die analytische Sprachphilosophie und die Ethnomethodologie das "einfache Modell der Gesetzesbindung" - so darf man heute feststellen - *widerlegt*. Die Anwendung der Rechtsnormen ist ein überaus komplexer Vorgang, dem seinerseits eine *schöpferische Komponente* eignet.

¹⁷⁴⁶ Vgl. N. 15/21 ff.

¹⁷⁴⁷ Vgl. N. 16/17.

5 Es ist gerade vor dem Hintergrund der eingetretenen Machtverschiebung zwischen Parlament und Exekutive¹⁷⁴⁸ offensichtlich, dass die demokratische Gesetzgebung die Freiheit nicht genügend sichern kann. Da Rechtsanwendung und Rechtsprechung eine schöpferische Komponente innehaben, ist der prozedural-freiheitssichernde Rechtsetzungsvorgang im Parlament nicht abgeschlossen, sondern muss in der konkreten Rechtsanwendungssituation fortgeführt und erst *vollendet* werden. Es handelt sich um eine Art demokratische /335 *Recht-Setzung* zweiter Stufe. Demokratische Gesetzgebung und repressive Kontrolle der Exekutive durch *die am Legalitätsprinzip orientierte Verwaltungsgerichtsbarkeit* sind Gegenstücke ein- und desselben Grundgedankens.

Der einzelne darf nicht das Objekt der exekutivischen Machtausübung sein; seine Persönlichkeit bedarf vielmehr des verfahrensmässigen Schutzes. Zum Kern jeder verfahrensrechtlichen Sicherung gehört die Möglichkeit, dass eine Streitsache vor eine unparteiische und unabhängige Instanz gebracht werden kann. Ein solch "unabhängiges Forum"¹⁷⁴⁹ kann sich am ehesten der sozial kontrollierten, gemeinsam erzeugten "Wirklichkeit" entziehen. Aus diesem Grunde sollte in Bund und Kantonen ein *allgemeiner Gerichtsschutz gegen Akte der Verwaltung eingeführt werden*.

6 Die internationale Staatengemeinschaft legt ihr Augenmerk zunehmend auf einen gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Exekutive. Dies zeigt sich an der Rechtsprechung der Konventionsorgane zu Art. 6 Abs. 1 EMRK, des UNO-Menschenrechtsausschusses zu Art. 14 Abs. 1 CCPR und insbesondere auch des EU-Gerichtshofes, welcher im Gerichtsschutz gegen die Exekutive einen allgemein anerkannten Grundsatz des Unionsrechts erblickt¹⁷⁵⁰. Eine schweizerische Gerichtsschutzgarantie hätte demnach den Charakter eines eigenständigen Bekenntnisses zu einem zentralen, rechtsstaatlichen Grundsatz.

7 Der gerichtliche Rechtsschutz lässt sich durch andere Verfahren, die mitunter auch der Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips dienen, *nicht ersetzen*. Der Gerichtsschutz kann aber namentlich durch die *Ombudsperson* oder eine *Stelle für Mediation* verstärkt werden¹⁷⁵¹. Es ist gerade für die

¹⁷⁴⁸ Vgl. N. 16/18 ff.

¹⁷⁴⁹ Fleiner, Bundesstaatsrecht 443.

¹⁷⁵⁰ Vgl. N. 12/1 ff.

¹⁷⁵¹ Vgl. N. 17/1 ff.

Effektivität der Verwaltungsgerichtsbarkeit von grosser Bedeutung, dass namentlich komplexe Verwaltungsverfahren, die für den einzelnen wenig durchschaubar sind, an eine Mediationsinstanz gebracht werden können. Auf diese Weise wird - wie Untersuchungen aus den Niederlanden zeigen¹⁷⁵² - die Verwaltungsgerichtsbarkeit von manchen unnötigen Beschwerden entlastet. Zudem ermöglicht die mediative Aussprache zwischen den Parteien eine viel breitere Akzeptanz der Verwaltungsentscheide. Die Ausweitung der Sachzuständigkeit der Verwaltungsgerichte braucht daher nicht unbedingt ein entsprechendes Ansteigen der Geschäftslast zu bewirken. /336

II. Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts? -

8 Das Bundesgericht anerkennt Freiheiten als ungeschriebene Freiheitsrechte des Bundesverfassungsrechts, (1.) die eine *Voraussetzung für die Ausübung einer anderen Freiheit der Bundesverfassung sind* oder (2.) die *unentbehrlicher Bestandteil der rechtsstaatlichen und demokratischen Ordnung des Bundes sind*¹⁷⁵³. Zusätzlich stellt das Bundesgericht in Rechnung, dass "die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit entspricht und von einem allgemeinen Konsens getragen ist"¹⁷⁵⁴.

9 Der gerichtliche Rechtsschutz kann nun in folgender Weise als Voraussetzung für die Ausübung der andern Freiheitsrechte der Bundesverfassung gelten. Die Grundrechte beinhalten demnach nicht nur inhaltliche Abwehrpositionen, sondern zusätzlich die Gewähr ihrer effektiven Verwirklichung durch einen unabhängigen Richter¹⁷⁵⁵. Der Gerichtsschutz ist - wie die frühe Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Eigentumsgarantie gezeigt hat - selbst verfahrensrechtlicher Bestandteil jeder Grundrechtsgewährleistung. Hinsichtlich der Kantone wird dieser Teilgehalt der verfassungsmässigen

¹⁷⁵² Vgl. N. 19/21.

¹⁷⁵³ Vgl. z.B. BGE 96 I 107, 104 Ia 96, 107 Ia 279, 115 Ia 268; vgl. auch Hangartner, Staatsrecht II 65 f.; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht 350.

¹⁷⁵⁴ BGE 115 Ia 268, 107 Ia 279, 104 Ia 96; Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit 156.

¹⁷⁵⁵ Vgl. N. 5/1 ff.

Rechte durch die *Rechtsweggarantie des Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV* fast ausnahmslos verwirklicht.

Die Gerichtsschutzgarantie ist ein unentbehrlicher Bestandteil der rechtsstaatlichen und demokratischen Ordnung des Bundes. Das Rechtsstaatsprinzip wird gerade durch die Vorherrschaft des demokratischen Gesetzes realisiert. Das prozedural verstandene Legalitätsprinzip findet freilich nur dann seine Vollendung, wenn der einzelne im Streitfall vor eine verwaltungsunabhängige Instanz gelangen kann, welche die Einhaltung des Gesetzes in einem kontradiktorischen Verfahren prüft.

Die Rechtsweggarantie entspricht ferner einer allgemein verbreiteten Verfassungswirklichkeit, denn fünf Kantonsverfassungen anerkennen sie ausdrücklich¹⁷⁵⁶. Weitere Kantone besitzen eine nahezu lückenlose gesetzliche Generalklausel der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit¹⁷⁵⁷. Vor allem aber anerkennen nahezu sämtliche Staaten Westeuropas eine Rechtsweggarantie¹⁷⁵⁸. Im **/337** Völkerrecht setzt sich der Gerichtsschutz gegen die Exekutive immer mehr als ein menschenrechtlicher Anspruch durch¹⁷⁵⁹.

Die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Rechtsschutzgarantie durch das Bundesgericht sind offensichtlich gegeben; gleichwohl besteht für das Bundesgericht ein bedeutendes Hindernis, eine solche Garantie anzuerkennen.

10 Art. 113 Abs. 3 bzw. 114bis Abs. 3 BV geben dem demokratischen Gesetzgeber eine Vorrangstellung. Das Bundesgericht darf demnach das Organisationsgesetz der Bundesrechtspflege - namentlich die Art. 99-101 OG - *nicht* auf die Vereinbarkeit mit dem anzuerkennenden, allgemeinen Verfahrensgrundrecht auf Gerichtsschutz überprüfen. Solange der Ausnahmekatalog des Art. 99-101 OG unverändert fortbestehen bleibt, ist das Bundesgericht gehindert, eine Rechtsweggarantie anzuerkennen. Diese liesse sich nur gegen die Kantone, nicht aber den Bund durchsetzen. Der allgemeingültige Charakter dieser Garantie verbietet aber eine bloss partielle Durchzusetzung. Sollte wie geplant¹⁷⁶⁰ im totalrevidierten Organisationsgesetz der Bundesrechtspflege eine bis auf Actes de gouvernement lückenlose Verwaltungsgerichtsbarkeit einge-

¹⁷⁵⁶ Vgl. N. 9/5 ff.

¹⁷⁵⁷ Vgl. N. 18/3.

¹⁷⁵⁸ Vgl. N. 1/22 lit. b.

¹⁷⁵⁹ Vgl. N. 10/1 ff., 11/1 ff., 12/1 ff.

¹⁷⁶⁰ Vgl. Koller, Verwaltungsrechtspflege 394.

führt werden, stünde dem Bundesgericht die Anerkennung einer ungeschriebenen Rechtsweggarantie offen¹⁷⁶¹. Dieses Grundrecht richtete sich dann gegen die in der gerichtlichen Pflege des kantonalen Verwaltungsrechts immer noch säumigen Kantone.

11 Eine allgemeine Rechtsschutzgarantie in Verwaltungssachen hätte bis vor kurzem eine bedeutende Umgestaltung der kantonalen Staatsorganisation bewirkt. Einige Kantone kannten bislang überhaupt keine Verwaltungsgerichte oder nur Spezialverwaltungsgerichte (Rekurskommissionen). Eine solche Umgestaltung der Rechtsordnung steht nach herkömmlicher Auffassung nur dem Verfassungs- und Gesetzgeber, nicht aber dem Verfassungsrichter zu. Mit dem neuen Art. 98a OG¹⁷⁶² wird aber selbst für ein Verwaltungsgericht die *Justitiabilität* einer anzuerkennenden allgemeinen Rechtsweggarantie bis zum 15.2.1997 gegeben sein¹⁷⁶³. /338

12 Das Bundesgericht ist durch das Anwendungsgebot für Bundesgesetze (Art. 113 Abs. 3 und 114bis Abs. 3 BV) nach wie vor gehindert, eine allgemeine Rechtsweggarantie als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung anzuerkennen. Das Problem des teilweise immer noch fehlenden Gerichtsschutzes gegen die Exekutive muss daher auf dem Wege der Verfassungsgebung gelöst werden. Bei der geplanten Totalrevision des Bundesrechtspflegegesetzes und der Kürzung der Art. 99-101 OG ist nun auch beabsichtigt, die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrechtspflege zu überprüfen. Dies wäre der geeignete Anlass, eine Rechtsweggarantie in die Bundesverfassung einzufügen

¹⁷⁶¹ Ausser das Postulat des Art. 20 Abs. 5 VE würde ohnehin demnächst realisiert, vgl. N. 21/13 ff.

¹⁷⁶² Vgl. N. 2/18 ff.

¹⁷⁶³ Vgl. N. 20/8.

III. Oder Einfügung des Grundrechts in die Bundesverfassung?

13 Bereits 1954 lancierte der Landesring der Unabhängigen eine Verfassungsinitiative auf Einführung der Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit mit dem System der Generalklausel¹⁷⁶⁴. Die vorgeschlagene Bestimmung hätte ähnlich wie Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV als Kompetenz- und Grundrechtsnorm einen Gerichtsschutz gegen die öffentliche Gewalt eingerichtet. Die Initiative wurde indes nicht eingereicht. Das Postulat ist schliesslich 1968 mit der Teilrevision der Art. 97 ff. OG grösstenteils verwirklicht worden.

14 Die Kantone Solothurn, Genf und die Studiengruppe des Kantons St. Gallen hatten der Arbeitsgruppe Wahlen vorgeschlagen, in der Bundesverfassung sei eine allgemeine Rechtsweggarantie einzuführen¹⁷⁶⁵. Die St. Galler Regierung widersprach ihrer Studiengruppe und befand, dass die Schweiz ein Rechtsstaat bleiben sollte und der Schritt zum angeregten "Justizstaat" unrichtig sei. "Es ist auch nicht so, dass nur der Richter und dieser gewissermassen unfehlbar eine objektive Rechtspflege bewirken könnte". Sie belebte damit noch einmal die alten, in den letzten siebenzig Jahren immer wieder vorgebrachten Argumente gegen die verwaltungsgerichtliche Kontrolle¹⁷⁶⁶. Die Arbeitsgruppe /339 Wahlen zur Totalrevision der Bundesverfassung listete im Schlussbericht Argumente für und wider eine Rechtsweggarantie auf, enthielt sich aber einer abschliessenden Stellungnahme¹⁷⁶⁷.

15 Der Zug der Zeit fuhr indessen in die Richtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Allmählich wurde die Notwendigkeit eines verfahrensrechtlichen Ausgleiches gegen die immer mehr gesteigerte Macht der Exekutive in der Gesetzgebung anerkannt. Zudem wuchs in den Regierungen selbst die Einsicht,

¹⁷⁶⁴ Vgl. Nef, Gesetzgebung 317a.

¹⁷⁶⁵ Vgl. Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung. Antworten auf die Fragen der Arbeitsgruppe, Band I: Kantone, Bern 1969/70, S. 471 f., 720, 756 f., 963.

¹⁷⁶⁶ Vgl. N. 16/10.

¹⁷⁶⁷ Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1973, S. 174 ff.; vgl. auch Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 98.

dass ihre umfangreiche Rechtsprechungstätigkeit sie in der eigentlichen Regierungstätigkeit behindere¹⁷⁶⁸. Dieser Gesinnungswandel machte sich auch bei der Expertenkommission geltend, die in Art. 20 Abs. 5 des Verfassungsentwurfes von 1977 (VE) eine relativ allgemeine Rechtsschutzgarantie vorschlug¹⁷⁶⁹:

"Gegen Verfügungen der Verwaltung kann der Betroffene in letzter Instanz bei einem Gericht Beschwerde führen; das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen".

16 Die Vernehmlassung ergab ein überaus positives Echo¹⁷⁷⁰, sodass die Rechtsschutzgarantie in der Modell-Studie des EJPD¹⁷⁷¹ als Art. 21 Abs. 6 beibehalten wurde. Die Gegner einer allgemeinen Gerichtsschutzgarantie argumentierten nicht grundsätzlich gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit; sie hielten aber dafür, dass die Kantone sich aus föderalistischen Argumenten selbst /340 dazu entschliessen sollten¹⁷⁷². Einzig der Zürcher Regierungsrat lehnte die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich ab, da seine umfangreiche Rechtsprechungstätigkeit das wichtigste Aufsichts- und

¹⁷⁶⁸ Vgl. N. 17/37.

¹⁷⁶⁹ Im Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision 51 wird die Rechtsschutzgarantie nur beschrieben; eine eigentliche Begründung fehlt erstaunlicherweise.

¹⁷⁷⁰ Vgl. Totalrevision der Bundesverfassung. Vernehmlassung zum Verfassungsentwurf 1977, Zusammenfassung sämtlicher Vernehmlassungen, 4 Bände mit durchgehenden Seitenzahlen, Bern Dezember 1980, S. 520 ff. Siehe im einzelnen: Totalrevision der Bundesverfassung, Originaltext der Vernehmlassungen auf Systematisierungsblättern nach Problembereichen und Verfassungsbestimmungen geordnet (Arbeitspapier), Bern, Dezember 1980, Band 7: zu Art. 20 Abs. 5 VE: 3526 UR; 3529 BS; 3531; 3535 SVP Schweiz, 3541 Schweiz. Anwaltsverband; 3542 Assoc. suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire; 3550 Schweiz. Verband der Akademikerinnen. - Zahlreiche Vernehmlasser kritisierten die vorgesehene Ausnahmemöglichkeit: vgl. S. 3533, 3534, 3538, 3539, 3543, 3544, 3545, 3548, 3549, 3551.

¹⁷⁷¹ BBl 1985 III 189 ff.

¹⁷⁷² Totalrevision der Bundesverfassung, Originaltext der Vernehmlassungen auf Systematisierungsblättern nach Problembereichen und Verfassungsbestimmungen geordnet (Arbeitspapier), Bern, Dezember 1980, Band 7: Zu Art. 20 Abs. 5: 3527 GL; 3530 AR; 3532 Regionalkonferenz der Regierungen der Nordwestschweiz.

Informationsmittel über die Gemeinden und untergeordneten Verwaltungsstellen dastelle.¹⁷⁷³

17 Da dem Vorschlag des Verfassungsentwurfes fast kein Widerstand erwuchs, sind die Verwirklichungschancen einer Rechtsweggarantie nicht schlecht. Das Postulat eines generellen Gerichtsschutzes gegen die Exekutive ist freilich zu wichtig, als dass die Bemühungen zur Totalrevision der Bundesverfassung abgewartet werden können. Im Zuge der geplanten OG-Totalrevision sollten daher auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen angepasst und mit einer Rechtsweggarantie versehen werden.

Diese Garantie liesse sich einerseits als Grundrecht (Anspruch auf Rechtsschutz) oder andererseits als verfassungsmässig festgeschriebene Generalklausel bei der Kompetenzzuteilung der (Verwaltungs-) Gerichte formulieren. Beide Möglichkeiten führen zum selben Ergebnis. Aufgrund der erheblichen Integrationswirkung einer Gerichtsschutzgarantie sollte sie als Grundrecht in der Bundesverfassung fixiert werden. Die Grundrechtsbestimmungen geniessen unter den Verfassungsbestimmungen das höchste Ansehen und dürften politisch gegen mögliche Einschränkungen durch den Gesetzgeber zusätzlich geschützt sein¹⁷⁷⁴.

Als Grundrecht der Bundesverfassung würde die Rechtsweggarantie Bund und Kantone verpflichten¹⁷⁷⁵. Unter Umständen müsste aber für die wenigen säumigen Kantone eine Übergangsfrist von drei bis fünf Jahren eingeräumt werden. Bei den meisten Kantonen wäre dies nicht notwendig, da sie bereits allgemeine Verwaltungsgerichte mit sehr breiter Sachzuständigkeit kennen.

/341

¹⁷⁷³ Totalrevision der Bundesverfassung, Originaltext der Vernehmlassung auf Systematisierungsblättern nach problembereichen und Verfassungsbestimmungen geordnet (Arbeitspapier), Bern, Dezember 1980, Band 7, S. 3525 zu Art. 20 Abs. 5

¹⁷⁷⁴ So wurde in Deutschland nach einer ausführlichen Diskussion der Rechtsweg für Asylbewerber (Art. 16 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG) nicht angetastet, vgl. zum völkerrechtlichen Rahmen namentlich nach Art. 6 und 13 EMRK: Frowein Jochen/Zimmermann Andreas, Der völkerrechtliche Rahmen für die Reform des deutschen Asylrechts, Köln 1993, S. 29 ff., 40 ff.

¹⁷⁷⁵ Vgl. N. 23/1.

IV. Negative Auswirkungen?

18 Die Regierungen haben die Verwaltungsgerichtsbarkeit unter Hinweis auf den "Justizstaat" abgelehnt oder zumindest nur in einem beschränkten Sektor zur Entfaltung bringen wollen. Den klaren Beleg, dass eine lückenlose Generalklausel nicht zu einer "Richterregierung"¹⁷⁷⁶ führt, liefern die vier Kantone Zug, Schaffhausen und beide Unterwalden, die eine nahezu uneingeschränkte gesetzliche Generalklausel kennen. Die befürchtete Behinderung oder gar Entmachtung der Regierung hat in diesen Kantonen nicht stattgefunden¹⁷⁷⁷.

19 Die folgenden §§ 22-24 setzen die gefundenen, konkreten Ergebnisse in weitere konzeptionelle Postulate um. Welche Ausnahmen von einer allgemeinen Gerichtsschutzgarantie können vorgesehen werden (§ 22)? Wer soll die Garantie im Bundesstaat erfüllen (§ 23)? Schliesslich ist nach dem Ausbau des internationalrechtlichen Schutzes zu fragen, zumal die Schweiz gerade von den Rechtsprechungsorganen der Europäischen Menschenrechtskonvention bedeutsame Impulse empfangen hat (§ 24). /342

¹⁷⁷⁶ Vgl. Nef, Gesetzgebung 212a.

¹⁷⁷⁷ Vgl. N. 17/37 f.

§ 22 Vertretbare Ausnahmen vom Gerichtsschutz

1 Die *einfachgesetzliche* Generalklausel der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit gestattet es dem Gesetzgeber, durch Ausnahmekataloge oder besondere Verfahren vom grundsätzlichen Zugang zum Verwaltungsgericht abzugehen. Dies war im Bund und in den meisten Kantonen mit Generalklausel eine häufig geübte Praxis. Eine *grundrechtliche* Rechtsschutzgarantie im öffentlichen Recht oder eine *verfassungsmässige Generalklausel* untersteht keinem Gesetzesvorbehalt, der den Gesetzgeber zur Einschränkung der Generalklausel ermächtigt¹⁷⁷⁸. So hat insbesondere der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte keine gesetzlichen Ausnahmen von der Rechtsweggarantie des Art. 6 Abs. 1 EMRK zugelassen.

2 Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist auf eine rechtsatzmässige Begleitung durch den Gesetzgeber angewiesen. Die Rechtfertigung *besonderer* Ausnahmen von der Generalklausel besteht darin, dass in gewissen Sachgebieten dem Rechtsanwender ein gesetzlicher Massstab notwendigerweise fehlt¹⁷⁷⁹. Dementsprechend kann eine gerichtliche Kontrolle der Exekutive nicht mehr sinnvoll ausgeübt werden. Die Prüfung der verschiedenen Ausnahmen hat ergeben, dass in folgenden Sachgebieten keine gerichtliche Ergebniskontrolle stattfinden kann:

- die Kategorie der Actes de gouvernement im Sinne der französischen Lehre (Akte im Verhältnis der obersten Staatsorgane untereinander und Akte mit Bezug auf innere Sicherheit, militärische Verteidigung und internationale Beziehungen);
- die Ergebnisse von Volksabstimmungen und Volkswahlen auf Bundes- und kantonaler Ebene, die Anwendung des Abstimmungsverfahrensrechts durch die Exekutive ist aber gerichtlich überprüfbar;
- die Begnadigung eines Straftäters.
- das (Rechtsfolge-) Ermessen; /343

¹⁷⁷⁸ Vgl. N. 20/1 ff.

¹⁷⁷⁹ Vgl. N. 18/1 f.

- die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ("Eignung") im Examen¹⁷⁸⁰, ansonsten sind die unbestimmten Rechtsbegriffe aber stets - mit der nötigen richterlichen Zurückhaltung, z.B. der Vertretbarkeits theorie - überprüfbar.

Diese Ausnahmen vom Gerichtszugang sind nachgerade *systemimmanent* und müssen nicht eigens in einem Katalog festgehalten werden. Sie könnten der durchaus schon gefestigten bundesgerichtlichen Praxis überlassen bleiben¹⁷⁸¹. /344

¹⁷⁸⁰ Vgl. N. 18/33.

¹⁷⁸¹ Gl. A. Koller, *Verwaltungsrechtspflege* 394.

§ 23 Erfüllung der Garantie durch Bund und Kantone

I. Grundsatz

1 Die Grundrechte der Bundesverfassung sowie der internationalen Abkommen ändern die bundesstaatliche Kompetenzverteilung nicht¹⁷⁸². Sichert eine grundrechtliche Garantie den einzelnen ein Verfahrensrecht zu, so sind Bund und Kantone in je ihrem Zuständigkeitsbereich für deren Respektierung und Verwirklichung verantwortlich. Der Bund würde daher die Organisationsautonomie der Kantone verletzen, wenn er ein zentrales Verwaltungsgericht für die Kantone einsetzte, ohne dass eine spezielle Kompetenznorm erlassen würde¹⁷⁸³.

II. Kantonaler Vollzug von Bundesverwaltungsrecht: Auswirkungen von Art. 98a OG

2 Die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass des Art. 98a OG wurde verschiedentlich in Frage gestellt¹⁷⁸⁴. Das rechtsstaatlich überaus

¹⁷⁸² Vgl. Yvo Hangartner, Besprechung des Urteils BGE 118 Ia 331, AJP 1993 79 ff., insb. S. 80; Hangartner, Staatsrecht II 55 m.w.H; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 90.

¹⁷⁸³ So aber das Anliegen der Motion Zimmerli Nr. 90.568, Amtl Bull S 1990 693 ff. Der Ständerat hat die Motion gutgeheissen, der Nationalrat hat sie abgelehnt, vgl. Amtl Bull N 1991 2454. Anlass dazu gab BGE 115 Ia 67 (Kanton Waadt), der vom Bundesgericht mehrfach bestätigt wurde, vgl. BGE 118 Ia 223; vgl. zu diesem Problembereich: Kreis-schreiben, Vorsteher EJPD, VPB 1993 Nr. 59, Ziff. 6 a); Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 90 f. m.w.H.

¹⁷⁸⁴ Vgl. z.B. Peter Saladin, Kommentar zu Art. 3 BV, N. 105; Saladin, Bund und Kantone 577 f.; Yvo Hangartner, Urteilsbesprechung von BGE 118 Ia 331 und 353, AJP 1993 81; Pflughard, Regierung 26 ff.; vgl. auch Hangartner, Bundesstaat 387 f. zu Art. 40 Abs. 3 VE.

bedeutsame Anliegen des Art. 98a OG liess die verfassungsrechtlichen Bedenken in der politischen und juristischen Diskussion in den Hintergrund treten¹⁷⁸⁵.

3 Aus rechtspolitischer Sicht hat Art. 98a OG zwei bedeutsame Auswirkungen. **345** *Erstens* führt Art. 98a eine *rechtsstaatliche Schiefelage* herbei, indem für gewisse Streitsachen eine zweistufige Gerichtspflege bzw. nur eine verwaltungsinterne Rechtspflege vorgesehen ist¹⁷⁸⁶. *Zweitens* hat Art. 98a OG eine erhebliche Bedeutung für die "Rechtspolitik" des Richters. Art. 98a schafft in allen Kantonen Verwaltungsgerichte mit einer erheblichen Sachzuständigkeit in Bundesverwaltungssachen. Eine Gerichtsschutzgarantie kann auch für ein eingesetztes Verwaltungsgericht ein *unmittelbar anwendbares verfassungsmässiges Recht* sein, wenn der Gesetzgeber einen *hinreichenden* gesetzlichen Kontext errichtet¹⁷⁸⁷. Dies erreicht gerade Art. 98a OG¹⁷⁸⁸

III. Staatspolitische Bedeutung einer Gerichtsschutzgarantie für die Kantone

4 Eine kantonale oder bundesverfassungsrechtliche Gerichtsschutzgarantie würde in den Kantonen zur Einführung einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit führen. Gerade beim materiellen Verwaltungsrecht besitzen die Kantone eine eigene, ausgebaute Rechtsordnung. Deren Pflege durch ein ausgebautes Rechtsschutzsystem mit einem letztinstanzlichen Verwaltungsgericht bringt die kantonale Rechtsordnung überhaupt erst zur Entfaltung¹⁷⁸⁹. Auf diese Weise wird das

¹⁷⁸⁵ Vgl. N. 2/23.

¹⁷⁸⁶ Vgl. N. 2/21.

¹⁷⁸⁷ Vgl. N. 20/5 ff.

¹⁷⁸⁸ Siehe zu weiteren Konsequenzen des Art. 98a OG im Zusammenwirken mit der Koordinationspflicht: Kley-Struller, Anforderungen 156 ff., insb. S. 159 ff.

¹⁷⁸⁹ Die Literatur hat sich merkwürdigerweise nur auf die kantonale Verfassungsgerichtsbarkeit konzentriert und ihr diese Aufgabe der Pflege und der Entwicklung des kantonalen Verfassungsrechts zugewiesen, vgl. Eichenberger, Verfassungsgerichtsbarkeit 455 ff.; Auer Andreas, Les constitutions cantonales: une source négli

Gewicht der Kantone im Bundesstaat merklich erhöht. Das kantonale Recht gelangt vorwiegend in der vom Kanton errichteten Organisation und den Verfahrensweisen zur Entfaltung; die staatsrechtliche /346 Beschwerde dient nicht der Pflege des kantonalen Verwaltungsrechts¹⁷⁹⁰. Soll ein lebendiger Föderalismus fortbestehen, so muss es den Kantonen daran gelegen sein, die kantonale Rechtsordnung, die vor allem eine Verwaltungsrechts- und Prozessrechtsordnung ist, selbst hinreichend zu pflegen. Zudem wäre es bedeutsam, den einzelnen die Sicherheit zu vermitteln, dass sie im Kanton bereits die Möglichkeit haben, zu ihrem Recht und zu einem fairen Verfahren zu kommen, nicht erst in Lausanne oder gar in Strassburg. Die Integration der einzelnen in den kantonalen "Staat" würde dadurch wesentlich verstärkt. /347

gée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990 14 ff., insb. S. 22 ff., §§ 17 ff. m.w.H. in Anm. 30 und Anm. 34; Kälin Walter, Chancen und Grenzen kantonalen Verfassungsgerichtsbarkeit, ZBl 1987 233 ff.

1790

Die Überlastung des Bundesgerichts war der Entfaltung kantonalen Eigenheiten nicht förderlich, vgl. Eichenberger, Verfassungsgerichtsbarkeit 457 f. Die staatsrechtliche Beschwerde hat aber diese Funktion einer Verwaltungsgerichts beschwerde faktisch gleichwohl teilweise übernommen, vgl. N. 7/31.

§ 24 Ausbau des internationalrechtlichen Schutzes

I. Effektivität der verschiedenen internationalen Schutzmechanismen

1 Ein internationaler Schutz einer Rechtsweggarantie verlangt ein doppeltes: eine völkerrechtliche Norm, welche einen relativ breiten Gerichtszugang garantiert *und* ein internationales Organ, das darüber wacht. Diese Voraussetzungen erfüllen der Weltpakt über bürgerliche und politische Rechte, die Verträge über die Europäische Union und die Europäische Menschenrechtskonvention¹⁷⁹¹. Die übrigen Abkommen zum Schutze der Menschenrechte, etwa die Folterkonvention des Europarates¹⁷⁹², räumen keine Gerichtsschutzgarantie gegen die Verwaltung ein oder besitzen kein internationales, richterliches Kontrollorgan.

Nach einem andern Modell würde ein internationales Gericht selbst für einen hinreichenden Rechtsschutz sorgen. Es liegt auf der Hand, dass ein derartig zentralistisches Modell noch in weiter Ferne liegt und hier nicht behandelt zu werden braucht.

2 Der *Weltpakt über bürgerliche und politische Rechte* (CCPR) enthält einerseits mit Art. 14 Abs. 1 eine mit Art. 6 Abs. 1 EMRK fast identische Bestimmung¹⁷⁹³. Im Vergleich zur EMRK sieht andererseits Art. 41 CCPR lediglich ein *Staatenbeschwerdeverfahren* vor dem "Ausschuss für Menschenrechte" (Art. 28 CCPR) vor, falls die Staaten die Zuständigkeit des Ausschusses anerkannt haben. Individualbeschwerden sind nur dann zulässig, wenn der betreffende Staat das Fakultativprotokoll Nr. 1 zum CCPR ratifiziert hat. Die Schweiz hat zwar die Erklärung gemäss Art. 41 CCPR abgegeben, das Fakultativprotokoll Nr. 1 jedoch nicht ratifiziert, da

¹⁷⁹¹ Vgl. Internationale Juristen-Kommission, Rechtsstaatlichkeit 24 f.

¹⁷⁹² Vgl. Europäisches Übereinkommen vom 26.11.1987 zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, SR 0.101.106.

¹⁷⁹³ Vgl. N. 10/35 ff.

der Bundesrat es vorzog, "aufmerksam die Probleme zu klären, die ein Beitritt der Schweiz stellen könnte"¹⁷⁹⁴. Hier zeichnet sich eine durch die Urteile Belilos und Weber bewirkte¹⁷⁹⁵, souverän- /348 nitätsschonende Politik des Bundesrates ab.

Der Ausschuss hat den Charakter eines quasi-gerichtlichen Organs wie die europäische Kommission für Menschenrechte¹⁷⁹⁶. Die Entscheide des Ausschusses sind allerdings nicht völkerrechtlich verbindlich¹⁷⁹⁷; es handelt sich um ein "mildes" Verfahren, das die Entwicklung der Menschenrechte auf einem juristisch-diplomatischen Gratweg bestimmt¹⁷⁹⁸. Trotz gewisser institutioneller Schwächen sind auf der UNO-Ebene bemerkenswerte Impulse für den Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Exekutive zu verzeichnen¹⁷⁹⁹.

3 Die *Europäische Union* und der daran anschliessende europäische Wirtschaftsraum haben auf überstaatlichem Niveau ebenfalls ein Kontrollorgan eingerichtet. Es ist dabei besonders wertvoll, dass sich der EU-Gerichtshof an die Rechtsprechung der EMRK-Konventionsorgane zu Art. 6 Abs. 1 EMRK angelehnt und diese teilweise übernommen hat. Diese Verfahrens- und Rechtsweggarantie hat demnach den Rang eines *gemeineuropäischen formellen Hauptgrundrechts zum Schutze der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte*¹⁸⁰⁰.

¹⁷⁹⁴ Vgl. Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 v. 30.1.1991, BBl 1991 I 1189 ff., insb. S. 1207.

¹⁷⁹⁵ Vgl. Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 79 ff.

¹⁷⁹⁶ Vgl. Nowak, CCPR-Kommentar 755: Der Ausschuss kann allerdings eine Verletzung des CCPR und entsprechende Pflichten des Staates zur Einhaltung feststellen.

¹⁷⁹⁷ Vgl. Nowak, CCPR-Kommentar 756.

¹⁷⁹⁸ In der Weltkonferenz für Menschenrechte im Mai 1993 konnten sich die Staaten bloss auf einen Kommissar für Menschenrechte, nicht aber auf einen UNO-Gerichtshof einigen. Das bekannte 1503-Verfahren der UNO-Menschenrechtskommission geht nicht einmal soweit wie das Fakultativprotokoll Nr. 1 zum CCPR, da dieses lediglich auf einen Gesamtzusammenhang grober und verlässlich belegter Menschenrechtsverletzungen abstellt, vgl. Nowak, CCPR-Kommentar 694; vgl. den Text der Resolution 1503 des UNO-Wirtschafts- und Sozialrates: Conseil de l'Europe, Droits de l'homme en droit international, Collection, Strasbourg 1992, S. 156 ff.

¹⁷⁹⁹ Vgl. N. 10/35 f.

¹⁸⁰⁰ Vgl. N. 12/4.

4 Die bedeutendsten internationalen Organe zum Schutz der Menschenrechte haben ihr Augenmerk auch auf den Gerichtsschutz gegen die Exekutive gerichtet. Es macht geradezu den Anschein, dass sich in dieser Frage ein zwingender Rechtsgrundsatz des multilateralen Vertragsvölkerrechts herabgebildet¹⁸⁰¹. /349

5 Für die Schweiz, die vorläufig weder das Fakultativprotokoll Nr. 1 zum CCPR noch die EU- oder EWR-Abkommen ratifizieren wird, spielt insbesondere die *Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Kontrollorgane* eine hervorragende Rolle. Die Frage nach der Wünschbarkeit des internationalen Schutzes einer Gerichtsschutzgarantie beantwortet sich deswegen vor allem anhand der von den EMRK-Organen geübten Praxis.

II. Würdigung des EMRK-Kontrollmechanismus

6 Die Qualität der Strassburger Rechtsprechung hat aus mehreren Gründen ein beachtliches Niveau erreicht. Die Konvention wurde nicht als blosser Minimalstandard im Sinne eines kleinsten gemeinsamen Nenners verstanden. Zum einen trug nämlich die teleologische Auslegung der Konventionsorgane dazu bei, dass eine differenziert ausgebildete "gesamteuropäische Menschenrechtsverfassung"¹⁸⁰² errichtet wurde. Dieses Niveau liess sich zum andern erreichen, weil die Mitgliedstaaten der Konvention kohärente, rechtsstaatliche Rechtsordnungen besitzen. Dies bildete eine notwendige Voraussetzung für das gute Funktionieren und die Akzeptanz des EMRK-Schutzsystems. Denn die Konvention vertraut die Einhaltung der Konventionsrechte primär den Staaten an; die Verfahren vor den Konventionsorganen haben *subsidiären* Charakter¹⁸⁰³.

¹⁸⁰¹ Vgl. bereits Doehring Karl, Fordert das allgemeine Völkerrecht innerstaatlichen Gerichtsschutz gegen die Exekutive, in: GEE 3, 227 ff., insb. S. 250 wonach sich heute (1971!) ein "latent vorhandener, aber bisher nicht recht erkannter internationaler Mindeststandard herausstellen" könnte; ähnl. Dienes, Integration 248 ff.

¹⁸⁰² Vgl. Wildhaber, Gegenwart 820.

¹⁸⁰³ Vgl. Favoreu, Protection 193; was auch die Art. 13 und 26 EMRK belegen.

Ferner zeichnet eine besondere Qualität die Europäische Kommission und den Gerichtshof für Menschenrechte aus. Bei den Mitgliedern dieser Organe handelt es sich nicht "nur" um hervorragende Fachleute¹⁸⁰⁴, sondern um *qualifiziert unabhängige* Personen. Sie sind geographisch, sprachlich, sozial und ausbildungsmässig von den Grundwerten eines Rechtssystems unabhängige Personen und haben über Sachverhalte zu befinden, welche sich in ganz anderen, ihnen persönlich-alltäglich nicht vertrauten Rechtssystemen abgespielt haben. Da die Konventionsorgane nur die Rechtsfrage zu entscheiden haben, ob ein Mitgliedstaat die Konvention verletzt hat, ist diese Unabhängigkeit ein grosser Vorzug¹⁸⁰⁵. Gerade diese Unabhängigkeit hatte die bedeutsame Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK ermöglicht.

7 Es ist freilich diese Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK gewesen, die den Ständerat fast (mit 15 zu 16 Stimmen) veranlasst hat, ein Postulat auf vorsorgliche Kündigung der EMRK zu unterstützen¹⁸⁰⁶. Die 15 Ständeräte, die das Postulat unterstützten, waren der Ansicht, es handle sich bei dieser Rechtsprechung um einen unnötigen Eingriff in die schweizerische Souveränität. Die internationale EMRK-Literatur hat diesen Vorgang mit Verblüffung zur Kenntnis genommen¹⁸⁰⁷. Auch in andern Staaten hat man ein bisweilen leises Murren vernommen; insgesamt haben sich aber die Konventionsstaaten loyal nach dieser Rechtsprechung gerichtet und ihre Rechtsordnungen angepasst¹⁸⁰⁸. Es bedarf namentlich nach den hier vorgelegten methodologischen Untersuchungen keiner ausführlichen Begründung mehr, dass der Impuls aus Strassburg die schweizerische Rechtsordnung in einem wichtigen Punkt weiterentwickelt. Die EMRK-Organe haben mit ihrer Rechtsprechung auf ein gewichtiges Problem hingewiesen und den Anstoss zu einer längst überfälligen Reform des schweizerischen Verwaltungsrechtsschutzsystems gegeben. Da Art. 6 Abs. 1 EMRK in absehbarer Zeit allerdings nicht als vollumfängliche

¹⁸⁰⁴ Wie dies die Art. 31 Abs. 3 und 39 Abs. 3 EMRK vorschreiben.

¹⁸⁰⁵ Ähnlich wie das Bundesgericht zu Beginn seiner Grundrechtsprechung seit 1874 (vgl. N. 7/32).

¹⁸⁰⁶ Vgl. Amtl Bull S 1988 554 ff.; Kley-Struller, Rechtsschutzgarantie 81 Anm. 3 m.w.H.

¹⁸⁰⁷ Vgl. z.B. Peukert, Reform 180 Anm. 69.

¹⁸⁰⁸ Vgl. N. 10/37 zum häufig wegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verurteilten Staat Schweden.

Gerichtsschutzgarantie gegen die Exekutive angewandt werden wird¹⁸⁰⁹, bleiben die nationalen Anstrengungen zum gerichtlichen Rechtsschutz gleichwohl bedeutsam.

III. Reform des EMRK-Schutzmechanismus

8 Der subsidiäre Strassburger Kontrollmechanismus ist in den letzten Jahren ausserordentlich häufig angerufen worden. Die daraus resultierende Überlastung hat trotz den Verfahrenserleichterungen des 8. Zusatzprotokolles zur EMRK zu einer problematischen Verzögerung der Strassburger Verfahren geführt. Diese dauern bei erfolgreichen Zulässigkeitsentscheiden, von Sonder- /351fällen abgesehen, etwa fünfeinhalb bis sechs Jahre¹⁸¹⁰. Aus diesem Grund kann der "Geist des Art. 6 EMRK" mit dem "Geist des Kontrollmechanismus" in einen geradezu absurden Konflikt kommen: So benötigten die Konventionsorgane im Fall H. gegen Grossbritannien fast fünf Jahre, um festzustellen, dass ein Familienrechtsverfahren von zwei Jahren und sieben Monaten Dauer zu lange gedauert habe¹⁸¹¹. Hier besteht in der Tat ein erheblicher Handlungsbedarf.

9 Am 11. Mai 1994 haben die Europäischen Justizminister das 11. Zusatzprotokoll zur EMRK unterzeichnet, wonach die Kommission und der Gerichtshof zusammengelegt werden sollen¹⁸¹². Diese beiden Organe werden zu einem ständigen, mit vollamtlichen Richtern besetzten "neuen" Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte fusioniert. Das Verfahren wird zudem etwas vereinfacht. Das Verhältnis zwischen Beschwerdeführer

¹⁸⁰⁹ So aber der Wunsch von Dijk, Access 378 f.: "One more step to be taken".

¹⁸¹⁰ Vgl. Peukert, Reform 174, 182.

¹⁸¹¹ Vgl. EGMR/A 120, vgl. Peukert, Reform 174.

¹⁸¹² Text: EuGRZ 1994 323 ff. oder Botschaft über die Genehmigung des Protokolls Nr. 11 zur EMRK vom 23.11.1994, BBl 1995 I 999, insb. S. 1029 ff.; vgl. Drzemczewski Andrew/Meyer-Ladewig Jens, Grundzüge des neuen EMRK-Kontrollmechanismus nach dem am 11.5.1994 unterzeichneten Reform-Protokoll (Nr. 11), EuGRZ 1994 317 ff.

und betroffenem Staat wird vermehrt auf Waffengleichheit ausgerichtet. Das jüngste Zusatzprotokoll beseitigt ausserdem einen schweren "Geburtsfehler der Konvention"¹⁸¹³: Das Ministerkomitee wird als Rechtsprechungsinstanz ausgeschaltet. Es überwacht lediglich die Durchführung der Urteile des "neuen" Gerichtshofes. Indessen sind nicht alle Anforderungen, die an ein einfaches und waffengleiches Verfahren zu stellen sind, realisiert worden¹⁸¹⁴. Es handelt sich um ein ausgesprochenes Kompromiss-Werk, welches lediglich eine politisch mögliche, nicht aber die optimale Lösung umsetzt.

10 Das neunte Zusatzprotokoll ist am 1. Oktober 1994 in Kraft getreten, nachdem die Mindestzahl von zehn Ratifikationen erreicht worden ist. Für die Schweiz wird das Protokoll im Verlaufe des Jahres 1995 in Kraft treten, nachdem das Parlament in der Frühjahrssession 1995 die Genehmigung /352 ausgesprochen hatte¹⁸¹⁵. Das Protokoll ändert an den vorläufig noch bis zum Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls bestehenden Waffengleichheiten bedauerlicherweise fast nichts¹⁸¹⁶. Der Beschwerdeführer erhält lediglich die Befugnis, seinen Fall nach der Verabschiedung des Kommissionsberichts selber dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vorzulegen. Dieses Recht ist deshalb unnötig, weil die Kommission bisher alle Verfahren, die schwierige Fragen der Konventionsauslegung betrafen, dem Gerichtshof vorgelegt hat. Das Zusatzprotokoll wird die Strassburger Verfahren noch weiter verzögern und richtet dadurch erheblichen Schaden an.

¹⁸¹³ Golsong Herbert, Der Schutz der Grundrechte durch die EMRK und seine Mängel, in: Mosler Hermann u.a. (Hrsg.), Grundrechtsschutz in Europa, Berlin usw. 1977, S. 7 ff., insb. S. 14.

¹⁸¹⁴ Vgl. die Würdigung durch Stefan Trechsel, Zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutz-Systems, in: Nowak Manfred (Hrsg.), Europarat und Menschenrechte, Wien 1994, S. 91 ff.

¹⁸¹⁵ Vgl. Botschaft über die Genehmigung der Protokolle 9 und 10 zur Europäischen Menschenrechtskonvention vom 23.2.1994, BBl 1994 II 409 ff.; vgl. NZZ v. 15.3.1995, Nr. 62, S. 14.

¹⁸¹⁶ Vgl. Kley-Struller Andreas, Schafft das 9. Zusatzprotokoll zur EMRK vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Waffengleichheit zwischen Beschwerdeführer und betroffenem Staat? In: AJP 1993 1482 ff.

11 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bereits heute den Rang eines europäischen Grundrechts- und (partiellen) Verfassungsgerichtshofes erlangt¹⁸¹⁷. Es wäre daher angebracht, wenn die Entscheidungskompetenzen erweitert würden. Die heute bloss möglichen Feststellungsurteile sind unzureichend; es wären vielmehr kassatorische Entscheide angezeigt¹⁸¹⁸. Das 11. Zusatzprotokoll hat dieses Postulat nicht aufgenommen. Eine reformatorische Entscheidbefugnis wäre hingegen unangemessen, da das Strassburger Verfahren den innerstaatlichen Prozess nicht fortsetzt. Ähnlich wie bei der staatsrechtlichen Beschwerde¹⁸¹⁹ handelt es sich um ein neues Verfahren, das nur zur Prüfung der Frage dient, ob der Staat die Konvention verletzt hat.

12 Die bislang bedeutendste Reform des EMRK-Kontrollmechanismus durch das 11. Zusatzprotokoll wird zweifellos *Rückwirkungen auf die Rechtsprechung* des "neuen" Gerichtshofes haben¹⁸²⁰. Das heutige Zulassungsverfahren vor der Kommission besitzt den Charakter eines Annahmeverfahrens¹⁸²¹. Die Kommission hat die mitunter auch materiellrechtlichen Annahmekriterien unter dem Eindruck einer ungeheuren Überlastung sehr restriktiv angewandt. Sie /353 hielt mit ihren abschliessenden, negativen Zulässigkeitsentscheiden gerade im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK Fragen vom Gerichtshof fern, die unter Umständen prüfenswert gewesen wären. Möglicherweise wäre der in dieser Frage grosszügigere Gerichtshof zum Schluss gekommen, Art. 6 Abs. 1 EMRK sei anwendbar. Der "neue" Europäische Gerichtshof für Menschenrechte könnte in diesem Punkt, dank des vereinfachten Verfahrens und der besseren Personal- und Sachausstattung, einem allgemeinen gerichtlichen Rechtsschutz zu seiner Durchsetzung verhelfen. Bis dahin sollte die Schweiz freilich dieses Ziel aus autonomem Antrieb erreicht haben.

¹⁸¹⁷ Vgl. Villiger, Handbuch 166 f.

¹⁸¹⁸ Vgl. Villiger, Handbuch 167; vgl. bereits die Recommendation 683 (1972), in: *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme* 15/1972, S. 55 ff., insb. S. 59.

¹⁸¹⁹ Vgl. N. 7/21.

¹⁸²⁰ Gl. A. Villiger Mark E., *Praktische Probleme der Einreichung und Behandlung von Individualbeschwerden bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte*, AJP 1994 13 ff., insb. S. 19.

¹⁸²¹ Vgl. Villiger, Handbuch 56.
