



Sonderdruck aus:

Die schweizerische Bundesverfassung

Kommentar

Herausgegeben von

Bernhard Ehrenzeller · Philippe Mastronardi
Rainer J. Schweizer · Klaus A. Vallender



DIKE VERLAG

Schulthess



Art. 29a* (Justizreform)

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Rechtsweggarantie

Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. Garantie de l'accès au juge

Nelle controversie giuridiche ognuno ha diritto al giudizio da parte di un'autorità giudiziaria. In casi eccezionali, la Confederazione e i Cantoni possono escludere per legge la via giudiziaria. Garanzia della via giudiziaria

Materialien: Erläuterungen zum VE 95, S. 249 ff.; Botsch. BR zum VE 96, S. 523 f.; Expertenbericht Bundesrechtspflege S. 19, 79; Amtl. Bull. NR, Verfassungsreform, S. 379; Amtl. Bull. StR, Verfassungsreform, S. 105 f.; Botsch. Totalrevision Bundesrechtspflege.

Literatur: EISENMANN CHARLES, Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht, in: JöR 1953, S. 1 ff. (zit. Gerichtsfreie Hoheitsakte); FLEINER FRITZ, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (zit. Bundesstaatsrecht); HANGARTNER YVO, Recht auf Rechtsschutz, in: AJP/PJA 2/02, S. 131 ff. (zit. Rechtsschutz); KÄLIN WALTER, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, in: ZBl 100 (1999), S. 49 ff. (zit. Rechtsweggarantie); KEISER ANDREAS, Justiziabilität personalrechtlicher Entscheide, in: Peter Helbling (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999 (zit. Justiziabilität); KISS CHRISTINA, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege, in: ZBJV 1998, S. 288 ff. (zit. Rechtsweggarantie); KLEY ANDREAS, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, (zit. Rechtsschutz); DERS., Der Anspruch auf richterliche Beurteilung «zivilrechtlicher» Streitsachen im Bereich des Verwaltungsrechts sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, in: AJP/PJA 1/94, S. 23 ff. (zit. richterliche Beurteilung); KOLLER HEINRICH, Rechtsweggarantie als Grundrecht, in: International Congress of Comparative Law. Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Zürich 1998, S. 305 ff. (zit. Rechtsweggarantie); SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 13 EMRK, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 4. Lieferung, Mai 2000 (zit. Kommentar Art. 13 EMRK); WEBER BERNHARD, Rechtsweggarantie und Totalrevision der Bundesrechtspflege: Gedanken und ungeklärte Fragen aus der Sicht der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZBJV 1998, S. 177 ff. (zit. Rechtsweggarantie).

Stand von Literatur und Praxis: Frühjahr 2002.

Inhaltsübersicht

	Rz.
I. Entstehung, Herkunft und Rechtsvergleich	1
II. Begriff und allgemeine Bedeutung	3

* Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. Reto Feller, danke ich herzlich für die wertvolle Mitarbeit.

III.	Träger	5
IV.	Rechtsstreitigkeit	6
V.	Gericht	7
VI.	Geltungsbereich	8
VII.	Ausnahmen	10
	1. Grundsätze: Akte von Bundesversammlung und Bundesrat	10
	2. Nicht justiziable Materien	13
	2.1 Actes de gouvernement	14
	2.2 Volksentscheide und politische Rechte	18
	2.3 Weitere Kategorien nicht justiziabler Akte	19
	3. Problematik: Hinkende Grundrechtsgarantie ohne verfassungsrechtliche Kontrolle	21

I. Entstehung, Herkunft und Rechtsvergleich

- 1 Art. 29a, der in der alten Verfassung keinerlei Pendant besitzt, entspricht im Wortlaut dem Entwurfstext des Bundesrates (Botsch. BR zum VE 96, S. 640), der im Zug des Reformpaketes C. Justizreform vorgeschlagen worden ist. Die (reduzierte) Justizreform wurde in der Volksabstimmung vom 12. Februar 2000 von Volk und Ständen angenommen. Die vorberatenden Kommissionen und die BVers haben kein Jota am Text geändert (Amtl. Bull. NR, Verfassungsreform, S. 379; StR, S. 105 f.).
- 2 Die Rechtsweggarantie ist wesentlich von der entsprechenden Garantie des Art. 6 Ziff. 1 EMRK motiviert. Die Ungültigkeit diesbezüglicher Vorbehalte der Schweiz sowie die Ausdehnung des Geltungsbereichs von Art. 6 EMRK haben zunehmend Probleme bereitet, nachdem der EGMR hier mehrere Verletzungen der Zugangsgarantie des Art. 6 EMRK festgestellt hatte (vgl. EGMR-Entscheide Belilos gegen Schweiz vom 29.4.1988, Ser. A Nr. 132, EuGRZ 1989, S. 201 f. und Weber gegen Schweiz vom 22.5.1990, Sér. A, Nr. 177, EuGRZ 1990, S. 265 ff.; vgl. den Rückzug der Schweizer Vorbehalte zu Art. 6 EMRK mit Wirkung ab 29. August 2000, BGE 127 I 141 E. 3c, S. 144). Die Einfügung des Art. 29a ist daher letztlich auch ein Nachvollzug dieser Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK. Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II anerkennt eine parallele Garantie. Zudem kennen etliche europäische Verfassungen eine Rechtsweggarantie, so etwa Art. 19 Abs. 4 des deutschen Grundgesetzes, Art. 20 Abs. 1 der griechischen Verfassung, Art. 24 Abs. 1 und Art. 113 Abs. 1 der italienischen Verfassung, Art. 20 Abs. 2 der portugiesischen Verfassung, Art. 24 Abs. 1 der spanischen Verfassung, § 63 Abs. 1 der dänischen Verfassung und Art. 92 und 93 der

belgischen Verfassung. Eine Einräumung dieser Garantie entspricht dem internationalen Standard.

II. Begriff und allgemeine Bedeutung

Eine Rechtsweggarantie öffnet für die ihr unterfallenden Streitigkeiten den Weg zum «Recht», d.h. den Weg zum Gericht (vgl. KLEY, Rechtsschutz, S. 4 Anm. 8; KOLLER, Rechtsweggarantie, S. 307). Sie beinhaltet das Recht, die Streitigkeit und den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt vollumfänglich von einem unabhängigen Gericht prüfen zu lassen. Diese Zugangsgarantie zu einem Gericht wird im Verfassungstext von minimalen Verfahrensgrundrechten begleitet. Das angerufene Gericht soll nämlich ein faires Verfahren in angemessener Zeit durchführen und ein verbindliches, durchsetzbares und – falls bereits eine Verwaltungsbehörde als Vorinstanz entschieden hat – ein reformatorisches Urteil treffen können (vgl. KLEY, Rechtsschutz, S. 3). Die systematische Einordnung der Rechtsweggarantie als Art. 29a ist nur folgerichtig, denn diese stellt ein *Verfahrensgrundrecht* dar, das von den allgemeinen (Art. 29) und den gerichtlichen (Art. 30) Verfahrensgarantien begleitet sein muss. Art. 29a enthält daher nur das Recht auf effektiven Gerichtszugang; alle andern begleitenden Verfahrensgarantien lassen sich den Art. 29 und 30, im Speziellen auch Art. 31 und 32 entnehmen. Die Rechtsweggarantie wird somit durch folgende Ansprüche begleitet: Aus Art. 29 werden das Gebot der Verfahrensfairness («gerechte Behandlung») sowie das Verbot der Rechtsverzögerung und -verweigerung abgeleitet (Abs. 1), ausserdem der Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs. 2) und das prozessuale Armenrecht (Abs. 3). Art. 30 gewährleistet in Abs. 1 den unabhängigen und unparteiischen Richter und den Anspruch auf Beurteilung durch ein gesetzlich geschaffenes Gericht; Abs. 2 statuiert den Grundsatz der Garantie des Wohnsitzrichters. Schliesslich garantiert Abs. 3 eine öffentliche Verhandlung und Urteilsverkündung. Zwar gewährleisten diese Ansprüche in den meisten Fällen ein wirksames Verfahren. Trotzdem ist es denkbar, dass Art. 29a subsidiär Geltung erlangt, etwa dann, wenn Gerichtskosten und -vorschüsse derart hoch angesetzt würden, dass faktisch der Zugang übermässig erschwert würde (KÄLIN, Rechtsweggarantie, S. 55 m.H. auf BVerfGE 10, 264 [268]; vgl. auch KOLLER, Rechtsweggarantie, S. 325-327).

Bei der Rechtsweggarantie handelt es sich um eine *institutionelle Garantie* der Gerichtsbarkeit, d.h. sie stellt eine Einrichtung des öffentlichen Rechts dar, die vom Gesetzgeber nach Massgabe der richtsorganisatorischen Bestimmungen der Verfassung (Art. 188 ff.) zu gestalten ist (so auch entsprechend SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 13 EMRK, Rz. 64). Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestal-

tung dieser Garantie einen erheblichen Spielraum. Denn die Unterscheidung zwischen Ausnahmen und inhaltlicher Ausgestaltung der institutionellen Garantie lässt sich nicht leicht machen; der Gesetzgeber ist gehalten, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes durch ein Gericht als Leitziel sich vor Augen zu halten. Dabei bedeutet Effektivität, dass der Einzelne nicht einfach ein formales Recht und die theoretische Möglichkeit hat, das zuständige Gericht anzurufen. Vielmehr hat jedermann einen substanziellen «Anspruch» auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle der Rechts- und Tatsachenfragen. Der Ausdruck «Anspruch» macht den unbedingten grundrechtlichen Charakter dieser Garantie deutlich. Dabei darf der Gesetzgeber den Zugang zum Gericht weder in grundsätzlicher Weise ausschliessen (vgl. zu Satz 2 hinten, Rz. 10 ff.) noch in unzumutbarer Weise erschweren oder behindern. Im Ergebnis muss der Einzelne mit den gerichtlichen Verfahren seine Rechte bei gleichzeitiger Beachtung der prozessrechtlichen Voraussetzungen durchsetzen können (vgl. KLEY, Rechtsschutz, S. 12).

III. Träger

- 5 Nach dem Wortlaut ist «jede Person» Rechtsträgerin dieser Garantie. Es fragt sich nur, wer als «Person» gilt. Der Grundrechtskatalog der Art. 7 ff. verwendet immer wieder den Begriff der «Person». Dafür wurden mehrere Rechtfertigungen abgegeben, so etwa die Geschlechtsneutralität des Begriffs oder sogar die Meinung, dass damit natürliche und juristische Personen gemeint seien (so HANGARTNER, Entwurf, S. 139 ff., insb. S. 148). Überprüft man diese Aussage, so wird rasch deutlich, dass der Verfassungsgeber diesen Sprachgebrauch nicht durchgehalten hat. Die Rechtsgleichheit des Art. 8 Abs. 1 dürfte dann nicht für juristische Personen gelten. Völlig neu wäre es, wenn Aspekte der Glaubens- und Gewissensfreiheit wie gemäss Art. 15 Abs. 2 und 3 nun auch für juristische Personen gelten würden: Die Tage der Kirchensteuerpflicht juristischer Personen wären gezählt (vgl. aber BGE 126 I 122). Die negative Vereinigungsfreiheit des Art. 23 Abs. 3 («niemand») gilt gewiss auch für juristische Personen und umgekehrt dürfte eine juristische Person kaum ein Streikrecht haben (Art. 28 Abs. 4). Die Verwendung des Begriffes «Person» lässt somit keinen Rückschluss auf die Träger des betreffenden Grundrechts zu. Dazu kommt, dass der Personenbegriff ideengeschichtlich belastet ist und auch eine Argumentation dafür liefert, dass das Personsein mit bestimmten Eigenschaften, etwa dem Gebrauch der Vernunft, verknüpft werden kann. Deren Fehlen liesse die Grundrechtsträgerschaft eines Menschen entfallen; das ist eine völlig unakzeptable Konsequenz (vgl. KLEY, Grundrechtskatalog, S. 333 ff.). Die Rechtsweggarantie erstreckt sich in der Sache auf alle Menschen im Rahmen ihrer Parteifähigkeit und selbstverständlich

auch auf die juristischen Personen. Es handelt sich um ein Jedermanns-Grundrecht. Denn die juristische Person ist zumindest im Zivil- und Verwaltungsrecht vollumfänglich parteifähig und muss sich daher auch auf diese Garantie berufen können. Bei den natürlichen Personen darf die Garantie nicht auf die Staatsangehörigen beschränkt werden; das wäre eine diskriminierende Differenzierung. Selbstverständlich kann in Fragen des Asylrechts ein aufgrund des Beschleunigungsgebots erforderlicher besonderer gerichtlicher Rechtsweg eingerichtet werden, solange sich dieser als effektiv im Sinne von Art. 29a erweist. Hier sind bereits Konflikte sichtbar, falls dieser Rechtsweg sich als ungenügend erweisen sollte, wie das im Asylwesen zum Teil behauptet wird.



IV. Rechtsstreitigkeit

Die Garantie beinhaltet kein Recht, dass *jede* Streitigkeit vor den Richter gebracht werden kann (vgl. KLEY, Rechtsschutz, S. 17); es handelt sich also nicht um ein Grundrecht auf Streit vor Gericht. Eine solche Garantie besteht in keinem Staat und auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK schreibt dies den Vertragsstaaten nicht vor. Denn es muss sich zunächst um eine *Rechtsstreitigkeit* handeln und ferner müssen die durch das Prozessrecht bestimmten Formen und Fristen für die Einreichung einer Klage oder Beschwerde gewahrt sein. Eine Rechtsstreitigkeit liegt erst dann vor, wenn ein Sachverhalt vom Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht erfasst wird oder dieser Umstand in plausibler Weise von einer Partei behauptet wird. Selbstverständlich zählen in diesem Fall auch die Sachverhaltsfragen zur Rechtsstreitigkeit und nur eine solche Instanz genügt dieser Garantie, die alle Rechts- und Sachverhaltsfragen beurteilen kann (vgl. Amtl. Bull. StR, Verfassungsreform, S. 105 f.). Die von Art. 29a geforderte richterliche «Beurteilung» umfasst hingegen nicht zwingend eine *Angemessenheitsprüfung*. Auch die richterliche «Auferlegung von Zurückhaltung» bei der Überprüfung unbestimmter Gesetzesbegriffe und bei der Beurteilung von Sachverhalten von hoher technischer Komplexität bleibt weiterhin zulässig (vgl. KÄLIN, Rechtsweggarantie, S. 55; KISS, Rechtsweggarantie, S. 295). Eine Ausdehnung des Rechtsschutzes auf alle *Realakte* wird durch die Rechtsweggarantie nicht gefordert (vgl. HANGARTNER, Rechtsschutz, S. 146). Dies belegt die Äusserung des Berichterstatters im StR: «Im Begriff «Rechtsstreitigkeit» kommt zum Ausdruck, dass nicht jedes faktische Handeln der [...] Verwaltung Gegenstand gerichtlicher Beurteilung bilden muss. In Betracht kommt nur ein solches Verwaltungshandeln, das in schützenswerte Rechtspositionen eingreift und bei dem der Betroffene legitimiert ist, eine diesbezügliche Feststellungsverfügung zu verlangen. [...] Mit der Rechtsweggarantie wird nicht die Anfechtbarkeit von sogenannten Realakten, die nicht gesetzliche Rechte oder Pflichten betreffen, verlangt.»

(Amtl. Bull. StR, Verfassungsreform, S. 106). Eine Rechtsweggarantie verlangt ferner kein abstraktes Gesetzesprüfungsverfahren durch ein Gericht (Botsch. BR zum VE 96, S. 523; KLEY, richterliche Beurteilung, S. 42).

V. Gericht

- 7 Der Begriff der «richterlichen Behörde» ist bewusst offen formuliert. Als der Rechtsweggarantie genügende Instanzen gelten daher nicht nur die klassischen Gerichte der traditionellen Gerichtsorganisation, sondern auch die sog. «Rekurskommissionen», die als Spezialverwaltungsgerichte arbeiten. Entscheidend ist für diese Instanzen allein, dass sie den Anforderungen des Art. 30 Abs. 1 genügen und unabhängig von Weisungen irgendwelcher anderer Behörden sind. Eine richterliche Behörde stellt somit ein «unabhängiges Forum» (FLEINER, Bundesstaatsrecht, S. 443) dar, wie immer es auch bezeichnet wird. Daraus erhellt, dass sich aus der Rechtsweggarantie auch kein Anspruch auf Zugang zum BGer ableiten lässt (vgl. Amtl. Bull. StR, Verfassungsreform, S. 105). Es wird lediglich garantiert, dass die Betroffenen ein Gericht mit umfassender Prüfungsbefugnis anrufen können. Es besteht aber nicht ein Anspruch auf einen *bestimmten* Rechtsweg oder eine *bestimmte* Beschwerdeinstanz (KÄLIN, Rechtsweggarantie, S. 54). Über die Zusammensetzung der richterlichen Behörde schweigt sich Art. 29a aus. Auch eine Besetzung des Gerichts durch eine Einzelrichterin bzw. einen Einzelrichter erfüllt die Anforderungen des Art. 29a (vgl. Amtl. Bull. StR, Verfassungsreform, S. 106; KISS, Rechtsweggarantie, S. 294 f.).

VI. Geltungsbereich

- 8 Die Rechtsweggarantie erstreckt sich auf das Straf-, das Zivil- und das öffentliche Recht. Dies ergibt sich aus der Allgemeinheit dieser Garantie und auch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK, welcher den Gerichtszugang in seinem Wortlaut für eine «criminal charge»/«bien-fondé de toute accusation en matière pénale» bzw. «determination of his civil rights and obligations»/«contestations sur ses droits et obligations de caractère civil» garantiert. Art. 29a, welcher nicht nur das geltende Recht wiedergeben, sondern den Rechtsschutz verbessern möchte (vgl. Amtl. Bull. NR, Verfassungsreform, S. 371; StR, S. 102), kann gewiss nicht einschränkend ausgelegt werden; er erstreckt sich auf alle Rechtsbereiche. Von grosser Bedeutung ist Art. 29a für das öffentliche Recht, nachdem der Gerichtszugang im Zivil- und Strafrecht schon auf einfachgesetzlicher Ebene weitestgehend realisiert ist. Im öffentlichen Recht bestehen immer wieder Widerstände gegen

die Öffnung des Rechtsweges (klassisch in diesem Sinne: WEBER, Rechtsweggarantie, S. 177-187). Es wird hier allerdings eine schwer abzuwägende Entscheidung sein, die zulässigen von den unzulässigen Ausnahmen gemäss Satz 2 zu unterscheiden.

Die Verfahrensgarantie bindet – wie alle Grundrechte – Bund und Kantone. Sie ändert die bundesstaatliche Kompetenzverteilung indessen nicht; so können Bund und Kantone auch die Ausnahmeregelungen nur je für ihren Zuständigkeitsbereich vorsehen (Botsch. BR zum VE 96, S. 524).



Ausnahmen

1. Grundsätze: Akte von Bundesversammlung und Bundesrat

Die in Satz 2 formulierte Möglichkeit der Ausnahmen ist zunächst deklaratorischer Natur. Denn es handelt sich um eine institutionelle Garantie, die notwendigerweise auf die gesetzliche Ausgestaltung angewiesen ist. Die Schrankenregelung des Art. 36 ist auf die Freiheitsrechte zugeschnitten, nicht aber auf die Einrichtungsgarantien des öffentlichen Rechts wie etwa die Rechtsweggarantie und die Verfahrensgrundrechte. In diesem Sinn stellt Satz 2 in Ergänzung des Art. 36 klar, dass der Gerichtszugang in Ausnahmefällen gesperrt werden kann. Damit sollen die nicht justiziablen Materien und Regierungsakte («actes de gouvernement») von der gerichtlichen Beurteilung ausgenommen werden (KOLLER, Rechtsweggarantie, S. 314). Es stellt sich allerdings die Frage, wieweit solche Ausnahmen grundsätzlich zulässig sind bzw. ob der Gesetzgeber beliebig Ausnahmen vorsehen darf.

Art. 29a ist als institutionelle Garantie auf eine organisationsrechtliche Infrastruktur angewiesen, welche in ihrer grundlegenden Ausprägung durch die Art. 188-191c [Justizreform] über das BGer und andere richterliche Behörden vorgegeben wird. Es ist dabei wichtig festzuhalten, dass der Rechtsweg primär nicht etwa vom BGer, sondern durch die unterinstanzlichen Gerichte des Bundes (Art. 191a [Justizreform]) und die Gerichte der Kantone (Art. 191b [Justizreform]) gewährt wird (Botsch. BR zum VE 96, S. 503). Das BGer spricht in letzter Instanz Recht, wobei der Zugang zum BGer ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann. Aus dem Zuständigkeitskatalog des Art. 189 [Justizreform] wird indes deutlich, dass das BGer für bestimmte Materien vorgesehen werden muss, d.h. dass auf Gesetzesebene der Ausschluss der bundesgerichtlichen Zuständigkeit nicht vorgenommen werden darf. So erwähnt Art. 189 Abs. 1 Bst. d [Justizreform] speziell die kantonalen verfassungsmässigen Rechte. Daraus wird deutlich, dass die zumeist inhaltsgleichen Grundrechte der BV (im Terminus

«Bundesrecht» gemäss Bst. a enthalten) und der internationalen Abkommen zum Schutze der Menschenrechte (im Terminus «Völkerrecht» gemäss Bst. b enthalten) ebenfalls vom BGer zu beurteilen sind. Interessant ist überdies, dass die Beurteilung von Streitigkeiten betreffend die Gemeindeautonomie und die politischen Rechte, ebenfalls Einrichtungsgarantien des öffentlichen Rechts, auch dem BGer zugewiesen werden. Ausnahmen sind nach Abs. 4 einzig für Akte der BVers und des Bundesrates zugelassen, wobei die nach Abs. 4 Satz 2 vorgesehene Gegenausnahme wiederum die Rechtsprechung des Bundesgerichts ermöglicht. Beizufügen ist, dass gerade die Grundrechte mit einem lückenlosen Gerichtsschutz zu versehen sind und damit die Gegenausnahme beanspruchen. Hier schliesst auch unmittelbar die Rechtsprechung des EGMR zu den «strafrechtlichen Anklagen» und den «zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen» aufgrund von Art. 6 EMRK an. Die Gegenausnahme des Art. 189 Abs. 4 Satz 2 [Justizreform] erlaubt es, Art. 6 EMRK-relevante Akte von BVers und BR gemäss den Anforderungen des Art. 6 EMRK einer richterlichen Behörde zuzuweisen (anders noch das Konzept der Botsch. BR zum VE 96, S. 531 f.). Im Hinblick auf Art. 6 EMRK hatte es das BGer noch vor Inkrafttreten der BV übernommen, eine Verfügung des Bundesrates ohne gesetzliche Überprüfungsermächtigung, aber gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu überprüfen (BGE 125 II 417 und dazu ANDREAS KLEY, in: AJP/PJA 11/99, S. 1491 ff.). Dafür bietet tatsächlich Art. 6 EMRK und neu nun Art. 189 Abs. 4 Satz 2 [Justizreform] eine Handhabe. Art. 6 Ziff. 1 EMRK wird daher eine Art. 29a «überschiessende» Bedeutung besitzen und umgekehrt ist der Anwendungsbereich des Art. 29a breiter als jener von Art. 6 EMRK.

- 12 Der Verfassungsgeber der Justizreform schliesst mit dieser Organisationsstruktur an die tradierten funktionalrechtlichen Überlegungen an, die schon die amerikanischen Verfassungsväter veranlasst haben, namentlich die Grundrechte und die Verfassung der Obhut des obersten Gerichtshofes anzuvertrauen (The Federalist Papers, Nr. 78). Dem durch Art. 29a eröffneten Rechtsweg dürfen nur in einem eng umgrenzten Rahmen besondere Akte der Regierung und des Parlamentes der gerichtlichen Rechtsprechung entzogen werden (Art. 189 Abs. 4 Satz 1 [Justizreform]). Dagegen ist es zum Vorneherein unzulässig, Akte unterer Verwaltungsbehörden von der richterlichen Beurteilung auszunehmen. Art. 177 Abs. 3 erlaubt zwar die Übertragung von Geschäften des Bundesrates auf untere Verwaltungsbehörden, dabei muss aber der «Rechtsschutz sichergestellt sein». Nach der Justizreform vom 12. März 2000 bedeutet dies, dass Art. 29a dafür nun einen generellen gerichtlichen Rechtsschutz, und nicht bloss eine verwaltungsinterne Rechtsprechung verlangt (Botsch. BR zum VE 96, S. 539). Dieser richterliche Rechtsschutz wird nun tatsächlich durch die verwaltungsexternen Rekurskommissionen gemäss Art. 191a Abs. 2 (Justizreform) sichergestellt. Im geltenden Recht ist der Ausnahmekatalog der Art. 99-101 OG hinsichtlich Art. 29a BV

unproblematisch, wenn in diesen Materien Rekurskommissionen Recht sprechen. Allerdings wären richterlich nicht anfechtbare Akte unterer Verwaltungsbehörden mit Art. 29a nicht zu vereinbaren. Dessen Satz 2 bezieht sich ausschliesslich auf die Akte von BVers und BR gemäss Art. 189 Abs. 4 [Justizreform]. Die Ausnahmen des Art. 29a Satz 2 haben sich daher an der tradierten Lehre der nicht justiziablen Materien zu orientieren.

2. Nicht justiziable Materien

Dem exekutiven Handeln geht regelmässig das Handeln des Gesetzgebers vor. Eine relativ lückenlose Rechtsweggarantie muss von einer konsequenten, formellgesetzlichen Durchnormierung aller Verwaltungstätigkeit begleitet sein. Die Rechtsweggarantie des Art. 29a ist auf das Gesetzmässigkeitsprinzip zugeschnitten. Dabei spielt namentlich die gerichtliche Kontrolle von Akten der Verwaltung und der Regierung, welche aufgrund der Gesetze ergehen, eine grosse Rolle. Fehlen Gesetze als Beurteilungsmassstab exekutiven Handelns, so tritt von selbst der Gerichtsschutz gegen die Exekutive in den Hintergrund (vgl. KÄLIN, Rechtsweggarantie, S. 61 f.). Es sind dann namentlich Akte aufgrund der Polizeigeneralklausel, bei denen die Gerichtskontrolle nicht mehr in allen Belangen spielen kann. Ferner Materien, die gesetzlich kaum oder gar nicht geregelt sind, nämlich die sog. *actes de gouvernement*. 13

2.1 Actes de gouvernement

Nach der in Frankreich entwickelten Doktrin gibt es Akte der Regierung, «échappant par leur nature au contrôle des tribunaux» (EISENMANN, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S. 2). Dazu gehören einerseits alle Akte, welche die Beziehungen zwischen Regierung und Parlament betreffen, so die Gesetzesinitiative, Bekanntmachung und Inkraftsetzung der Gesetze oder die Auflösung der französischen Nationalversammlung. Andererseits Akte im Bereich der internationalen Beziehungen wie Verhandlungen über Staatsverträge und deren Paraphierung, Ratifikation oder Kündigung, Handlungen französischer Diplomaten im Ausland sowie Akte im Bereiche der Kriegsführung (vgl. KLEY, Rechtsschutz, S. 267 ff. mit zahlreichen Hinweisen). 14

Diese Lehre hat Eingang ins schweizerische Gesetzesrecht gefunden. Gemäss Art. 100 Abs. 1 Bst. a OG sind «Verfügungen auf dem Gebiete der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes, der Entwicklungszusammenarbeit und der humanitären Hilfe sowie der übrigen 15

auswärtigen Angelegenheiten» von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgenommen. Die Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 4 und Bst. d OG enthalten ebenfalls Teilaspekte von *actes de gouvernement*.

- 16 Häufig ermächtigen Verfassungen die Parlamente, bestimmte Beschlüsse, die grundsätzlich nicht referendumspflichtig sind, einem Referendum zu unterstellen (so im Bund etwa Art. 141 Abs. 2 für die Genehmigung eines Staatsvertrags, sog. *fakultatives Fakultativreferendum*). Der Entscheid betrifft das Verhältnis der Teilorane Volk und Parlament. Letzterem steht dabei ein gewisses Entschliessungsermessen zu. Solche Entscheide können ebenfalls als *actes de gouvernement* bezeichnet werden, denn vielfach handelt es sich bei diesen Entscheiden materiell betrachtet um Verwaltungsakte. Dasselbe gilt für die Anrufung Dringlichkeitsklausel gemäss Art. 165 Abs. 1 (KLEY, Rechtsschutz, S. 273 ff.).
- 17 Auf kantonaler Ebene sind *actes de gouvernement* denkbar, soweit die Beziehungen der obersten Staatsorgane oder die innere Sicherheit betroffen sind. Wegen der Vorrangstellung des Bundes zur Regelung der auswärtigen Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1), kommen derartige kantonale Akte im Bereich der internationalen Beziehungen kaum vor. Der BR bezeichnet ferner in der Botschaft (S. 524) referendumsfähige Beschlüsse des Parlaments aus Gründen der Gewaltentrennung als zulässige Ausnahmen von der gerichtlichen Überprüfung. Gemäss Art. 80 Abs. 3 E-BGG können Kantone «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter» von der Rechtsweggarantie ausnehmen. Darunter fallen nach Auffassung der Expertenkommission zur Totalrevision des Bundesrechtspflegesetzes z.B. Begnadigungen (vgl. hinten, Rz. 19) oder Richtpläne (Botsch. Totalrevision Bundesrechtspflege, S. 4327; vgl. auch KÄLIN, Rechtsweggarantie, S. 59; KISS, Rechtsweggarantie, S. 290; KOLLER, Rechtsweggarantie, S. 314). Der BR hat seine Absicht geäussert, willkürliche Einbürgerungsentscheide zu vermeiden und das bisher durch das kantonale Recht geregelte Einbürgerungsverfahren zu harmonisieren, zu vereinfachen und zu beschleunigen. Zudem soll ein generelles Rechtsmittel gegen diskriminierende und willkürliche Ablehnungen von Einbürgerungen vorgesehen werden (vgl. Botsch. vom 21.11.2001 Revision des Bürgerrechtsgesetzes, BBl 2002, S. 1911). Mit dieser Massnahme könnte in einem weiteren Bereich dem mangelnden Rechtsschutz Rechnung getragen werden.

2.2 Volksentscheide und politische Rechte

- 18 Volksentscheide knüpfen in Bund und Kantonen regelmässig an Parlamentsbeschlüsse an. Das *Ergebnis* ist daher konsequenterweise nicht anfechtbar, wie dies Art. 100 Abs. 1 Bst. p OG für Abstimmungs- und Wahlentscheide auf Bundesebene vorsieht. Kantonale Verfahrensgesetze kennen ähnliche Ausschlussbe-

stimmungen (vgl. KLEY, Rechtsschutz, S. 280). Selbstverständlich muss die *Einhaltung des Abstimmungs- und Wahlverfahrensrechts* weiterhin einer richterlichen Überprüfung zugänglich sein, wie es beispielsweise das BGer mit der Beurteilung von Stimmrechtsbeschwerden gegen kantonale Abstimmungsentscheide gemäss Art. 85 Bst. a OG ermöglicht. Gemäss den bisherigen Art. 77 ff. BPR gilt in Bezug auf die eidgenössischen Urnengänge eine spezielle Rechtsmittelordnung: Beschwerden wegen Verstössen gegen das Wahlverfahren beurteilen in erster Linie National- und Bundesrat. Dem BGer steht im heute noch geltenden Recht nur eine marginale Rechtsprechungskompetenz zu (vgl. Art. 80 BPR). Durch den mit der Justizreform neu eingefügten Art. 189 Abs. 1 Bst. f. wird der Schutz der politischen Rechte des Bundes dem BGer übertragen (vgl. Botsch. BR zum VE 96, S. 530), wobei die Rechtsweggarantie des Art. 29a diese Tendenz noch verstärkt. Nach diesem Verfassungsauftrag hat der Bundesgesetzgeber auch Abstimmungserläuterungen des Bundesrates einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen und unsachliche oder irreführende Erläuterungen zu sanktionieren. Denn Art. 189 Abs. 4 [Justizreform] gestattet es ausnahmsweise, dass kraft Gesetzes auch Akte des Bundesrates beim BGer angefochten werden können. Andernfalls liesse sich die Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Art. 34 Abs. 2 in diesem wichtigen Bereich nicht durchsetzen (vgl. zur bisherigen Rechtslage Entscheid des Bundesgerichts vom 3.2.1992, in: ZBl 93 [1992], S. 308 ff., so auch STEINMANN, Komm. zu Art. 34, Rz. 4 und 16). Die Gültigkeit von Volksinitiativen beurteilt die BVers (vgl. Art. 139 Abs. 3, 173 Abs. 1 Bst. f) in erster Instanz, wobei im Rahmen von Art. 189 Abs. 4 (Justizreform) der Bundesgesetzgeber den Weiterzug an das BGer vorzusehen hat (so auch STEINMANN, Komm. zu Art. 34, Rz. 4 und 16). Entgegen diesen Überlegungen beantragt nun aber der BR beim Bundesgerichtsgesetz am status quo festzuhalten (Botsch. Totalrevision Bundesrechtspflege, S. 4327; vgl. auch Bericht SPK [StR], Revision Volksrechte BBl 2001, S. 4830).



Weitere Kategorien nicht justiziabler Akte

Die *Begnadigung*, verstanden als eine nach Billigkeit ausgesprochene Milderung bzw. Verzicht auf die Vollstreckung einer Strafe, wird von der BVers oder vom Kantonsparlament ausgesprochen (KLEY, Rechtsschutz, S. 275). Der Gnadenentscheid stellt nach Auffassung des Bundesgerichts einen Akt sui generis dar, der seiner Rechtsnatur nach keine Verfügung und auch kein Urteil darstellt (BGE 106 Ia 131 E. 1a, S. 132). Die Natur dieses Rechtsinstituts sowie das Schweigen des Gesetzgebers zu dessen materiellen Voraussetzungen führt zum Schluss, dass die Begnadigung «nicht nach abstrakt formulierbaren, einheitlichen Regeln zugelassen oder ausgeschlossen werden sollte.» Vielmehr steht der Behörde bei der Ausübung des Begnadigungsrechts «ein praktisch kaum begrenzbares freies

Ermessen zu. Sie kann dieses Ermessen nicht nur unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Gesuchstellers ausüben, sondern sie darf daneben z.B. auch politische Gesichtspunkte in Betracht ziehen.» (BGE 107 Ia 103 E. 3b, S. 105 f.). Eine bundesgerichtliche Überprüfung im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde oder der Verwaltungsgerichtsbeschwerde scheidet somit aus (vgl. Art. 268 BStP bzw. Art. 97 ff. OG). Da es dem Betroffenen an einem rechtlich geschützten Interesse mangelt, kann gegen einen negativen Begnadigungsentscheid eines Kantonsparlaments auch nicht staatsrechtliche Beschwerde geführt werden (vgl. BGE 117 Ia 84 E. 1b, S. 86). Gerügt werden kann immerhin eine Verletzung von Parteirechten, beispielsweise im Falle einer Nichtbehandlung des Begnadigungsgesuchs, falls das kantonale Recht entsprechende Ansprüche gewährt oder Garantien verankert (KÄLIN, Rechtsweggarantie, S. 59, Anm. 4). Freilich darf im Rechtsstaat die zuständige Behörde nicht nach freiem Belieben entscheiden. Sie ist an das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1) und an das Willkürverbot (Art. 9) gebunden. Es bleibt zu hoffen, dass das BGER entgegen seinen ersten Entscheidungen (BGE 126 I 81 E. 3c, S. 87; 126 II 377 E. 4, S. 388) die Legitimationsvoraussetzungen zur Willkürbeschwerde mildert und so der Verankerung des Willkürverbotes als selbständiges verfassungsmässiges Recht (vgl. Botsch. BR zum VE 96, S. 144 f.; Amtl. Bull. StR, Verfassungsreform, S. 40) im Grundrechtsteil der neuen BV Rechnung trägt. Eine derartige (beschränkte) verfassungsgerichtliche Kontrolle kantonaler Begnadigungsentscheid wäre unter dem Gesichtspunkt einer wirksamen Rechtsweggarantie zu begrüssen.

- 20 Gewisse wirtschaftlich, ökologisch oder politisch sehr bedeutungsvolle *Grossverwaltungsakte* werden – obwohl materiell betrachtet ein Verwaltungsakt vorliegt – dem Parlament zur Entscheidung zugewiesen. Darunter fallen insb. die vom Entschliessungsermessen des zuständigen Parlaments abhängige Erteilung von Wasserkraft- und Bergwerkkonzessionen, Parlamentsbeschlüsse über den Bau neuer Eisenbahnlinien und atomrechtliche Rahmenbewilligungen (vgl. die Bemerkungen von ANDREAS KLEY zum Urteil Balmer-Schafroth gegen die Schweiz, in: EuGRZ 1999, S. 177 ff., zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 9 EMRK bei atomrechtlichen Betriebsbewilligungen des Bundesrats). Eine verwaltungsgerichtliche Anfechtung bleibt in diesen Fällen nach positivem Recht ausgeschlossen. Die weiteren, zur Inangriffnahme des Projekts erforderlichen «begleitenden» und abtrennbaren Bewilligungen sind hingegen einer gerichtlichen Rechtspflege zugänglich, sofern es um die Anwendung des einschlägigen Bau-, Planungs- und Umweltschutzrechts geht. In Kantonen mit entsprechenden Verwaltungsreferenden wird das Entschliessungsermessen vom Volk ausgeübt (vgl. z.B. Art. 62 Abs. 1 Bst. d KV BE). Eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung scheidet hier in gleichem Sinne wie bei der parlamentarischen Zuständigkeit aus (KLEY, Rechtsschutz, S. 278 f.).

3. Problematik: Hinkende Grundrechtsgarantie ohne verfassungsgerichtliche Kontrolle

Die Tragweite der Ausnahmen von der Gerichtszugangsgarantie ist unklar. 21 Letztlich liegt es in der Hand des Bundesgesetzgebers zu entscheiden, wie ernst er es mit der Rechtsweggarantie meint. Das Parlament wird, von keinem Verfassungsgericht kontrolliert, nicht nach rechtlichen, sondern nach politischen Gesichtspunkten entscheiden. Infolgedessen ist von der Zugangsgarantie des Art. 29a auf Bundesebene nicht die grundsätzliche Durchsetzung gerichtlichen Rechtsschutzes zu erwarten (vgl. auch *Votum Wicki [Berichterstatter]*, *Amtl. Bül. StR, Verfassungsreform*, S. 106: «Meines Erachtens sollte der Gesetzgeber diesen Ausnahmekatalog nicht zu eng fassen. Insbesondere sollte die Rechtsweggarantie nicht dazu führen, dass die Justiz verpolitisiert wird.»). Das in der Botschaft gemachte Versprechen, der Ausschluss komme nur für Ausnahmefälle bei Vorliegen spezifischer Gründe in Betracht, wird sich nicht vollständig einlösen lassen. Der Bundesgesetzgeber hat anlässlich der Beratung des BPG ein eindrückliches und wenig versprechendes Zeugnis abgelegt. Die BVers hat entschieden, dass Streitigkeiten über den Leistungsanteil des Lohnes als nicht justiziabel angesehen werden (vgl. Art. 36 Abs. 3 BPG; s.a. KEISER, *Justiziabilität*, S. 505–531). In der Nationalratssitzung vom 6. März 2000 äusserte sich BR Villiger wie folgt: «Es ist durchaus zuzugeben, dass man auch mit der Lösung der Mehrheit leben könnte [wonach Streitigkeiten über den Leistungsanteil des Lohnes einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen]. Sie hätte noch das Plus, dass sie in Bezug auf allfällige Klagen im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention etwas sicherer ist. [...] Ich darf Ihnen hier meine persönliche Meinung sagen, die mit derjenigen des Bundesrates äusserst konform ist. Ich empfehle Ihnen, die Regelung des Leistungslohnes nicht zu verechlichen, sondern sie wirklich als ein Instrument der Führung zu betrachten; die diesbezüglichen Beschwerden soll man nicht weiterziehen können.» (*Amtl. Bull. [NR] 2000*, S. 18 f.). Das Beispiel illustriert, dass das Parlament die Ausnahmen gemäss Satz 2 eher grosszügig handhaben wird. In der Botsch. Totalrevision Bundesrechtspflege ist zwar die Streichung dieser (S. 4563) und vieler weiterer Zugangssperren zu einem Gericht vorgesehen (S. 4544; vgl. Art. 28 des Entwurfs zu einem Verwaltungsgerichtsgesetz). Insofern ist ein Fortschritt zu verzeichnen. Einzelakte der BVers und des Bundesrates bleiben aber weitestgehend unanfechtbar.

Die Schwäche der schweizerischen Rechtsweggarantie fusst auf der fehlenden 22 verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Bundesgesetzgebers. Die nur unvollständig durchgeführte Justizreform gemäss Art. 190 BV sorgt dafür, dass Art. 29a ein «hinkendes» Grundrecht darstellt, das auf den guten Willen des Bundesgesetzgebers angewiesen ist (vgl. auch *Komm. zu Art. 5 Rz. 13* und *Art. 194*

Rz. 7). Hinsichtlich der Kantone lässt sich Art. 29a hingegen verfassungsrechtlich durchsetzen. Möglicherweise kommt die Frage einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit durch das BGer in Bewegung: Die Botschaft NFA (insb. S. 2564) schlägt bei der Verletzung verfassungsmässiger Kompetenzen der Kantone durch ein BG die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit vor. Gegebenenfalls wird hier ein Zwischenschritt auf dem Weg zu einer für die vollständige Realisierung von Art. 29a unumgänglichen, mithin umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit unternommen.