Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken

Ein Plädoyer für mehr Vertrauen in die öffentliche Verwaltung *

Von Prof. Dr. Markus Müller, Bern

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Die Chancen der Rechtsweggarantie
- 1. Vorbemerkungen
- 1.1 Untersuchungsgegenstand
- 1.2 Internationales Umfeld: gerichtlicher Rechtsschutz als globaler Trend
- 2. Die Normgehalte der Rechtsweggarantie
- 2.1 Die Rechtsweggarantie als individuelles Verfahrensgrundrecht
- 2.2 Die Rechtsweggarantie als Organisationsgarantie
- a) Ausbau der richterlichen Vorinstanzen
- b) Richterliche Unabhängigkeit
- 2.3 Die Rechtsweggarantie als verfahrensrechtliche Leitplanke
- a) Zuständigkeitsordnung
- b) Anfechtungsobjekt
- c) Beschwerdelegitimation
- d) Kognition
- 3. Zwischenergebnis: normativer Gehalt und Chancen im Überblick
- III. Die Risiken der Rechtsweggarantie
- 1. Vorbemerkung: «Gerichtszentriertheit» als Quelle von Risiken
- 2. Überforderung der Justiz

- 2.1 Überforderung des Justizapparats
- 2.2 Überforderung der Justizpersonen
- 2.3 Fazit
- 3. Institutionalisierung von Misstrauen
- 3.1 Die negative Gestaltungskraft von Misstrauen
- 3.2 Die negative Gestaltungskraft von Misstrauen gegenüber der Verwaltung
- a) Misstrauensbekundungen

ZBJV-2004-162

- b) Die (negativen) Wirkungen
- aa) Auswirkungen auf die Qualität der Verwaltungsarbeit
- bb) Auswirkungen auf die Attraktivität der Verwaltung als Arbeitsplatz
- 3.3 Fazit
- 4. Zwischenergebnis: risikobewusste Umsetzung der Rechtsweggarantie
- IV. Elemente einer «vertrauensbasierten» Umsetzung der Rechtsweggarantie
- 1. Normgetreue Umsetzung
- 2. Beibehaltung und Stärkung der verwaltungsinternen Rechtspflege
- 2.1 Gründe
- a) Wirksame und effiziente Steuerung
- b) Hinreichend abgesicherte Verfahrensfairness
- c) Psychologische Gründe
- 2.2 Es ist noch nicht (ganz) zu spät!
- 2.3 Verwaltungsorganisatorische Rahmenbedingungen
- 2.4 Zwischenergebnis: der Muster-Rechtsmittelzug im öffentlichen Verfahrensrecht
- 3. Schaffen administrativer Letztentscheidungsräume
- 3.1 Die richterliche Kontrolldichte als Instrument
- 3.2 Die Sachgesetzgebung als primärer Kontrollmassstab

- 3.3 Die Prozessgesetzgebung als Kompensat
- 3.4 Zwischenergebnis: Muster der reduzierten Kontrolldichte
- V. Zusammenfassung und Fazit
- I. Einleitung

Am 12. März 2000 haben Volk und Stände die Verfassungsreform im Bereich der Justiz (Justizreform 1) mit grossem Mehr angenommen. Sie haben damit auch der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV-Justizreform), einem Kernstück der Verfassungsvorlage, zugestimmt 2. Das erstaunt nicht. Mehr Rechtsschutz und erst noch gerichtlicher, mehr oder besserer Rechtsstaat also, wer wollte da schon etwas

ZBJV-2004-163

dagegen haben. Nun, die Rechtsweggarantie ist vier Jahre nach ihrer Annahme durch Volk und Stände noch immer nicht in Kraft 3. Und dies wird voraussichtlich auch noch längere Zeit nicht der Fall sein 4. Offiziell wird ein Inkrafttreten im Jahr 2007 in Aussicht gestellt 5.

Auf die Problematik des späten Inkrafttretens soll hier nicht näher eingegangen werden 6 . Als Hauptgrund wird der Koordinationsbedarf mit der Inkraftsetzung der einschlägigen Ausführungsgesetzgebung – dem Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz; BGG), dem Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz; VGG), dem Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht (Bundesstrafgerichtsgesetz; SGG)) – angeführt 7 . In der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege wird weiter die Befürchtung geäussert, ein vorzeitiges Inkrafttreten der Justizreform und damit der Rechtsweggarantie könnte dazu führen, dass das Bundesgericht dem neuen Grundrecht die unmittelbare Anwendbarkeit zuerkennen und sich – mangels gerichtlicher Vorinstanzen – eine massive Mehrbelastung aufladen könnte 8 .

Immerhin lässt dieser Umstand genügend Zeit, neben der Würdigung der unbestrittenen Chancen (Ziff. II) auch über die potentiellen Risiken der Rechtsweggarantie für den Rechtsstaat nachzudenken (Ziff. III) und für deren Umsetzung gewisse Leitlinien zu skizzieren (Ziff. IV).

ZBJV-2004-164

II. Die Chancen der Rechtsweggarantie

1. Vorbemerkungen

1.1 Untersuchungsgegenstand

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf den Rechtsschutz im öffentlichen Recht . Ihn visiert die neu geschaffene Rechtsweggarantie denn auch in erster Linie an. Das alte Anliegen einer möglichst flächendeckenden Administrativjustiz 9 soll durch sie der Verwirklichung einen weiteren, entscheidenden Schritt näher gebracht werden 10 .

Für das Zivil- und Strafrecht ist die Rechtsweggarantie von untergeordneter Bedeutung. Gerichtlicher Rechtsschutz ist in diesen Rechtsbereichen seit alters – unterstützt durch Art. 5 und 6 EMRK – praktisch flächendeckend verwirklicht 11 . Erwähnenswert sind allerdings die Auswirkungen der Rechtsweggarantie – und die mit ihr in engem Zusammenhang stehende Schaffung richterlicher Vorinstanzen – für die

Strafgerichtsbarkeit des Bundes. Die Rechtsweggarantie erfordert hier die Schaffung eines erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts 12 .

1.2 Internationales Umfeld: gerichtlicher Rechtsschutz als globaler Trend

Gerichtlichen Rechtsschutz – bzw. Rechtsschutz durch eine verwaltungsunabhängige Instanz – in tendenziell grösserem Umfang zu gewährleisten, ist keine Spezialität der Schweiz. Es ist vielmehr ein globaler Trend.

ZBJV-2004-165

- Verschiedene Länder Deutschland, Griechenland, Italien, Spanien, Portugal, Belgien, Dänemark haben in ihren Grundgesetzen schon seit längerem eine Rechtsweggarantie statuiert 13 .
- Auf europarechtlicher und völkerrechtlicher Ebene ist eine deutliche Entwicklung hin zu vermehrtem und verbessertem gerichtlichem Rechtsschutz zu erkennen. Einige Hinweise sollen hier genügen 14 :

Vorab zu erwähnen sind die impulsgebenden Rechtsweggarantien der beiden Menschenrechtskonventionen, der EMRK und der UNO-Menschenrechtspakte (insbes. Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Menschenrechtspakt II). Beide Normen sehen einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung für Streitigkeiten aus dem Straf- und dem Zivilrecht und für jene Bereiche des Verwaltungsrechts vor, die sog. «civil rights» betreffen. Für die Schweiz ist insbesondere Art. 6 EMRK wichtig, der für sie seit dem 28. November 1974 in Kraft steht; durch die Rechtsprechung der Konventionsorgane hat sich der Geltungsbereich von Art. 6 EMRK in den letzten Jahren auf immer mehr verwaltungsrechtliche Streitsachen ausgedehnt 15. Dies hat denn auch dazu geführt, dass die öffentlich-rechtliche Prozessgesetzgebung in Bund und vor allem in den Kantonen nicht mehr überall à jour war und noch ist. Man behilft sich entweder in der Gesetzgebung mit sog. EMRK-Klauseln oder begründet – dem Self- executing-Charakter der Norm entsprechend – die richterliche Zuständigkeit direkt gestützt auf die EMRK..

Nebst EMRK und UNO-Menschenrechtspakt II weisen immer häufiger auch sachbereichsspezifische Konventionen die Signatarstaaten an, effizienten (meint: u.a. unabhängigen) Rechtsschutz zu gewährleisten. So beispielsweise das GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (in Kraft für die Schweiz seit 1.1.1996) 16, für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens

ZBJV-2004-166

ebenso das Abkommen Schweiz-EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (in Kraft seit 1. Juni 2002) 17; ferner das Abkommen Schweiz-EU über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (in Kraft seit 1. Juni 2002) 18; die Aarhus-Konvention (UN/ECE-Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligungen an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten) 19, etc.

Die Verankerung einer Rechtsschutz- oder Rechtsweggarantie in der Verfassung war – auch so gesehen – für die Schweiz längst fällig.

2. Die Normgehalte der Rechtsweggarantie

Art. 29a BV-Justizreform weist im Wesentlichen drei Normgehalte auf. Diese bergen ein beträchtliches Potential an Chancen, für das rechtsschutzsuchende Individuum auf der einen und den Rechtsstaat als Ganzes auf der anderen Seite. Die einzelnen Normgehalte werden im Folgenden kurz beleuchtet:

2.1 Die Rechtsweggarantie als individuelles Verfahrensgrundrecht

Die Rechtsweggarantie ist zuallererst individuelles Verfahrensgrundrecht 20 . Dieses gewährleistet Bürgerinnen und Bürgern in grundsätzlich allen Bereichen staatlicher Gewaltausübung («Akte der Verwaltung») qualifizierten Rechtsschutz, d.h. den Zugang zu einem unabhängigen Gericht 21 . Eine Verbesserung des

ZBJV-2004-167

individuellen Rechtsschutzes ist die unmittelbare Folge davon. Dazu trägt am Rande auch der Umstand bei, dass durch die Statuierung des Gerichtszugangs als «Regel» die verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeitsordnungen auf eidgenössischer und kantonaler Ebene 22 wesentlich einfacher und übersichtlicher werden 23 .

Welchen qualitativen Anforderungen der geforderte gerichtliche Rechtsschutz genügen muss, wird in Art. 29a BV-Justizreform selbst nicht näher geregelt. Natürlich ist die Meinung, dass dieser Rechtsschutz wirksam sein muss 24. Was darunter zu verstehen ist, umschreiben aber in erster Linie die den Art. 29a BV-Justizreform flankierenden Verfahrensvorschriften wie namentlich Art. 29 BV 25 und Art. 30 BV 26.

ZBJV-2004-168

2.2 Die Rechtsweggarantie als Organisationsgarantie

Die Rechtsweggarantie ist nicht nur individuelles Verfahrensgrundrecht. Sie ist auch Organisationsgarantie. In dieser Eigenschaft ist Art. 29a BV-Justizreform immer im Gesamtkontext der gesamten Justizreform zu betrachten und zu verstehen 27 . Im Wesentlichen umfasst die Organisationsgarantie zwei Aspekte:

a) Ausbau der richterlichen Vorinstanzen

Auf welcher föderalen Ebene der von Art. 29a BV-Justizreform geforderte Gerichtsschutz gewährt wird, spielt aus der Optik der Rechtsweggarantie an sich keine Rolle 28 . Der Wille des Verfassungsgebers hierzu ist allerdings klar: Gerichtlicher Rechtsschutz soll nicht erst auf Stufe Bundesgericht gewährt werden. Dies würde einem der zentralen Grundanliegen der Justizreform – der Entlastung des Bundesgerichts – diametral entgegenlaufen 29 . Der Verfassungsgeber hat daher vorgesorgt und im Paket der Justizreform die verfassungsrechtliche Grundlage für eine Neuorganisation des Justizapparats und eine Neuverteilung der Justizaufgaben gelegt. Danach müssen sowohl auf eidgenössischer (Art. 191a BV-Justizreform) als auch auf kantonaler Ebene (Art. 191b BV-Justizreform) gerichtliche Vorinstanzen geschaffen werden. Diese müssen den Anforderungen an den richterlichen Rechtsschutz nach Art. 29a BV-Justizreform genügen.

b) Richterliche Unabhängigkeit

Eine organische Einheit mit Art. 29a BV-Justizreform bildet sodann auch Art. 191c BV-Justizreform. Er gewährleistet – neben der

ZBJV-2004-169

individualrechtlichen (Art. 30 BV) – die institutionelle Absicherung der richterlichen Unabhängigkeit. Danach müssen die zur Erfüllung der Rechtsweggarantie einzusetzenden richterlichen Behörden so organisiert sein, dass sie ihre rechtsprechende Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet erfüllen können.

2.3 Die Rechtsweggarantie als verfahrensrechtliche Leitplanke

Neben den beiden soeben genannten Normgehalten setzt die Rechtsweggarantie zusätzlich den Verfahrensgesetzgebern in Bund und Kantonen Leitplanken für die Ausformung der zentralen Verfahrensinstitute. Sie bewirkt insoweit eine – je nach Verfahrensinstitut unterschiedlich weit reichende – punktuelle Vereinheitlichung des öffentlichen Verfahrensrechts in der Schweiz. Die harmonisierende Wirkung der Rechtsweggarantie soll im Folgenden anhand einiger zentraler Verfahrensinstitute illustriert werden. Herausgegriffen werden die Zuständigkeitsordnung (Bst. a), das Anfechtungsobjekt (Bst. b), die Beschwerdelegitimation (Bst. c) sowie die Kognition (Bst. d).

a) Zuständigkeitsordnung

Der Zugang zum Gericht soll also zur Regel werden 30 . «Berechtigte Ausnahmen» vom gerichtlichen Rechtsschutz bleiben aber weiterhin möglich. Der Verfassungsgeber hat die kantonalen und den eidgenössischen Gesetzgeber ausdrücklich ermächtigt, solche zu bezeichnen 31 . Es versteht sich allerdings, dass Ausnahmen nur in engem Umfang zulässig sein können und stets einer stichhaltigen Begründung bedürfen 32 . Nur so kann sichergestellt werden, dass die Intention

ZBJV-2004-170

der Rechtsweggarantie nicht leichthin ausgehöhlt wird und die Ausnahme zur Regel verkommt 33 . Die Grenze zulässiger Ausnahmen ist jedenfalls dort erreicht, wo (neue) Ausnahmen im Vergleich zum heutigen Stand insgesamt zu einem Rechtsschutzabbau führen würden 34 .

Unter dieser Prämisse kommen nach der Botschaft des Bundesrates als Ausnahmen vorab jene Entscheide in Betracht, die sich aus Gründen mangelnder Justiziabilität nicht zur gerichtlichen Überprüfung eignen 35 . Was dazu gehört, ist freilich offen. Als Ausnahmegründe nennt der Bundesrat:

– den überwiegend politischen Charakter eines Aktes 36 . Gemeint sind damit etwa sicherheits- und aussenpolitische Akte der Regierung 37 , Akte im Verkehr zwischen den obersten Organen (Botschaften der Regierung zuhanden des Parlaments, Antworten der Regierung auf parlamentarische Vorstösse), Planungsakte (z.B. Richtpläne), Begnadigungen etc.

Von überwiegend politischen Entscheiden darf jedoch nach hier vertretener Auffassung in diesem Zusammenhang nur sehr zurückhaltend ausgegangen werden 38 . Wie schon Hans Huber treffend bemerkt hat, sind nämlich auch politische Entscheide durchaus richterlicher Überprüfung zugänglich: «Auch ein politischer Einschlag, eine politische Färbung und sogar ein politischer Charakter einer Streitigkeit

ZBJV-2004-171

oder eines angefochtenen Staatsaktes machen ein Rechtserkenntnis darüber nicht unmöglich.» 39 Zumindest das Einhalten der Verfahrensregeln lässt sich stets überprüfen. Dem Umstand, dass ein Entscheid überwiegend politischen Charakter aufweist, ist daher weniger mit einem Ausschluss als vielmehr mit einem adäquaten Kontrollumfang und sachgerechter Kontrolldichte Rechnung zu tragen. Insoweit gibt es in einem modernen Rechtsstaat kaum Entscheide, denen die richterliche Kontrollfähigkeit vollumfänglich abgeht 40 .

– das Prinzip der Gewaltenteilung. Danach können Parlamentsakte, insbesondere auch referendumsfähige Akte, von der gerichtlichen Kontrolle ausgenommen werden 41 .

ZBJV-2004-172

Rechtssetzende Akte von Parlament und Exekutive dürfen – sowohl wegen ihres politischen Einschlags als auch aus Gründen der Gewaltenteilung – von der obligatorischen richterlichen Kontrolle ausgenommen werden. Die Rechtsweggarantie verlangt keine abstrakte Normenkontrolle durch ein Gericht 42 . Sie verbietet sie aber auch nicht. Tatsächlich vermag die Möglichkeit der inzidenten Normenkontrolle den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz weitgehend zu genügen. Auf Bundesebene hat der Verfassungsgeber beides ausgeschlossen 43 .

Die in den heute geltenden Zuständigkeitsordnungen verbreiteten Ausnahmekategorien, die an das Fehlen eines Rechtsanspruchs (gewisse Bewilligungen, Konzessionen oder Subventionen etc.) oder den fachtechnischen Entscheidcharakter (z.B. Prüfungsentscheide) anknüpfen, dürften demzufolge – in der überwiegenden Anzahl der Fälle 44 – vor der Rechtsweggarantie nicht mehr standhalten 45 . Hierbei ist allerdings entscheidend, dass eine der konkreten Streitigkeit angemessene Kontrolldichte zur Anwendung gelangt.

Welche spezifischen Gründe eine Ausnahme vom gerichtlichen Rechtsschutz erlauben, wird die (Rechtssetzungs- und Gerichts-) Praxis in den nächsten Jahren erst herausarbeiten 46. – Die

ZBJV-2004-173

Möglichkeit, beim Bundesgericht Beschwerde wegen Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung von Streitigkeiten durch eine richterliche Behörde zu führen, wird zu einer einheitlichen Auslegung dieses Anspruchs beitragen 47.

b) Anfechtungsobjekt

Die Tragweite der Rechtsweggarantie bestimmt sich wesentlich nach dem Begriff der «Rechtsstreitigkeit». Massgeblich hierfür ist vorab die prozessrechtliche Umschreibung des zulässigen Anfechtungsobjekts 48 . Das Anfechtungsobjekt zu definieren und damit festzulegen, welche Streitigkeiten auf dem Rechtsweg ausgetragen werden können, überlässt der Verfassungsgeber der Prozessgesetzgebung 49 . Der Verfassungsgeber gestaltete insoweit – im Sinne föderalistischer Rücksichtnahme – den Eingriff in die kantonale Verfahrensautonomie so moderat wie möglich. Alles andere hätte die Rechtsweggarantie wohl politisch ernsthaft gefährdet. Der Begriff der Rechtsstreitigkeit stellt somit klarerweise keinen materiellrechtlich zu füllenden autonomen, verfassungsrechtlichen Begriff dar 50 .

ZBJV-2004-174

– Im Bereich des einzelaktmässigen Handelns ist Anfechtungsobjekt (und damit Gegenstand einer Rechtsstreitigkeit) – nach vorherrschendem Verwaltungsprozessverständnis – in erster Linie die Verfügung . Die Rechtsweggarantie verlangt nun nicht nach einer Neudefinition des Anfechtungsobjekts, z.B. im Sinne einer generellen Erweiterung auf informales oder faktisches Staatshandeln 51 . Sie steht einer solchen Ausdehnung aber auch nicht entgegen 52 .

Der Bundesverfassungsgeber nimmt damit in Kauf, dass die Tragweite der Rechtsweggarantie in den Kantonen – je nach verfahrensrechtlicher Definition des Anfechtungsobjekts oder anderer prozessualer Voraussetzungen – unterschiedlich gross sein kann 53 . Verschlechterungen gegenüber dem heutigen Rechtsschutzniveau sind deswegen nicht zu erwarten. Die rechtsschutzlimitierende Wirkung der prozessrechtlichen Beschränkung der Anfechtbarkeit auf verfügungsmässiges Handeln ist ohnehin begrenzt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung sowie die völkerrechtlichen Rechtsschutzgarantien (insbesondere Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II) ermöglichen schon heute, informales (nicht verfügungsmässiges)

ZBJV-2004-175

Handeln entweder über die Geltendmachung eines objektiven Rechtsschutzbedürfnisses oder durch Erwirken und Anfechten einer Feststellungsverfügung gerichtlich überprüfen zu lassen 54. Hinter dieses Rechtsschutzniveau wird die Praxis unter der Rechtsweggarantie nicht zurückgehen (dürfen) 55.

– Im Bereich des generell-abstrakten Staatshandelns können die Kantone 56 – müssen aber nicht – auch Erlasse als Anfechtungsobjekte vorsehen. Wie erwähnt, verlangt die Rechtsweggarantie indes nicht die Möglichkeit einer abstrakten Normenkontrolle 57 . Die konkrete (inzidente) Kontrolle genügt vollauf. Wo dennoch im einschlägigen Prozessrecht eine abstrakte Normenkontrolle vorgesehen ist, hat sie allerdings durch ein Gericht zu erfolgen 58 .

c) Beschwerdelegitimation

Die Rechtsweggarantie überlässt der Ausführungsgesetzgebung im Grundsatz auch die Definition der Beschwerdelegitimation 59 . Die Grenze liegt jedoch dort, wo Legitimationsvorschriften den aufgrund der Rechtsweggarantie grundsätzlich gegebenen

ZBJV-2004-176

Gerichtszugang versperren 60 . So dürfen die Kantone in jenen Bereichen, in denen ein Weiterzug an das Bundesgericht oder das Bundesverwaltungsgericht vorgesehen ist, die Legitimation nicht enger fassen als der Bund 61 .

In den Sachbereichen des bundesrechtlichen Ausnahmekatalogs 62 sind die kantonalen Verfahrensgesetzgeber jedoch prinzipiell frei. Es ist indes weder zu erwarten noch ratsam, dass sie für diese Bereiche andere – möglicherweise strengere – Legitimationsvorschriften erlassen 63.

d) Kognition

Bezüglich des Umfangs der gerichtlichen Überprüfung (Kontrolle) macht die Rechtsweggarantie der Ausführungsgesetzgebung verbindliche Vorgaben: Danach muss das Gericht einen angefochtenen Akt einer umfassenden Rechts- und Sachverhaltsüberprüfung unterziehen, nicht aber einer Angemessenheitsprüfung 64

Was volle Rechts- und Sachverhaltsüberprüfung im konkreten Einzelfall bezüglich Prüfungsdichte bedeutet, ist heute durchaus nicht immer einfach zu bestimmen. Die unbestrittene Grundregel, wonach das Gesetzmässigkeitsprinzip den Massstab für eine funktionalrechtlich adäquate

ZBJV-2004-177

Kontrolldichte abgibt 65, vermag hier nicht entscheidend weiterzuhelfen. Allzu oft bleibt gerade im Dunkeln, wieweit ein Sachbereich (formellgesetzlich) durchnormiert ist. Erhellung kann hier nur eine in diesem Punkt aussagekräftigere und klarere Gesetzgebung bringen 66.

3. Zwischenergebnis: normativer Gehalt und Chancen im Überblick

Die Rechtsweggarantie birgt mit ihren drei Normgehalten in mehrfacher Hinsicht Chancen für den Rechtsstaat Schweiz: Sie erweitert zunächst als Verfahrensgrundrecht den individuellen Rechtsschutz auf tendenziell sämtliche verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten. Sodann trägt sie in ihrer Eigenschaft als Organisationsgarantie wesentlich zur Entlastung des Bundesgerichts bei und bewirkt zugleich eine Stärkung der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Und schliesslich trägt sie als verfahrensrechtliche Leitplanke zu einer weiteren Vereinheitlichung und Harmonisierung des öffentlichen Verfahrensrechts bei.

Dieses Chancenpotential gilt es, in der weiteren Umsetzung auszuschöpfen, ohne dabei die damit verbundenen Risiken zu unterschätzen oder gar zu übersehen.

III. Die Risiken der Rechtsweggarantie

1. Vorbemerkung: «Gerichtszentriertheit» als Quelle von Risiken

Richterlicher Rechtsschutz – gerade auch Verwaltungsjustiz – zählt unbestrittenermassen zu den Essentialia des Rechtsstaates 67 . An dieser Errungenschaft des modernen Rechtsstaates 68 und ihrer

ZBJV-2004-178

Vervollkommnung durch Art. 29a BV-Justizreform gibt es nichts zu rütteln. Es wäre jedoch die Rechtsweggarantie gründlich – und vor allem folgenreich – missverstanden, wenn sie als verfassungsrechtliche Aufforderung zu einer gerichtszentrierten Staats- und Justizorganisation interpretiert würde, der zufolge sich Verwaltungsrechtsschutz überwiegend oder gar ausschliesslich durch (Verwaltungs-)Gerichte verwirklicht. Der gerichtliche Rechtsschutz ist zwar ein wichtiger Grundpfeiler des modernen Rechtsstaats, aber nur einer unter mehreren 69 . Die Rhetorik von Lehre und Rechtsprechung trägt diesem Umstand m.E. zu wenig Rechnung. Allzu oft wurden und werden Rechtsstaat und «verwaltungsunabhängige» Justiz noch heute praktisch gleichgesetzt 70 .

Diese tendenzielle «Überhöhung» der Justiztätigkeit hat ihren Grund unter anderem in einem (etablierten) verengten Begriffsverständnis von «Rechtsschutz». Danach wird Rechtsschutz mit Rechtsprechung, vielfach gar mit richterlicher Rechtsprechung, gleichgesetzt 71 . Der Schutz des Rechts beginnt aber – und darin liegt die verhängnisvolle Begriffsverengung – nicht erst im Rechtsmittelverfahren, schon gar nicht erst im verwaltungsexternen Rechtsmittelverfahren 72 . Der «Schutz» des Rechts setzt vielmehr dort ein, wo gesetztes Recht erstmals konkretisiert, es mithin «erkannt» und im konkreten Fall «gesprochen» wird – im Moment des Verwaltungshandelns, des Verwaltungsaktes also 73 . Ein solches

ZBJV-2004-179

(«untechnisches») Verständnis von Rechtsschutz verdeutlicht, dass der Rechtsstaat sich zu einem entscheidenden Teil bereits im – gesetzesgebundenen – Verwaltungshandeln verwirklicht 74 . Die Justiz kann nur – aber immerhin – die Rolle der Hüterin spielen. Dies schon deshalb, weil ihr nur ein Bruchteil aller Verwaltungsakte zur Kontrolle vorgelegt werden.

Ein «gerichtszentriertes» Rechtsstaatsverständnis und eine von diesem Verständnis geleitete Umsetzung der Rechtsweggarantie werden dem nicht gerecht. Im Gegenteil: Eine Umsetzung der Rechtsweggarantie, die von überhöhten Erwartungen in den gerichtlichen Rechtsschutz ausgeht, birgt erhebliche Risiken für das gute Funktionieren des Rechtsstaates und seiner Institutionen 75. Einerseits führt sie zu einer Überforderung der Justiz (Ziff. 2), andererseits zur Institutionalisierung von Misstrauen der Verwaltung gegenüber (Ziff. 3).

2. Überforderung der Justiz

Soll mit der neuen Verfassungsnorm der unabhängigen Justiz künftig noch mehr Verantwortung für die Rechtsstaatlichkeit aufgetragen werden, muss dies zwangsläufig zu ihrer Überforderung führen. Die Überforderung hat zwei Gesichter: die Überforderung des Justizapparats auf der einen (Ziff. 2.1) und die Überforderung der einzelnen Justizpersonen (Ziff. 2.2) auf der anderen Seite.

2.1 Überforderung des Justizapparats

Richterliche Behörden sind Kontrollinstanzen. Wie gesagt: Sie sind Hüterinnen des Rechtsstaates; sie sind nicht der Rechtsstaat selber. In dieser Funktion können sie weder die primäre noch die alleinige Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit von Verwaltungshandlungen und -entscheidungen übernehmen.

ZBJV-2004-180

- Den Gerichten fehlt dazu häufig sowohl das spezifische Fachwissen als auch die Vollzugserfahrung 76.
 Zudem sind (auch) sie kapazitätsmässig eingeschränkt. Wird ihnen wovor hier gewarnt werden soll trotzdem die entscheidende Verantwortung für die sachliche «Richtigkeit» der Entscheide übertragen, wird der Instruktionsaufwand immens.
- Kommt hinzu, dass die kognitive Überforderung bzw. die Relativität des Erkennens auch vor den Gerichten nicht halt macht. «Die Welt entsteht im Auge des Betrachters» 77 so die Einsicht der modernen Erkenntnislehre. Das Auge des Richters, der Richterin ist folglich nicht scharfsichtiger als das irgendeines anderen Betrachters. Kein Grund also, Gerichte anstatt der hierfür prädestinierten Fachverwaltung («letztinstanzlich») über Fachfragen entscheiden zu lassen. Leicht könnte sonst der Eindruck der richterlichen Besserwisserei entstehen.

Dazu ein «schönes» Beispiel aus Deutschland: Strittig war die Zuerkennung des Prädikates «Spätlese» für einen Wein: Im Verwaltungsverfahren sprachen sich insgesamt acht Sachverständige einstimmig für die Fehlerhaftigkeit des Weines und damit gegen die Verleihung des Prädikates aus. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum gegenteiligen Schluss, dies aufgrund der ebenfalls übereinstimmenden Beurteilung durch fünf weitere Sachverständige, denen zufolge der Wein in Geruch und Geschmack frei von Fehlern war 78.

2.2 Überforderung der Justizpersonen

Überfordert ist nicht nur der Justizapparat . Überfordert sind häufig auch einzelne in der Justiz tätige Personen. Ihr Verhalten ist es denn auch, das wahrnehmbare Aussenwirkungen zeitigt. Die Überforderungssymptomatik ist vielfältig:

ZBJV-2004-181

- Zunächst kann sich Überforderung und Überlastung in individuellen Stresssymptomen verschiedenster Art äussern. Deren Wirkungen erstrecken sich dabei in einer ersten Phase vor allem auf den körperlich-psychischen Bereich und bleiben vorerst ohne nennenswerte Auswirkungen auf die berufliche Funktionalität. Dies kann allerdings ändern, wenn der Zustand längere Zeit anhält.
- Nach der Einschätzung des Bundesrates gefährden die individuelle Überforderung und Überlastung einer Richterin oder eines Richters unmittelbar die richterliche Unabhängigkeit . Danach soll ein überlasteter Richter eher dazu neigen, «vorschnell einem plausiblen Parteistandpunkt oder der Vorinstanz zu folgen» 79 .

Ob schliesslich auch die bei Justizpersonen zunehmend festzustellende Tendenz, funktionale Privilegien – wie z.B. die richterliche Unabhängigkeit 80 – vermehrt als persönliche Privilegien zu verstehen und zu beanspruchen, Folge individueller Überforderung ist, soll hier dahingestellt bleiben 81.

2.3 Fazit

Sowohl aus sachlich-funktionalen, aus erkenntnistheoretischen sowie aus Gründen der Stressprävention macht es somit wenig Sinn, dem Gericht die primäre Entscheidverantwortung zu übertragen. Es ist vielmehr die fachkompetente und vollzugserfahrene Verwaltung, die die primäre Verantwortung für die sachliche Richtigkeit ihrer Akte trägt und tragen muss.

ZBJV-2004-182

3. Institutionalisierung von Misstrauen

Ein Verständnis, wonach sich der Rechtsstaat erst oder nur im richterlichen Rechtsschutz verwirklicht, entspricht – wie dargelegt (vorne Ziff. 1) – nicht einer sachgerechten Verteilung der Verantwortlichkeiten unter den staatlichen Gewalten. Überdies bringt es ein problematisches Misstrauen dem politisch-administrativen System gegenüber zum Ausdruck 82 . Problematisch vor allem deshalb, weil Misstrauen generell eine negative Gestaltungskraft innewohnt (Ziff. 3.1), die sich namentlich auch in Bezug auf die Verwaltung negativ auswirkt (Ziff. 3.2).

3.1 Die negative Gestaltungskraft von Misstrauen

Misstrauen ist einer fruchtbaren und erfolgreichen Zusammenarbeit nicht förderlich. Die Sozialpsychologie bestätigt dies. Sie lehrt uns mit der Figur der «selbsterfüllenden Prophezeiung», was unkontrolliertes und unreflektiertes Misstrauen bewirken kann.

Kurz zusammengefasst der Mechanismus 83: Die von Misstrauen getragenen Erwartungen und Überzeugungen – bzw. Befürchtungen – beeinflussen das Denken und Verhalten des Misstrauenden. Er tut unbewusst alles in seiner Macht stehende, um sein Misstrauen bestätigt zu sehen. Auf der anderen Seite wird das Objekt von Misstrauensäusserungen dem Misstrauenden allmählich selbst mit Misstrauen begegnen und seinerseits alles tun, damit sich seine eigenen Erwartungen erfüllen.

Es kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass diese sozialpsychologische Erkenntnis auch für das Verhältnis und das

ZBJV-2004-183

Zusammenwirken unter den Staatsgewalten relevant ist. Hier interessiert vor allem ihre Bedeutung für die öffentliche Verwaltung.

3.2 Die negative Gestaltungskraft von Misstrauen gegenüber der Verwaltung

Es soll hier nicht etwa behauptet werden, die öffentliche Verwaltung – auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene – arbeite heute derart vorbildlich, dass Misstrauen in jeder Hinsicht völlig fehl am Platz wäre. Ganz und gar nicht. Nur, Psychologie und Führungslehre sagen es deutlich: Misstrauen ist keine günstige Basis für eine fruchtbare und erfolgreiche Zusammenarbeit. Es gilt daher, Misstrauensbekundungen

der Verwaltung gegenüber als solche zu erkennen (Bst. a) und ihre (negative) Wirkungsweise aufzudecken (Bst. b).

a) Misstrauensbekundungen

Im gesellschaftlich-politischen Umfeld der Verwaltung lassen sich schon heute Faktoren erkennen, die – im dargelegten Sinne – das (befürchtete) qualitativ mangelhafte Arbeiten der Verwaltung unbewusst begünstigen oder gar bewirken. Akte oder Äusserungen des Misstrauens also. Drei Beispiele 84 aus jüngerer Zeit seien hier angeführt:

- In Zeiten angespannter öffentlicher Finanzen wurden in der Verwaltung im Rahmen zahlreicher
 Sparprogramme permanent Stellen abgebaut. Demgegenüber erhöhte sich in der gleichen Zeitspanne der
 Personaletat der Justiz.
- Die lohnmässige Einreihung juristischer Mitarbeitender in der Verwaltung ist tendenziell tiefer als jene des juristischen «Hilfspersonals» (Gerichtsschreiberinnen, juristische Assistenten) in der Gerichtsbarkeit. Dies, obwohl die juristische Arbeit eines Verwaltungsjuristen (Beratung, Rechtssetzung, Rechtsanwendung etc.) nicht weniger anspruchsvoll ist.
- Die kontinuierliche Weiterbildung der Richterinnen und Richter (formation continue) ist als Notwendigkeit erkannt und wird denn auch periodisch postuliert 85. Dass die Universität Luzern zu diesem Zweck nun ein «Institut für Judikative» ins Leben rufen will, liegt daher

ZBJV-2004-184

nahe und ist auch durchaus erwünscht 86 . Symptomatisch ist aber, dass Ähnliches für die Aus- und Weiterbildung der Verwaltungsangestellten sowie Verwaltungsspitze bisher kaum initiiert wurde 87 .

Eine gerichtszentrierte Umsetzung der Rechtsweggarantie käme als weiterer, wirkungskräftiger Faktor hinzu . Mit einer gerichtszentrierten Staats- und Justizorganisation würde Misstrauen der Verwaltung gegenüber geradezu institutionell verankert . Negative Auswirkungen auf Verwaltung und Gesamtstaat wären damit vorprogrammiert.

b) Die (negativen) Wirkungen

Zeichen des Misstrauens werden innerhalb und ausserhalb der Verwaltung sehr genau wahrgenommen. Ihre negativen Wirkungen sind mannigfach. Zwei sich unmittelbar in der Verwaltung manifestierende Negativwirkungen seien hier angesprochen:

aa) Auswirkungen auf die Qualität der Verwaltungsarbeit

Das beschriebene Phänomen der «Selbsterfüllenden-Prophezeiungen» lässt es erahnen: In einem Klima des Misstrauens wird die Arbeit der Verwaltung nicht etwa besser, sondern eher schlechter. Wo kein Vertrauen ist, ist keine Motivation 88 . Und wo die Motivation fehlt, ist gute Arbeit selten. Der fatale Prozess «sich selbst erfüllender Prophezeiungen» nimmt seinen Lauf:

1. Eine Verwaltung, die in einem Klima des Misstrauens arbeiten muss, neigt erfahrungsgemäss leicht dazu, weniger gründlich zu arbeiten. Sie wälzt die Letztverantwortung für die materielle Richtigkeit ihrer Vollzugsentscheide tendenziell auf die – als besserwisserisch empfundene – Justiz ab.

- 2. Die Justiz wird sich angesichts tendenziell flüchtig oder unvollständig instruierter Verwaltungsentscheide im Gegenzug dazu berufen und verpflichtet fühlen, sie mit hoher Prüfungsdichte zu kontrollieren, lückenhafte Sachverhaltserhebungen selbst zu vervollständigen und gegebenenfalls den Entscheid zu reformieren.
- 3. Das zum Teil bereits heute angeschlagene Selbstvertrauen der Verwaltung erfährt durch schärfere Kontrollen und Interventionen seitens der Justiz eine weitere Schwächung. Frustration, Demotivation, ungenügende Selbstverantwortung kurz: schlechte Verwaltungsarbeit sind die Folgen.
- 4. Unzulängliche Verwaltungsarbeit ruft wiederum nach intensiverer verwaltungsexterner Kontrolle ...

bb) Auswirkungen auf die Attraktivität der Verwaltung als Arbeitsplatz

Misstrauensbekundungen der Verwaltung gegenüber stärken das Verwaltungsimage nicht. Ein angeschlagenes Image erschwert es (zusätzlich), gutes und motiviertes Personal zu rekrutieren. Herausragende Arbeitskräfte reissen sich derzeit denn auch kaum um Sachbearbeiterstellen in der Verwaltung 89 . Fehlen in der Verwaltung gute, motivierte und vor allem «kritische» Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, ist ein weiterer Grundstein für qualitativ minderwertige und damit misstrauenswürdige Verwaltungsarbeit gelegt.

3.3 Fazit

Ein gerichtszentriertes Rechtsstaatsverständnis und die entsprechende Ausgestaltung des Verwaltungsjustizapparates käme einer Institutionalisierung von Misstrauen gegenüber der Verwaltung gleich. Die negative Gestaltungskraft solcher Misstrauensbekundungen sind nicht zu unterschätzen. Längerfristig können sie sich auf die Qualität der Verwaltungsarbeit und das Image der Verwaltung fatal auswirken.

ZBJV-2004-186

4. Zwischenergebnis: risikobewusste Umsetzung der Rechtsweggarantie

Die Rechtsweggarantie birgt bei einer «gerichtszentrierten Umsetzung» erhebliche Risiken: Zum einen wird die Justiz in einen Zustand der Überforderung manövriert, zum andern erfährt das Misstrauen der Verwaltung gegenüber institutionelle Be- und Verstärkung. – Diese Risiken gilt es zu erkennen und für die Umsetzung daraus die «richtigen» Schlüsse zu ziehen. Das heisst zuallererst: Nicht Misstrauen in die Verwaltung darf hier das Richtmass sein. Längerfristig Erfolg versprechend ist nur eine Umsetzung, die auf Vertrauen basiert. Drei Elemente einer «vertrauensbasierten» Umsetzung der Rechtsweggarantie sollen im Folgenden näher betrachtet werden.

IV. Elemente einer «vertrauensbasierten» Umsetzung der Rechtsweggarantie

1. Normgetreue Umsetzung

«Grundelement» und gleichsam Prämisse einer vertrauensbasierten Umsetzung ist deren Normtreue. Mit anderen Worten: Art. 29a BV will verwaltungsunabhängigen (gerichtlichen) und wirksamen Rechtsschutz gegen praktisch alle Verwaltungsakte gewährleisten, mehr nicht. Namentlich will diese Vorschrift nicht – jedenfalls gibt es dafür in den Materialien keine Anhaltspunkte – die Justiztätigkeit auf Kosten der

Verwaltung stärken oder betonen. Dementsprechend garantiert die Rechtsweggarantie auch keinen bestimmten (insbesondere keinen reinen gerichtlichen) Rechtsmittelzug, auch nicht den Rechtsmittelzug bis zum Bundesgericht 90 . An diesen Normrahmen hat sich der Ausführungsgesetzgeber zu halten. Dies kann im Einzelnen sehr Verschiedenes bedeuten. Zwei für eine vertrauensbasierte Umsetzung der Rechtsweggarantie wesentliche Punkte werden im Folgenden skizziert: die Beibehaltung der verwaltungsinternen Rechtspflege auf der einen (Ziff. 2) und das gezielte Schaffen administrativer Letztentscheidungsräume auf der anderen Seite (Ziff. 3).

ZBJV-2004-187

2. Beibehaltung und Stärkung der verwaltungsinternen Rechtspflege

2.1 Gründe

Die Rechtsweggarantie verlangt wie gesagt nur, dass ein Gericht das «letzte Wort» hat. Weder fordert sie die doppelte noch die reine gerichtliche Überprüfung von Administrativakten. Kein zwingender Grund also, die verwaltungsinterne Rechtspflege abzuschaffen 91 . Im Gegenteil: Vieles spricht dafür, an dieser traditionellen Einrichtung festzuhalten. Drei Gründe sollen im Folgenden etwas näher beleuchtet werden 92 :

a) Wirksame und effiziente Steuerung

Die Aufhebung der verwaltungsinternen Rechtspflege würde sich zunächst negativ auf die Wirksamkeit und Effizienz der Verwaltungssteuerung auswirken:

– Die verwaltungsinterne Rechtspflege ist ein wichtiges Selbststeuerungsinstrument (oder Selbstreinigungsinstrument) der Verwaltung 93. Die Kontrolle der Verwaltungsakte der Amtsstellen ermöglicht es ihr, aus «eigenen» Fehlern in der Rechtssetzung und Rechtsanwendung zu lernen. Auch schärft die Identität von Instanzenzug und Hierarchie (Aufsicht) das Verantwortungsbewusstsein von vorgesetzter und nachgeordneter Stelle 94. Durch die gänzliche Auslagerung der Rechtsanwendungskontrolle aus der Verwaltung würde somit eine für die administrative Aufgabenerfüllung wertvolle Wissens- und Erfahrungsquelle versiegen 95.

ZBJV-2004-188

- Weiter wäre es in funktioneller Hinsicht verfehlt, die Angemessenheitsprüfung traditionellerweise zu
 Recht Aufgabe der verwaltungsinternen Justiz einem Gericht zu übertragen. Hierzu bedarf es des
 Fachwissens und der Vollzugserfahrung 96. Beides geht der verwaltungsexternen Justiz weitgehend ab 97.
- Unter dem Aspekt wirksamer und effizienter Steuerung ist schliesslich auch zu beachten, dass Gerichtsverfahren erfahrungsgemäss formalisierter ablaufen. Sie benötigen dadurch in der Regel mehr Zeit und verursachen regelmässig höhere Kosten 98. Verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanzen sehen demgegenüber durch ihre Vollzugsnähe mehr Verhandlungsspielräume und verstehen diese in der Regel auch, flexibel zu nutzen 99.

b) Hinreichend abgesicherte Verfahrensfairness

Gegen die verwaltungsinternen Rechtspflegeinstanzen (meist gleichzeitig Aufsichtsinstanzen) wird häufig ins Feld geführt, sie würden erfahrungsgemäss ungern einen Entscheid der unteren Behörden aufheben 100 . Es

wird ihnen mit anderen Worten die rechtsstaatliche Steuerungsfähigkeit aus Gründen der Parteilichkeit und

ZBJV-2004-189

Befangenheit abgesprochen. Zwar sind die verwaltungsinternen Rechtspflegeinstanzen institutionell nicht unabhängig 101, und es mag in Einzelfällen zutreffen, dass sie voreingenommen entscheiden. Der Einwand überzeugt aber bei näherer Betrachtung weder aus rechtlicher noch aus empirischer Sicht:

- In rechtlicher Hinsicht ist zunächst darauf hinzuweisen, dass auch für die Verwaltungsinstanzen ähnlich wie für Gerichte (Art. 30 BV) die Grundsätze der Verfahrensfairness gemäss Art. 29 BV gelten. Namentlich sind nach Abs. 1 dieser Vorschrift auch die Verwaltungsbehörden verpflichtet, unabhängig und unparteilich (konkret: rechtsgleich und gerecht) zu entscheiden 102 . Dieser Verfassungsgrundsatz bedarf freilich, um voll zur Entfaltung zu gelangen, der Konkretisierung in der einschlägigen Verfahrensgesetzgebung; im Vordergrund stehen zu diesem Zweck Ausstandsvorschriften 103 . Schliesslich bedarf es kaum der Erwähnung, dass auch das Handeln der Verwaltungsbehörden stets an das Recht gebunden ist (Art. 5 BV).
- Auch empirisch lässt sich der Einwand der Befangenheit verwaltungsinterner Rechtspflegeinstanzen nicht stützen. Jedenfalls gibt es hierfür zu wenig signifikante Hinweise 104. Im Gegenteil: Die beträchtliche Gutheissungsquote (ca. 30%) im verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren indiziert vielmehr die Unbefangenheit der internen Justiz ihren Vorinstanzen gegenüber.

ZBJV-2004-190

c) Psychologische Gründe

Die Beibehaltung der verwaltungsinternen Rechtspflege ist nicht nur aus sachlichen, sondern auch aus psychologischen Gründen geboten. Die Aufhebung der verwaltungsinternen Rechtspflege würde auch ein deutliches – wie gezeigt kontraproduktives – Misstrauenszeichen setzen: Der Verwaltung würde signalisiert, dass man wenig Vertrauen in die «administrative» Selbstreinigungs- und Selbstregulationskräfte hat. Zu was solche Misstrauensbekundungen führen können, welche Prozesse sie in Gang zu setzen vermögen, wurde gezeigt: Die Verwaltung wird – glaubt man den Erkenntnissen der Psychologie – das in sie gesetzte Misstrauen «erfüllen» 105 . Das kann nicht im Interesse des Rechtsstaats sein. Was anzustreben ist, ist eine nachhaltige Qualitätsoptimierung der Verwaltungsarbeit. Eine solche aber bedingt wie dargelegt Vertrauen bzw. Vertrauensvorschuss. Die Beibehaltung und Stärkung der verwaltungsinternen Rechtspflege sowie ihre Ausstattung mit genügend Ressourcen ist ein nicht unbedeutender Vertrauensbeweis.

2.2 Es ist noch nicht (ganz) zu spät!

Im Bund ist man dem Reiz des «reinen» gerichtlichen Rechtsschutzes schon seit einiger Zeit erlegen. Den ersten entscheidenden Schritt in diese Richtung machte die OG-Revision des Jahres 1991 mit der Schaffung der Spezialrekurskommissionen 106. Die Rechtsweggarantie wird nun dazu benutzt, um diesen Weg fortzusetzen. Die Schaffung eines erstinstanzlichen Bundesverwaltungsgerichts, das die heutigen Rekurs- und Schiedskommissionen sowie die Beschwerdedienste der Departemente ablösen soll, setzt in dieser Hinsicht einen Schlusspunkt 107. Diesen fahrenden Zug noch zu stoppen, ist zu spät.

ZBJV-2004-191

Kritik an der Aufhebung verwaltungsinterner Rechtspflege zu äussern, macht dennoch Sinn. Bestenfalls gelingt es dadurch, «gefährdete» Kantone vor vergleichbarem Vorgehen zu warnen 108 .

2.3 Verwaltungsorganisatorische Rahmenbedingungen

Die interne Verwaltungsjustiz kann die ihr überantworteten Steuerungs- und Selbstkontrollaufgaben letztlich jedoch nur dann wirksam und effizient wahrnehmen, wenn sie nicht zu politischen Zwecken missbraucht wird. Dies bedingt auf der Ebene der politischen Führung die notwendige Sensibilität für die hohe rechtsstaatliche Bedeutung der verwaltungsinternen Rechtspflege. Eine gewisse verwaltungsorganisatorische Verselbständigung der internen Rechtspflegeinstanzen könnte in dieser Hinsicht unterstützend wirken. Dadurch würde – nach innen und nach aussen – verdeutlicht, dass die Verwaltungsjustiz eine eigenständige Fachaufgabe der Verwaltung darstellt, die organisatorisch, funktionell und personell von den übrigen administrativen Aufgaben weitgehend getrennt erfüllt wird 109 . Dabei gilt es allerdings, darauf zu achten, dass durch eine organisatorische Verselbständigung die Vorteile der verwaltungsinternen Rechtspflege (Vollzugsnähe, Fachkompetenz, interner Wissenstransfer) nicht (allzu stark) geschmälert werden.

ZBJV-2004-192

2.4 Zwischenergebnis: der Muster-Rechtsmittelzug im öffentlichen Verfahrensrecht

Als Muster-Rechtsmittelzug ist somit für den Regelfall an der bewährten «kombinierten» Zweistufigkeit festzuhalten 110 :

- Die erstinstanzliche Überprüfung eines Verwaltungsakts mit voller Kognition (eingeschlossen Angemessenheitsprüfung) erfolgt danach durch die verwaltungsinterne Aufsichtsinstanz. In aller Regel dürfte im Sinne eines möglichst raschen Verfahrens eine einmalige, aber volle Überprüfung genügen. In bestimmten Fallkonstellationen kann sich freilich auch ein doppelter verwaltungsinterner Rechtsmittelzug als sinnvoll erweisen:
- So wäre etwa denkbar, in personalrechtlichen Streitigkeiten nach einer ersten Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde eine zweite Überprüfung durch die Exekutivspitze in ihrer Eigenschaft als oberste Arbeitgeberin vorzusehen.
- Eine doppelte verwaltungsinterne Kontrolle kann ferner gegenüber Akten dezentraler Verwaltungseinheiten opportun sein (z.B. Rekurskommission der Universität/Erziehungsdirektion).

Gleichzeitig wird es (selten) auch Fälle geben, in denen von einer vorgängigen verwaltungsinternen Überprüfung abzusehen und der direkte Weiterzug an eine verwaltungsexterne Rechtsmittelbehörde zu ermöglichen ist 111 . Oder: Wo für Betroffene hochsensible und grundrechtsrelevante Entscheide zu fällen sind, kann es – analog zum Strafrecht – opportun sein, bereits die Verfügungskompetenz einem unabhängigen Gericht zu übertragen 112 .

ZBJV-2004-193

- Die (in der Regel) zweitinstanzliche Überprüfung erfolgt durch eine verwaltungsexterne Justizbehörde mit voller Rechts- und Sachverhaltskognition, aber mit tendenziell reduzierter Prüfungstiefe 113. Dabei ist darauf zu achten, dass die einzige Justizbehörde im Regelfall als Kollegialbehörde entscheidet 114.
- Für kantonal letztinstanzliche (Gerichts-)Entscheide steht im Regelfall eine weitere richterliche Kontrollmöglichkeit auf Bundesebene (Bundesgericht, Bundesverwaltungsgericht) zur Verfügung.

3. Schaffen administrativer Letztentscheidungsräume

3.1 Die richterliche Kontrolldichte als Instrument

Ein weiterer (zweiter) möglicher Anknüpfungspunkt für eine im erwähnten Sinne «vertrauensbildende» Umsetzung der Rechtsweggarantie bietet das Verfahrensinstitut der Kontrolldichte (Prüfungsdichte) 115. Die Dichte justizieller Kontrolle ist – innerhalb der von der Rechtsweggarantie verlangten vollen Rechts- und

ZBJV-2004-194

Sachverhaltskontrolle 116 – grundsätzlich variabel 117. Den anzuwendenden Kontrollmassstab hat freilich nicht primär das entscheidende Gericht festzulegen. Vielmehr obliegt es dem Gesetzgeber – in erster Linie dem Sachgesetzgeber – durch die Art und Weise seiner Normierung den Kontrollmassstab zu definieren. Der Gesetzgeber verfügt insoweit über ein (weiteres) Instrument, mit dem er bei entsprechender Ausgestaltung die Verwaltungsverantwortung gezielt stärken und gleichzeitig die Interventionsmacht der Justiz limitieren kann.

3.2 Die Sachgesetzgebung als primärer Kontrollmassstab

Soll der Verwaltung – wie dies hier gefordert wird – mehr Vertrauen geschenkt und die ihr funktional zustehende Verantwortung respektiert werden, ist zuallererst auf der Ebene der Sachgesetzgebung anzusetzen. Konkret hat der Gesetzgeber der Fachverwaltung vermehrt Handlungs- und Entscheidungsspielräume zu gewähren. Die heutige Dogmatik kennt mit den Beurteilungsspielräumen, den Ermessensspielräumen und endlich auch mit der prozessualen Figur der richterlichen Zurückhaltung bereits verschiedene Typen und Formen solcher administrativer Spielräume, mit je unterschiedlichen Folgen für die justizielle Kontrolle 118 . In der Praxis ist es häufig schwierig, diese Kategorien administrativer Entscheidungsspielräume auseinander zu halten und die Grenze zulässiger justizieller Kontrolle zu ermitteln 119 . Die herkömmliche Begriffsdifferenzierung ist

ZBJV-2004-195

daher aufzugeben. Sämtliche, die justizielle Kontrolle limitierenden Entscheidungsspielräume der Verwaltung sind einheitlich als administrative Letztentscheidungsrechte bzw. -räume zu begreifen 120 . Solche liegen immer dann vor, wenn eine offene und unbestimmte Sachgesetzgebung der Verwaltung bewusst materielle Entscheidungsspielräume ausspart, deren Handhabung von der Justiz nicht mehr nachkontrolliert wird. Die Verantwortung für die materielle Richtigkeit der Entscheide trägt somit (einzig) die Verwaltung (Letztentscheidung = Letztverantwortung).

Der (Sach-)Gesetzgeber hat daher künftig, d.h. unter dem Regime der Rechtsweggarantie, die offene Normierung gezielt(er) als Instrument zur Einräumung eines administrativen Letztenscheidungsrechts einzusetzen 121. Das Gericht hat sodann einen im Bereich solcher administrativer Letztentscheidungsrechte ergangenen Verwaltungsentscheid in materieller Hinsicht nur (noch) darauf hin zu prüfen, ob die tatbeständlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Letztentscheidungsrechts erfüllt sind, das Tatsachenund Abwägungsmaterial vollständig ermittelt wurde und ob das Ergebnis sich schliesslich mit dem Willkürverbot und den anderen Grundrechten verträgt 122.

3.3 Die Prozessgesetzgebung als Kompensat

Die Prozessgesetzgebung hat dem im Rahmen der vollen Rechts- und Sachverhaltskontrolle anzulegenden Massstab einige Kontrollpunkte hinzuzufügen: Es ist ihre Aufgabe, die in der

ZBJV-2004-196

Sachgesetzgebung zugunsten der Verwaltung ausgeschiedenen materiellen Entscheidungsspielräume durch eine verstärkte prozedurale Strukturierung, deren Einhaltung ihrerseits der vollen justiziellen Überprüfung unterliegt, zu kompensieren.

Dies entspricht einem im europäischen Rechtsraum generell festzustellenden Trend: Der Verwaltung werden vermehrt materielle Handlungsspielräume gewährt. Deren Ausübung wird aber durch eine kontrollierbare prozedurale Strukturierung rechtsstaatlich eingebunden 123 .

3.4 Zwischenergebnis: Muster der reduzierten Kontrolldichte

Was im Rahmen der von der Rechtsweggarantie verlangten vollen Rechts- und Sachverhaltskontrolle von der verwaltungsexternen Justizbehörde kontrolliert wird, bestimmt in erster Linie die Sach- und Verfahrensgesetzgebung . Sie hat der Verwaltung – im Sinne des notwendigen Vertrauensvorschusses und der sachgerechten Aufteilung von Verantwortlichkeiten – vermehrt Letztentscheidungsrechte einzuräumen, deren Ausübung von der Justiz nur noch auf die Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen (eingeschlossen Grundrechte) sowie der Verfahrensregeln hin kontrolliert werden. – Der materielle Entscheidinhalt im engeren Sinne bleibt damit weitgehend

ZBJV-2004-197

der justiziellen Überprüfung entzogen. Dies ist nicht als Einbusse an Rechtsstaatlichkeit zu werten. Im Gegenteil: Es ist eine langfristige Investition in eine rechtsstaatswürdige Verwaltung. Die wichtige Rolle der Justiz als Hüterin des Rechtsstaats wird damit nicht in Frage gestellt.

V. Zusammenfassung und Fazit

- 1. Die Rechtsweggarantie beinhaltet ein beträchtliches Potential an Chancen Chancen für das rechtsschutzsuchende Individuum auf der einen sowie Chancen für den modernen Rechtsstaat auf der anderen Seite.
- 2. Diese Chancen können sich nur dann voll verwirklichen, wenn den mit der Rechtsweggarantie einhergehenden Risiken in der Umsetzung Rechnung getragen wird. Dies bedingt zunächst, dass die Rechtsweggarantie nicht als Aufforderung zu einer «gerichtszentrierten Staatsorganisation» missverstanden wird. Die Folgen eines solchen Verständnisses wären fatal: Zum einen würde die Justiz dadurch in einen Zustand der Überforderung manövriert, zum anderen das Misstrauen gegenüber der Verwaltung institutionalisiert. Beides hätte mannigfache negative Auswirkungen auf das Funktionieren der staatlichen Institutionen.
- 3. Soll der Rechtsstaat insgesamt einen Gewinn aus der neuen Verfahrensgarantie ziehen, muss die mit ihr beabsichtigte Stärkung der Justiz von einer Stärkung der Verwaltung begleitet sein. Eine solche Stärkung kann im Rahmen der weiteren Umsetzungs- und Konkretisierungsschritte namentlich durch Massnahmen erreicht werden, die der Verwaltung gegenüber Vertrauen (svorschuss) zum Ausdruck bringen. Kernelemente einer «vertrauensbasierten Umsetzung» der Rechtsweggarantie sind zum einen das Beibehalten bzw. das Stärken der verwaltungsinternen Rechtspflege, zum andern das Schaffen von administrativen Letztentscheidungsräumen und damit das Übertragen von mehr materieller Entscheidverantwortung an die Verwaltung.

* Schriftliche, um einige Gedanken ergänzte Fassung des am 26. Juni 2003 vor der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern gehaltenen Habilitationsvortrags.

- 1 Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999 (BBI 1999, 8633 ff.); siehe dazu Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, 37 f.
- 2 Art. 29a BV-Justizreform lautet wie folgt: «Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.»
- 3 Dieses Schicksal teilt sie mit der Mehrheit der Vorschriften der Justizreform. Vgl. kritisch dazu statt vieler Ulrich Zimmerli, Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR 2002, 450 m.w.H.; Martin Schubarth, Die Bedeutung der verfassungsmässigen Ordnung für das Verhältnis von Richter und Bundesgesetz, ZSR 2003, 172.
- 4 Die Justizreform muss durch die Bundesversammlung in Kraft gesetzt werden (vgl. Ziffer III Absatz 2 des Bundesbeschlusses vom 8.10.1999 über die Reform der Justiz).
- 5 Vgl. Pressemitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 26. März 2003; Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, 33 Anm. 175, spricht von einem Inkrafttreten nicht vor 2005–2010.
- 6 Nur nebenbei sei auf den Grundsatz von Art. 195 BV hingewiesen, wonach die revidierte BV nach Annahme durch das Volk in Kraft tritt (dazu BBI 2001, 4222).
- 7 Vgl. BBl 2001, 4222 f. Mit einer Verabschiedung des BGG und des VGG vor dem Jahre 2004 und einer Inkraftsetzung vor dem Jahre 2006 ist zurzeit nicht zu rechnen (siehe auch B. Schindler [Fn. 5], 33 Anm. 175). Einzelne Bestimmungen des SGG (Stellung und Organisation des Bundesstrafgerichts) wurden bereits auf den 1. August 2003 in Kraft gesetzt. Die Inkraftsetzung der übrigen Bestimmungen des SGG erfolgt auf den 1. April 2004; zu diesem Zeitpunkt soll das Bundesstrafgericht auch seine Tätigkeit aufnehmen.
- 8 BBI 2001, 4223.
- 9 Vgl. dazu schon Ernst Blumenstein, Der rechtsstaatliche Ausbau der schweizerischen Demokratien, Rektoratsrede gehalten bei der 95. Stiftungsfeier der Universität Bern am 23. November 1929, Bern 1930, 13 m.w.H.
- 10 Vgl. Christina Kiss, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, ZBJV 1998, 291 m.w.H.
- 11 Vgl. BBl 2001, 4222; vgl. dazu auch Christina Kiss/Heinrich Koller, St. Galler Kommentar zu Art. 191b BV [Justizreform], Rz. 7. Siehe den entsprechenden Hinweis betreffend die Zivilrechtspflege im Kanton Zürich bei Karl Spühler, Gesteigertes Rechtsschutzbedürfnis, in: Thomas Dähler/Alfred Kölz/Markus Notter, Grundrechte und Rechtsschutz, Zürich 2000, 10 f.
- 12 Vgl. dazu BBI 1997 I 496.
- 13 Vgl. die Hinweise in BBI 1997 I 503 f.

14 Vgl. für die Europäische Union nun auch etwa Art. 47 des Entwurfs der Charta der Grundrechte der Europäischen Union («Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht»); siehe den Text der Charta in: EuGRZ 2000, 554 ff.

15 Grundlegend dazu Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995.

16 Ziff. XX Ziff. 6 des GATT-Übereinkommens verlangt, dass das nationale Recht eine «unabhängige Rekursinstanz» schafft. Diese muss zwar nicht zwingend ein Gericht, jedoch eine von der Beschaffungsstelle unabhängige Behörde sein. Für die Bundesebene ist hierfür eine unabhängige Rekurskommission vorgesehen (vgl. Art. 27 Abs. 1 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen); die Kantone setzen für diese Aufgabe zumeist ihr Verwaltungsgericht ein (Art. 15 Abs. 1 Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen). Siehe zum Ganzen auch Attilio R. Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, AJP 1996, 967 ff.

17 Vgl. Art. 5 in Verbindung mit Anhang V.

18 Vgl. Art. 11 Abs. 3.

19 Der Bundesrat hat die Konvention unterzeichnet; die Ratifikation steht indes noch aus. Siehe die Hinweise bei Astrid Epiney/Kaspar Sollberger, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten, Bern 2003, 165 ff.

20 Aus diesem Grund ist die Bestimmung systematisch im Grundrechtsteil integriert (vgl. BBI 1997 I 524).

21 BBI 1997 I 502 f.; ferner BBI 2001, 4215.

- 22 Den geltenden Zuständigkeitsordnungen liegt mehrheitlich das System «Generalklausel mit umfassendem Ausnahmekatalog» zu Grunde (siehe für die Bundesrechtspflege statt vieler: Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, 65 ff.; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, N. 850 ff.; für die kantonale Ebene exemplarisch: Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, 507 ff. [zu Art. 74–78]).
- 23 Die heutigen Zuständigkeitsordnungen im öffentlichen Verfahrensrecht sind kaum mehr zu überblicken (kritisch statt vieler schon Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, 103 ff.). Diverse punktuelle Revisionen dieser gesetzlichen Zuständigkeitsordnungen und eine einzelfallorientierte Rechtsprechung der EMRK-Organe, die bis heute Fragen zur Geltung der Gerichtsgarantie im Bereich des Verwaltungsrechts offen lässt, haben nicht für mehr Klarheit und Transparenz gesorgt.
- 24 Nach Walter Kälin, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBI 1999, 55, kann Art. 29a BV-Justizreform namentlich in solchen Fällen einschlägig werden, in denen der Gerichtszugang durch gewisse prozessuale Vorschriften oder Massnahmen (z.B. zu hohe Gerichtskosten oder -vorschüsse) faktisch übermässig erschwert, mithin «unwirksam» gemacht würde.
- 25 Art. 29 BV regelt die allgemeinen Verfahrensvorschriften (gleiche und gerechte Behandlung, Beurteilung innert angemessener Frist, rechtliches Gehör, unentgeltliche Rechtspflege).

26 Art. 30 BV sichert die Unabhängigkeit des Gerichts und der Justizpersonen grundrechtlich ab (zur institutionellen Absicherung der richterlichen Unabhängigkeit vgl. nachfolgend Ziff. 2.2 b). Sodann garantiert er in Abs. 3 die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung. Dies jedoch nur in dem

- Umfang, in dem die EMRK die Öffentlichkeit verlangt (vgl. dazu BGE 128 I 288 [= Pra 2003, Nr. 80]). Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang ferner die speziellen Verfahrensgarantien bezüglich der Freiheitsentziehungen (Art. 31 BV) und des Strafverfahrens (Art. 32 BV).
- 27 Die verschiedenen Teilziele der Justizreform hängen zusammen und sind folglich gemeinsam zu realisieren (vgl. BBI 1997 I 494).
- 28 Vgl. BBI 1997 I 502 f.; siehe auch W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 58.
- 29 Vgl. BBl 1996, 488 ff. (die Überlastung des Bundesgerichts relativierend Hans-Peter Walter, Justizreform, in: Gauch/Thürer [Hrsg.], Die neue Bundesverfassung Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich 2002, 130, 138; Giusep Nay, Entlastungsmassnahmen des Schweizerischen Bundesgerichts, in: EuGRZ 2003, 159 ff.); als weitere Ziele werden etwa angegeben: das Schliessen von Lücken im Rechtsschutz (490 ff.); die Entlastung des Bundesrates (S. 491 ff.). Zu den Zielen der Justizreform auch Matthias Kuhn, Die Einheitsbeschwerde mehr Rechtsschutz oder Entlastung des Bundesgerichts?, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, 70 f.
- 30 Vgl. dazu W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 52; Yvo Hangartner, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, 135 f. Für die kantonale Ebene siehe auch BBI 2001, 4227 f.
- 31 Die Botschaft des Bundesrates nennt als Ausnahmegründe nicht abschliessend die fehlende Justiziabilität, die spezielle Ausgestaltung der demokratischen Mitwirkungsrechte in einem Kanton und schliesslich Argumente der Gewaltentrennung (BBI 1997 I 524; kritisch vor allem zur Ausnahme wegen der Ausgestaltung demokratischer Mitwirkungsrechte René A. Rhinow, Die Bundesverfassung 2000 Eine Einführung, Basel/Genf/München 2000, 195 f.). Für die Kantone findet sich eine weitere Konkretisierung in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege: Danach dürfen die Kantone nur Ausnahmen für «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter» vorsehen (vgl. BBI 2001, 4227 f.).
- 32 Vgl. R. Rhinow, Bundesverfassung (Fn. 31), 195.
- 33 Vgl. W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 58; Y. Hangartner (Fn. 30), 135 f. Die gesetzlichen Ausnahmen haben überdies stets auch den durch die völkerrechtlichen Rechtsschutzgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (oder Art. 14 Abs. 1 UNO-Menschenrechtspakt II) gesteckten Rahmen zu beachten. Sodann ergeben sich für die kantonalen Gesetzgeber weitere spezifische Schranken: Zum einen können sie Ausnahmen nur für das kantonale Recht vorsehen, zum andern sind sie darin durch die Vorgaben des Bundesrechts eingeschränkt (vgl. BBI 1997 I 524; Y. Hangartner [Fn. 30], 136; R. Rhinow, Bundesverfassung [Fn. 31], 196).
- 34 Vgl. W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 61 Anm. 50.
- 35 Vgl. BBI 1997 I 524; vgl. auch die Diskussion möglicher Ausnahmekategorien bei Andreas Kley, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 10 ff.
- 36 Der Entwurf zum Bundesgerichtsgesetz (E-BGG) spricht mit Blick auf die kantonalen Ausnahmen von Entscheiden «mit vorwiegend politischem Charakter» (Art. 80 Abs. 3 E-BGG).
- 37 Z.B. Einreisesperren und politische Ausweisungen (siehe dazu BGE 129 II 193 E. 4.2.2 S. 206); zum Gerichtsausschluss betreffend Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit vgl. auch Art. 28 des Entwurfs zum Verwaltungsgerichtsgesetz (E-VGG; dazu BBI 2001, 4387 f.; siehe aber auch BGE 125 II 417 E. 4b 421 ff.).
- 38 Vgl. konkretisierend dazu W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 58 ff.

39 Hans Huber, Der Standort des Richters in der modernen Gesellschaft, abgedruckt in: Rechtstheorie – Verfassungsrecht – Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Bern 1971, 443; so auch Otto Bachof, Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, FS für Hans Huber, Bern 1961, 43 f.

40 Vgl. auch Georg Müller, Legitimation und Kognition in der Verwaltungsrechtspflege, ZBI 1982, 295 f.; René A. Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, 671. Dies dürfte namentlich auch für Einbürgerungsentscheide gelten: Vgl. in diesem Sinne nun auch BGE 129 I 232 E. 3.3 S. 237 ff.; BBI 2002, 1913, 1925, 1962 ff. (Botschaft des Bundesrates zur Revision des Bürgerrechtsgesetzes); ferner Yvo Hangartner, Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts, AJP 2001, 963; a.M. aber M. Schubarth, Bedeutung (Fn. 3), 174 ff., dem zufolge z.B. Einbürgerungsentscheide oder Begnadigungsentscheide nach «freistem, rechtlich nicht überprüfbarem Ermessen» ergehen und nicht einmal einer Willkürkontrolle unterliegen.

41 Im Bund bringt dies bereits Art. 189 Abs. 4 BV-Justizreform zum Ausdruck (dazu BBI 1997 I 531 f.). Diese Bestimmung ist jedoch im Zusammenhang mit der Rechtsweggarantie zu interpretieren. Danach dürfen dem Bundesrat oder der Bundesversammlung nur solche Entscheidkompetenzen übertragen werden, die von der Rechtsweggarantie nicht erfasst sind (vgl. W. Kälin, Rechtsweggarantie [Fn. 24], 58); andernfalls sind Gegenausnahmen nach Abs. 4 Satz 2 vorzusehen (siehe dazu nun auch BGE 129 II 193 E. 4.2.1 203 f.). Wird dies vom Bundesgesetzgeber nicht beachtet, kann das Fehlen gerichtlichen Rechtsschutzes in Einzelfällen unter Umständen zu einer Verletzung von Art. 6 EMRK bzw. von Art. 14 UNO-Pakt II führen (siehe dazu auch etwa A. Kley [Fn. 35], Rz. 11 f.). Analoges dürfte für die kantonale bzw. kommunale Ebene gelten. Auch hier werden sich Zuständigkeitszuweisungen an Parlament oder Volk mitunter nach Art. 29a BV-Justizreform zu richten haben. Demzufolge wird etwa – jedenfalls nach dem vorne zu den «politischen Akten» Gesagten (vgl. Fn. 40) – die Übertragung der Kompetenz für Einbürgerungen an Parlament oder Volk nur unter der Bedingung verfassungsrechtlich zulässig sein, dass gerichtlicher Rechtsschutz gegen die entsprechenden Entscheide gesetzlich gewährleistet ist.

42 Vgl. BBl 1997 I 523 f.

43 Vgl. die Einschränkungen auf Bundesebene aufgrund von Art. 190 BV-Justizreform (dazu auch U. Zimmerli [Fn. 3], 451); zur inzidenten Kontrolle von untergesetzlichem Bundesrecht siehe Walter Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 74 N. 9; Walter Haller, St. Galler Kommentar zu Art. 189 BV-Justizreform, Rz. 44.

44 Akte, auf die kein Rechtsanspruch besteht, können unter Umständen aufgrund der erwähnten zulässigen Ausnahmekriterien (politische Natur, Gewaltenteilung) vom gerichtlichen Rechtsschutz ausgeschlossen werden. Wie erwähnt, darf von so begründeten Ausnahmen jedoch nur sehr zurückhaltend ausgegangen werden.

45 So auch W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 60 ff.

46 Vgl. auch A. Kley (Fn. 35), Rz. 21 f.; René Rhinow, Neuere Entwicklungen im Öffentlichen Prozessrecht, SJZ 2003, 520; Bernhard Weber, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege: Gedanken und ungeklärte Fragen aus der Sicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZBJV 1998, 179. – Für die Bundesebene deuten Äusserungen des Berichterstatters der ständerätlichen Kommission an, in welche Richtung es gehen könnte. Ihm zufolge soll der Gesetzgeber den Ausnahmekatalog nicht zu eng fassen (vgl. Ständerat Wicki [Berichterstatter] im amtlichen Bulletin des Ständerats vom 5. März 1998 [Separatdruck], 106). Damit würde der Gesetzgeber allerdings den Bereich des verfassungsrechtlich Zulässigen wohl relativ rasch verlassen (so auch W. Kälin, Rechtsweggarantie [Fn. 24], 60).

- 47 Art. 78 Abs. 2 E-BGG des Entwurfs zum Bundesgerichtsgesetz sieht diese Beschwerdemöglichkeit vor. Damit kann eine «unzulässige» (meint: verfassungswidrige) Ausnahme durch den kantonalen Gesetzgeber abstrakt oder im Anwendungsfall gerügt werden. Verstösst demgegenüber der Bundesgesetzgeber gegen Art. 29a BV-Justizreform ist das Bundesgericht prinzipiell an die entsprechende Vorschrift gebunden (Art. 191 bzw. Art. 190 BV-Justizreform). Wenn darin allerdings gleichzeitig ein Verstoss gegen Art. 6 EMRK zu sehen ist, wird das Gericht praxisgemäss auf eine Anwendung der entsprechenden Bestimmung verzichten (vgl. R. Rhinow, Bundesverfassung [Fn. 31], 196 f.; siehe dazu auch BGE 125 II 417 E. 4c 424 ff.; kritisch zu dieser Praxis M. Schubarth, Bedeutung [Fn. 3], 178 f.).
- 48 Als weitere Variabeln spielen für die Bestimmung des Schutzbereichs die übrigen Prozessvoraussetzungen wie Frist, Form, Legitimation eine Rolle (vgl. auch C. Kiss [Fn. 10], 291 f.). Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2002, 522, qualifiziert die spezifischen Verfahrenserfordernisse demgegenüber nicht als Bestimmungsfaktoren des Schutzbereichs, sondern als «Grundrechtsschranken»; so auch Bernhard Waldmann, Rechtsmittelwege und Rechtsweggarantien im öffentlichen Vergabeverfahren, Baurecht 2002, 148.
- 49 Vgl. Ständerat Wicki (Fn. 46), 105 f.; siehe aus der Lehre W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 56; C. Kiss (Fn. 10), 291 f.; A. Kley, St. Galler Kommentar zu Art. 29a BV, Rz. 6.
- 50 Dies wird allerdings von einem Teil der Lehre vertreten: Vgl. etwa Bernhard Waldmann, Justizreform und öffentliche Rechtspflege quo vadis?, AJP 2003,749 f.; ders., Rechtsmittelwege (Fn. 48), 148; M. Schefer (Fn. 48), 521 f.; Y. Hangartner (Fn. 30), 136.
- 51 Vgl. W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 56 f.; C. Kiss (Fn. 10), 292 m.w.H.; a.M. B. Waldmann, Justizreform (Fn. 49), 750; B. Weber (Fn. 46), 182 ff.
- 52 Vgl. in diesem Zusammenhang auch etwa BBI 2001, 4319 (zu Art. 77 Bst. a E-BGG «Entscheide»).
- 53 Dies widerspricht allerdings nicht dem Prinzip, wonach die Rechtsweggarantie für die ganze Schweiz den gleichen Inhalt haben muss. Sie verlangt nämlich einheitlich (nur, aber immerhin) den «Zugang zu einem Richter statt an eine Verwaltungsbehörde, wo im öffentlichen Recht überhaupt eine Beschwerdemöglichkeit besteht» (W. Kälin, Rechtsweggarantie [Fn. 24], 57). Insoweit ähnelt die Rechtsweggarantie von ihrer Wirkungsweise her Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Dessen Anwendungs- und Wirkungsbereich hängt nach der Praxis der Konventionsorgane unter anderem ebenfalls davon ab, ob gemäss den landesrechtlichen Prozessvorschriften eine Materie überhaupt beschwerdefähig ist. Die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten ist freilich insoweit eingeschränkt, als sie den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz nicht so ausgestalten dürfen, dass die Gerichtsgarantie in ihrem Kern und Grundgehalt angetastet wird (vgl. aus der neueren Rechtsprechung Urteil EGMR i.S. Fogarty c. Royaume-Uni vom 21. November 2001, Ziff. 24/25; siehe zum Ganzen R. Herzog [Fn. 15], 87 ff., 317 f.). Analoges wird nun auch für die Umsetzung von Art. 29a BV-Justizreform im Rahmen des kantonalen Prozessrechts zu gelten haben: Auch hier setzt der Grundgehalt der Rechtsweggarantie den Kantonen hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Prozessordnungen Schranken. Über deren Einhaltung zu wachen, wird künftig Aufgabe des Bundesgerichts sein (vgl. Art. 78 Abs. 2 E-BGG; dazu BBI 2001, 4324 f.).
- 54 Vgl. neustens BGE 128 I 167 E. 4.5 S. 175 f.: Das Bundesgericht bestätigt hier seine Praxis, wonach auch formal nicht verfügungsmässig ergangene Akte, soweit sie (Grund-)Rechte und Pflichten Privater betreffen und ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, entweder Verfügungen rechtsschutzmässig unmittelbar gleichgestellt werden oder zumindest zum Einverlangen einer Feststellungsverfügung berechtigen; siehe auch W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 57; C. Kiss (Fn. 10), 292 (sie nennt die «rein organisatorischen Anordnungen des Schulalltags» als Beispiel, wo ihrer Ansicht nach keine Feststellungsverfügung verlangt werden könnte).

- 55 Vgl. auch W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 61 Anm. 50.
- 56 Auf Bundesebene ist die abstrakte Normenkontrolle bereits durch Art. 189 Abs. 4 und Art. 190 BV-Justizreform ausgeschlossen (dazu U. Zimmerli [Fn. 3], 446 f., 452 f.). Die entsprechende Konkretisierung findet sich in Art. 77 E-BGG (vgl. dazu BBI 2001, 4320).
- 57 Vgl. BBI 1997 I 523; R. Rhinow, Bundesverfassung (Fn. 31), 195; W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 57, 59.
- 58 Vgl. W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 59; siehe ferner zur abstrakten Normenkontrolle auf kantonaler Ebene Art. 77 Bst. b i.V. mit Art. 80 Abs. 2 und Art. 81 E-BGG (dazu BBI 2001, 4319, 4327). Dies gilt auch für die abstrakte Normenkontrolle kommunaler Erlasse; auch hierüber wird wo sie innerhalb eines Kantons vorgesehen ist künftig ein kantonales Gericht befinden müssen.
- 59 Vgl. BBI 1997 I 523.
- 60 Vgl. C. Kiss (Fn. 10), 293.
- 61 Vgl. Art. 104 Abs. 1 E-BGG (dazu auch BBl 2001, 4349 «Einheit des Verfahrens»); siehe zur «Rückwirkung» des Bundesverfahrensrechts auf die Ausgestaltung des kantonalen Verfahrensrechts auch schon Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, 49 f. In der Bundesrechtspflege wird künftig jedenfalls gemäss den einschlägigen Gesetzesentwürfen für die Beschwerdelegitimation einheitlich das Vorliegen eines «schutzwürdigen Interesses» verlangt (vgl. Art. 83 Abs. 1 Bst. c E-BGG; Art. 33 E-VGG i.V. mit Art. 48 Bst. a VwVG). Daneben werden auch die in der Praxis etablierten weiteren Beschwerdevoraussetzungen explizit in den Gesetzeswortlaut aufgenommen, so die formelle Beschwer sowie um den Kreis der Drittbeschwerdeführer auf ein vernünftiges Mass einzuschränken die «besondere» persönliche Betroffenheit (vgl. Art. 83 Abs. 1 Bst. a/b E-BGG; dazu BBl 2001, 4328 f.).
- 62 Vgl. Art. 78 E-BGG.
- 63 Vgl. auch C. Kiss (Fn. 10) 293; Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, 299.
- 64 Vgl. W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 55 mit Hinweisen auf die Materialien; siehe ferner BBI 2001, 4215, 4227, 4348 (betreffend die kantonale Gerichtsbarkeit; vgl. auch Art. 103 E-BGG).
- 65 Vgl. statt vieler Andreas Kley-Struller, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, 265 ff.; W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 61.
- 66 Dazu hinten Ziff. IV 3.
- 67 Vgl. statt vieler Karl Raimund Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band I, 7. Auflage, Tübingen 1992, XII ff.
- 68 Fritz Fleiner spricht von «Krönung des Rechtsstaates» (Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928, 40).
- 69 Nach E. Blumenstein (Fn. 9), 6, verkörpert der gerichtliche Rechtsschutz (nur) «das formalrechtliche Moment» des Rechtsstaatsgedankens.

70 Vgl. exemplarisch aus neuerer Zeit Karl Spühler, Die Zukunft der Justiz, AJP 2003, 441: «Je höher die Qualität der Justiz, desto höher die Rechtsstaatlichkeit eines Landes». Siehe auch schon die Hinweise bei E. Blumenstein (Fn. 9), 5 f.

71 Zum Begriff der «Rechtsprechung» siehe auch Giovanni Biaggini, Rechtsprechung, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 73, N. 1 ff. Nach A. Kley-Struller, (Fn. 65), 4, meint Rechtsschutz nur «richterlichen Rechtsschutz»; vgl. aber kritisch zu dieser Lehrmeinung: BGE 123 I 25 m.w.H.

72 Vgl. in diesem Sinne wohl auch schon F. Fleiner, Institutionen (Fn. 68), 228 f.; siehe neuer G. Biaggini (Fn. 71), N. 5. Das Bundesgericht beschränkt Rechtsschutz offenbar auf das (verwaltungsinterne und -externe) Rechtsmittelverfahren (vgl. BGE 123 I 25).

73 Vgl. in diesem Sinne auch Max Imboden, Rechtsstaat und Verwaltungsorganisation (1951), in: Staat und Recht – Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/ Stuttgart 1971, 447 ff., insbes. 455.

74 In ähnlichem Sinne vertrat Otto Mayer die Ansicht, dass auch ein Akt der Verwaltung ein obrigkeitlicher Ausspruch zur Bestimmung dessen ist, was im Einzelfall rechtens sein soll (vgl. Reimund Schmidt-De Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, Tübingen 1999, 226, vor allem auch 95 ff.). Der Verwaltungsakt war nach seinem Verständnis das Gegen- bzw. Seitenstück zum Zivilurteil (vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Auflage, München/Leipzig 1924, 92 ff.).

75 Vgl. in diesem Zusammenhang auch etwa die kritischen Überlegungen von Martin Schubarth, Siegeszug oder Krise der Justiz?, ZBJV 2000, 105 ff.

76 Vgl. allgemein zum Dilemma der Justiz angesichts der technischen und wissenschaftlichen Entwicklungen G. Biaggini (Fn. 71), N. 36; ähnlich auch M. Schubarth, Siegeszug (Fn. 75), 108 ff.

77 Vgl. dazu nur Humberto Maturana, Was ist erkennen? Die Welt entsteht im Auge des Betrachters, München 2001; Paul Watzlawick, Wie wirklich ist die Wirklichkeit?: Wahn, Täuschung, Verstehen, 23. Auflage, München/Zürich 1997.

78 Vgl. zu diesem Beispiel Monika Böhm, Die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen, DÖV 2000, 994.

79 BBI 1997 I 488.

80 In diesem Sinne betont die Botschaft des Bundesrates bezüglich Art. 191c BV-Justizreform: «Die Richter geniessen ihre spezifische Unabhängigkeit nicht als Privileg des Richterstandes, sondern im Interesse einer der Gerechtigkeit verpflichteten Rechtsprechung. Die richterliche Unabhängigkeit kann daher nur soweit reichen, wie sie diesem Ziel dient» (vgl. BBI 1997 I 541).

81 So wird heute die richterliche Unabhängigkeit etwa gegen Dienstzeitenregelungen, zu tiefe Lohneinstufungen, von aussen angeregte gerichtsinterne Führungs- und Organisationsoptimierungen u.a.m. ins Feld geführt. Siehe zum Ganzen für Deutschland auch Wolfgang Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt a.M. 2001, 300 ff.

82 Typisch, und historisch zumindest erklärbar, ist dieses Misstrauen für Deutschland (vgl. dazu etwa Jürgen Schwarze, Deutscher Landesbericht, in: Jürgen Schwarze [Hrsg.], Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Baden-Baden 1996, 196; W. Hoffmann-Riem [Fn. 81], 109; O. Bachof [Fn. 39], 35 ff.). Es ist aber auch der Schweiz nicht fremd, obwohl sie jedenfalls nicht durch die angesprochene spezifische

nationalsozialistische Erfahrung geprägt ist.

- 83 Siehe statt vieler Hans Werner Bierhoff, Sozialpsychologie: Ein Lehrbuch, 5. Auflage, Stuttgart 2000, 223 ff.; ferner dazu Paul Watzlawick, Sich selbst erfüllende Prophezeiungen, in: Paul Watzlawick/Franz Kreuzer, Die Unsicherheit unserer Wirklichkeit, 8. Auflage, München 2001, 52 ff.; Niklas Luhmann, Vertrauen, 4. Auflage, Stuttgart 2000, 97 ff. Zur «zerstörerischen» Kraft des Misstrauens im Bereich von Führung und Management vgl. auch Fredmund Malik, Führen Leisten Leben, 12. Auflage, Stuttgart/München 2001, 135 ff., insbes. 149 ff.
- 84 Die beiden ersten Beispiele beziehen sich auf den Kanton Bern. Ähnliches dürfte aber auch in anderen Kantonen sowie zum Teil auch im Bund festzustellen sein.
- 85 Vgl. z.B. K. Spühler, Zukunft (Fn. 70), 442; Peter Stolz/Stephan Gass, Kontrolle und Bewertung von Richterarbeit aus rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, recht 1996, 174 ff.; zur justizzentrierten Ausbildung in Deutschland siehe W. Hoffmann-Riem (Fn. 81), 340.
- 86 Vgl. dazu SJZ 2003, 292.
- 87 Vgl. immerhin das kürzlich an der Universität Bern gegründete Kompetenzzentrum für New Public Management, das ein zweijähriges Nachdiplomstudium für Kadermitarbeitende des öffentlichen Sektors anbietet (vgl. Unipress Forschung und Wissenschaft an der Universität Bern, Heft 117, Juni 2003, 5 ff.). Dieses Kompetenzzentrum deckt damit freilich nur einen Teil des gesamten Ausbildungsbedarfs der öffentlichen Verwaltung ab. Zu begrüssen ist ferner, dass im Rahmen des Masterstudiums an der Universität Bern künftig das Schwerpunktfach «Recht der öffentlichen Verwaltung» angeboten wird.
- 88 So auch F. Malik (Fn. 83), 137.
- 89 Vgl. auch Karl Spühler in seiner Abschiedsvorlesung: «Viele überdurchschnittlich qualifizierte junge Juristen streben eher den Anwaltsberuf an oder treten in renommierte Treuhand- und Beratungsfirmen oder Banken ein» (Zukunft [Fn. 70], 441).
- 90 Dazu W. Kälin, Rechtsweggarantie (Fn. 24), 54 f. m.w.H.
- 91 Die bundesrätliche Botschaft weist denn auch ausdrücklich darauf hin, dass eine dem Gericht vorgelagerte Überprüfung durch eine verwaltungsinterne Behörde mithin die verwaltungsinterne Rechtspflege zulässig bleibt (vgl. BBI 1997 I 523).
- 92 Nur am Rande erwähnt sei vorab ein vierter Grund: Die verwaltungsinterne Justiz ist ein wichtiges Rekrutierungsfeld bei der Wahl von Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichtern. Vertiefte Kenntnisse der Gesetzmässigkeiten der Verwaltung ihrer Stärken und ihrer Schwächen sind letztlich nur durch das Erleben des Verwaltungsalltags zu gewinnen.
- 93 Georg Müller, Abschaffung der Verwaltungsrechtspflege, in: NZZ vom 29. 10. 2002, 16, spricht von einem wichtigen «Informations-, Aufsichts- und Steuerungsmittel der Regierungen und der Departemente bzw. Direktionen».
- 94 Vgl. B. Schindler (Fn. 5), 158 f. m.w.H.
- 95 Allein durch die Beteiligung im Gerichtsverfahren wird dieses Defizit nicht hinreichend kompensiert.
- 96 Vgl. in diesem Sinne B. Schindler (Fn. 5), 157 f.; G. Müller, Abschaffung (Fn. 93), 16.

97 Vgl. etwa BGE 129 II 331 E. 3.2 S. 342, wo das Bundesgericht von der (verwaltungsunabhängigen) Rekurskommission UVEK aus Gründen fehlender Fachkompetenz Zurückhaltung in der (ihr gesetzlich übertragenen) Angemessenheitsprüfung verlangt und sie tendenziell auf eine Rechtskontrolle zurückbindet. – Freilich hat auch die verwaltungsinterne Justiz immer wieder mit Wissens- und Erfahrungsdefiziten zu kämpfen. Im Vergleich zu einer verwaltungsexternen Justizbehörde ist es ihr aber leichter möglich, verwaltungsintern das entsprechende Fachwissen zu beschaffen.

98 Vgl. auch G. Müller, Abschaffung (Fn. 93), 16; ferner der im Rahmen der Reform der dezentralen kantonalen Verwaltung des Kantons Bern verfasste Bericht der Projektgruppe Justizreform vom 2. Juni 2003, 53, 55. – In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob auf die Filterwirkung der verwaltungsinternen Justiz – rund 80% ihrer Entscheide bleiben unangefochten (Kanton Bern) – ohne weiteres verzichtet werden kann (vgl. auch G. Müller, Abschaffung [Fn. 93], 16).

99 Dass dabei auch gelegentlich die Verhaltensmaxime der «brauchbaren Illegalität» (dazu Renate Mayntz, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 4. Auflage, Heidelberg 1997, 113 f., mit Hinweisen auf Niklas Luhmann) zur Anwendung gelangt, ist dem Rechtsfrieden zuweilen auch förderlich.

100 Vgl. Isabelle Häner, Rechtsschutz und Verwaltung, in: Thomas Dähler/ Alfred Kölz/Markus Notter, Grundrechte und Rechtsschutz, Zürich 2000, 26 f.;

Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, 129 f. – Nach A. Kley-Struller (Fn. 65), 101, ist verwaltungsinterner Rechtsschutz «bloss eine formale und bloss theoretisch mögliche Rechtsgewährleistung». Das Bundesgericht lehnt diese Sichtweise jedoch ab (vgl. BGE 123 I 25 E. 2b/dd 30).

101 Anders die Gerichte: Ihre institutionelle Unabhängigkeit allein ist freilich noch nicht Garant für eine unparteiische Rechtsprechung (zu den verschiedenen Komponenten richterlicher Unabhängigkeit siehe R. Kiener [Fn. 100], 55 ff., 225 ff.).

102 Vgl. Reinhold Hotz, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 41.

103 Zum Ganzen auch B. Schindler (Fn. 5), 56 ff.; I. Häner, Rechtsschutz (Fn. 100), 32, plädiert für eine der Garantie von Art. 30 BV ähnliche Formulierung in der Verfassung; ähnlich G. Biaggini (Fn. 71), N. 29.

104 Vgl. auch B. Schindler (Fn. 5), 71 m.w.H.

105 Vgl. vorne Ziff. III. 3.2.

106 Dazu BBI 2001, 4218. – Die «Gerichtsgläubigkeit» des Bundes manifestiert sich – mit unmittelbaren Konsequenzen für die Kantone – auch etwa in Art. 50 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG).

107 Vgl. BBl 2001, 4249 ff.; siehe dazu auch R. Rhinow, Entwicklungen (Fn. 46), 526 f.; Christina Kiss/Heinrich Koller, St. Galler Kommentar zu Art. 191a BV [Justizreform], N. 31; Christina Bundi, Die Einführung von Bundesverwaltungsgerichten erster Instanz (Art. 191a Abs. 2 BV), in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, 289 ff.

108 Denn auch auf kantonaler Ebene wird im Zusammenhang mit unterschiedlichen Reformprojekten ernsthaft erwogen, die verwaltungsinterne «Selbstkontrolle» abzuschaffen: Im Kanton Zürich etwa hat der Verfassungsrat mit 45 zu 46 Stimmen nur sehr knapp die Verankerung eines doppelten Gerichtszuges unter gleichzeitiger Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege verworfen. Es ist zurzeit noch offen, ob der labile Entscheid die Vernehmlassung (bis Herbst 2003) und die anschliessende Schlussberatung im

Verfassungsrat (1. Lesung: Juni 2004) überdauern wird. Das Volk wird voraussichtlich im Jahre 2005 über die neue Verfassung abstimmen. Im Kanton Bern hat man vorläufig von einer Abschaffung oder Reduktion der verwaltungsinternen Rechtspflege abgesehen. Im Rahmen der jüngsten Sparrunde wurden solche Ideen jedoch ernsthaft diskutiert. Da die Formalisierung und Justizialisierung der Verfahren aber kein Einsparungspotential beinhaltet, wurde vorderhand von einem solchen Schritt abgesehen. Das Thema ist aber durchaus nicht definitiv vom Tisch. Zu was die noch laufenden Grossprojekte NEF (NPM), Reform der dezentralen Kantonsverwaltung, weitere Sparpakete etc. im Bereich der Rechtspflege noch führen werden, lässt sich zurzeit nicht absehen.

109 Vgl. in diesem Sinne wohl auch Jörg Paul Müller, Kunst des juristischen Urteils: Impulse von Kant und Savigny, recht 2003, 131, dem zufolge «richtiges juristisches Urteilen einen geschützten Raum des Denkens und der Auseinandersetzung voraussetzt.»

110 Vgl. auch G. Müller, Abschaffung (Fn. 93), 16.

111 Hierfür können beispielsweise Gründe zeitlicher Dringlichkeit und/oder Gründe (erfahrungsgemässer) Befangenheit der verwaltungsinternen Rechtsmittelbehörde sprechen. So erscheint etwa eine direkte richterliche Nachkontrolle für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens prüfenswert, soweit es um Beschaffungen desselben Gemeinwesens geht, das die interne Kontrolle auszuüben hätte. – Ein direkter Weiterzug an ein Gericht kann sich unter Umständen auch dort empfehlen, wo die verfügende Verwaltungsbehörde ein hoch qualifiziertes Fachorgan ist und es wenig Sinn macht, eine verwaltungsinterne Überprüfung durch eine Instanz vorzusehen, die nicht annähernd über die Fachkompetenz der Vorinstanz verfügt.

112 So z.B. das Konzept der «Fachgerichte» nach dem Vorentwurf zu einem neuen Erwachsenenschutzrecht (vgl. Bericht der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches vom Juni 2003, 18 ff.). – Zwingend erscheint diese Schlussfolgerung freilich nicht, namentlich auch nicht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Diese Vorschrift verlangt nämlich nicht, dass in «zivilrechtlichen» Angelegenheiten bereits erstinstanzlich eine richterliche Behörde entscheidet. Daher müsste zumindest – unter dem Gesichtswinkel vertrauensbildender Massnahmen – für jeden Bereich unbefangen geprüft werden, ob nicht auch Rechtsakte von grosser persönlicher Tragweite erstinstanzlich durch eine mit hoher fachlicher Kompetenz ausgestattete Verwaltungsbehörde angeordnet werden könnten. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Marianne Galli-Widmer, Überlegungen einer Praktikerin zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, in: ZVW 2003, 387 ff., insbes. 391, welche die Eignung von Fachgerichten als verfügende Behörden im Bereich des Erwachsenen- und Kindesschutzes anzweifelt.

113 Vgl. nachfolgend Ziff. 3.

114 Vgl. in diesem Sinne auch W. Hoffmann-Riem (Fn. 81), 126 f.

115 Vgl. in diesem Sinne schon R. Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 40), 671: «Das Postulat nach möglichst «flächendeckender» Administrativjustiz hat Vorrang und bleibt bestehen, es muss hingegen in einer die Verwaltungsverantwortung respektierenden, in unterschiedlichen Kontrolldichten sich aktualisierenden Handhabung der gerichtlichen Überprüfungen seine Ergänzung finden.»

116 Dazu vorne Ziff. II 2.3 d.

117 Zur Tiefe oder Dichte dieser «umfassende» Kontrolle – mithin zur Kontrolldichte – spricht sich Art. 29a BV-Justizreform nicht näher aus. Einzig die «Wirksamkeit» des Rechtsmittels muss sichergestellt sein. Bezüglich der Ausformung der Kontrolldichte lässt dies der Ausführungsgesetzgebung und der Praxis viele

Möglichkeiten offen.

118 Siehe dazu statt vieler F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege (Fn. 23), 300 ff.

119 Vgl. schon G. Müller, Legitimation (Fn. 40), 289 f., 295 f.; R. Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 40), 661 f., 669 f.; illustrativ zur ganzen Problematik auch ders., Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken, recht 1983, 41 ff., 83 ff. – Selbst wenn aber die Sachgesetzgebung – was unabdingbar erscheint – sich ihrer Auswirkungen auf die spätere justizielle Prüfung bewusst ist, werden ihr Umfang und Tragweite des administrativen Letztentscheidungsrechts nicht stets mit letzter Klarheit zu entnehmen sein. Hier kommt das auch unter der Rechtsweggarantie nach wie vor zulässige Instrument richterlicher Zurückhaltung zum Zuge (vgl. zu den abgestuften Prüfungsmöglichkeiten unter der Rechtsweggarantie etwa die Kategorisierung bei W. Kälin, Rechtsweggarantie [Fn. 24], 61 f.).

120 In diesem Sinne auch R. Rhinow, Ermessen (Fn. 119), 85 f.; ders., Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fn. 40), 670. Vgl. hierzu auch die Hinweise bei J. Schwarze (Fn. 82), 197 ff., auf die Praxis des Gerichtshofs der EU, wonach nicht zwischen Ermessen und Beurteilungsspielräumen unterschieden, sondern von einem einheitlichen Ermessensbegriff im Sinne eines administrativen Entscheidungsfreiraums ausgegangen wird.

121 Heute geben sich die rechtssetzenden Organe häufig noch zu wenig Rechenschaft über den Konnex zwischen Regelungsart bzw. -dichte und justizieller Kontrollmöglichkeit. In der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit ein administratives Letztentscheidungsrecht vorliegt, können sich die Justizbehörden daher meist nicht auf griffige Hinweise in den Materialien abstützen.

122 Einen besonderen Aspekt gilt es zu beachten, wenn kommunale Entscheide justiziell zu überprüfen sind. Liegt gegen sie ein in materieller Hinsicht abweichender Entscheid einer ersten kantonalen Rechtsmittelinstanz vor, hat das Gericht – klare Rechtsverletzungen oder gar Willkür ausgenommen – aus Gründen der Gemeindeautonomie der Entscheidvariante der Kommune tendenziell den Vorzug zu geben.

123 Vgl. zur entsprechenden Tendenz im europäischen Rechtsraum (Verstärkung der Prozeduralisierung) bei W. Hoffmann-Riem (Fn. 81), 104 ff.; siehe auch Epiney/Sollberger (Fn. 19), 134 ff. – Das Sensorium für die Wichtigkeit des Prozesses ist – aufgrund spezifischer Geschichte, Tradition und Mentalität – in den einzelnen Ländern unterschiedlich stark ausgeprägt. So ist beispielsweise in der neueren Gesetzgebung Frankreichs und Englands der Verfahrensgedanke – und in der Folge die schwergewichtig darauf reduzierte Rechtskontrolle der Gerichte – deutlich ausgeprägter als etwa in Deutschland (vgl. dazu Thomas Würtenberger, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 [1999] 143, 147 ff.; Eibe Riedel, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 [1999] 187 ff.). Siehe dazu auch Eberhard Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Berlin/Heidelberg 1998, 197, der mit Blick auf die Entwicklungen in anderen europäischen Ländern für eine stärkere Rückbesinnung auf die eigenständige rechtssichernde Aufgabe des Verfahrensrechts, verbunden mit einer vermehrten Anerkennung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse, eintritt (vgl. auch Eberhard Schmidt-Assmann, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte, DVBI 1997, 285). Es ist davon auszugehen, dass sich diese Tendenz mit zunehmender europarechtlicher Integration mit der Zeit auch auf das deutsche Recht erstrecken wird (vgl. E. Riedel, a.a.O, 215; ebenfalls W. Hoffmann-Riem, [Fn. 81], 104 ff.).