Neuere Entwicklungen im Öffentlichen Prozessrecht*

Prof. Dr. René Rhinow (Basel)

I. Von der wachsenden Bedeutung des öffentlichen Prozessrechts

Die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten überwiegen heute in der Gerichtspraxis[1]. Dies zeigt sich bei einem Blick auf die vom Bundesgericht behandelten öffentlich-rechtlichen Fälle[2].

Von den insgesamt rund 4500 Neueingängen beim Bundesgericht betreffen 65 Prozent öffentlich-rechtliche Streitigkeiten!

Bundesgericht. Total Eingänge 2002:	**4554**	**100%**
davon staats- und verwaltungsrechtliche Streitigkeiten	2959	**65%**
davon zivilrechtliche Streitigkeiten	684	15%
davon strafrechtliche Streitigkeiten	639	14%
SchKG und freiwillige Gerichtsbarkeit	272	6%

Noch eindeutiger präsentieren sich die Zahlenverhältnisse, wenn man – was richtig erscheint – die *sozialversicherungsrechtlichen Fälle* dazu zählt[3]:

Bundesgericht und EVG. Total Eingänge 2002:	**6823 (4554 + 2269)**	**100%**
davon staats- und verwaltungsrechtliche (inkl. sozialversicherungsrechtliche) Streitigkeiten	5228	**76,6%**
davon übrige Streitigkeiten	1595	23,4%

Wie kaum ein anderes Rechtsgebiet ist das öffentliche Prozessrecht in Bewegung. Seine Bedeutung in der Praxis nimmt laufend zu. Der Autor beleuchtet diese Entwicklung anhand ausgewählter Problemfelder wie dem Verhältnis zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht oder den normativen Grundlagen des öffentlichen Prozessrechtes, (welche vor allem im Bereich der verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundsätze einer Wandlung unterliegen). Ferner zeigt er den neuen Modellinstanzenzug im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege auf und legt die Tendenz einer Annäherung zwischen dem Zivilprozessrecht und dem öffentlichen Prozessrecht im Hinblick auf ein rechtsgebietsübergreifendes Prozessrecht anhand weiterer Beispiele dar. Zi.

Plus que tout autre domaine juridique, le droit de la procédure administrative est en mouvement. Son importance dans la pratique augmente constamment. L'auteur examine cette évolution à la lumière de certains problèmes, en particulier le rapport entre le droit de procédure et le droit de fond ou encore les fondements normatifs du droit de la procédure administrative. Ceux-ci ont principalement changés en relation avec les garanties constitutionnelles de procédure. L'auteur décrit en outre le nouveau modèle juridictionnel prévu par la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale et expose, par des exemples, la tendance au rapprochement des procédures civile et administrative, conduisant à un droit de procédure indépendant de domaines juridiques particuliers. P.P.

* Überarbeitete Fassung des am 14. Februar 2003 anlässlich einer Weiterbildungstagung des Fachbereichs Öffentliches Recht der Juristischen Fakultät UNI Basel in Olten gehaltenen Referats. Ich danke Frau Dr. iur. Christina Kiss-Peter und Herrn lic. iur. David Reich herzlich für die Mitarbeit.

[1] Die Begriffe öffentliches Prozessrecht und Verfahrensrecht werden in diesem Beitrag teilweise synonym verwendet. Streng genommen stellt der Begriff des Verfahrens einen Oberbegriff dar, der sowohl erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren sowie justizförmige, also eigentliche Prozessverfahren umfasst.

[2] Geschäftsbericht 2002 des Bundesgerichts, abrufbar unter http://www.bger.ch/fede-ral-geschaeftsbericht2002 (Stand 30. Juni 2003).

[3] Geschäftsbericht 2002 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, abrufbar unter http://www.bger.ch/insurance-richter-geschaeftsbericht2002 (Stand 30. Juni. 2003).

Dann sind nämlich über 75 Prozent öffentlich-rechtlicher Natur, während Zivil- und Strafrecht zusammen weniger als einen Viertel ausmachen. Hinzu kommen noch die – allerdings nicht sehr zahlreichen – Fälle, welche der *Bundesrat* entschieden hat, sowie die grosse Menge der letztinstanzlichen Entscheide der eidgenössischen *Rekurskommissionen*. Erwähnt seien hier nur die über zehntausend Fälle der Asylrekurskommission (im Jahre 2002 betrug die Zahl der Neueingänge 12631)[4].

Auch an den oberen Gerichten der Kantone haben die öffentlich-rechtlichen Verfahren zugenommen. So hat sich zum Beispiel die Geschäftslast des Kantonsgerichts Baselland, Abteilungen Verfassungs- und Verwaltungsrecht bzw. Sozialversicherungsrecht, in den letzten zehn Jahren mehr als verdoppelt. Im Jahr 2001 betrugen die Eingänge 916; gegenüber 394 im Jahr 1990.

Auf die *Gründe* für diesen gewaltigen Bedeutungszuwachs des öffentlichen Prozessrechts kann hier nicht näher eingegangen werden. Stichworte sind etwa die *Ausweitung des materiellen öffentlichen Rechts*, die sich allein durch die starke Zunahme neuer Gesetze manifestiert, dann die abnehmende *Bereitschaft, behördliche Anordnungen zu akzeptieren*, sowie ein sich *wandelndes Rechtsschutzverständnis*, das immer mehr nach einer richterlichen Überprüfungsmöglichkeit ruft. Aktuelle Beispiele bilden etwa die Bereiche der Einbürgerung oder des öffentlichen Beschaffungswesens. Es kommt hinzu, dass ehemals klassische Privatrechtsdomänen zunehmend einen öffentlich-rechtlichen Teil aufweisen, ja wie im Wettbewerbsrecht fast ganz ins öffentliche Recht abwandern. Damit gewinnt auch das öffentliche Prozessrecht an Terrain.

II. Ausgewählte Problemfelder und Spannungsverhältnisse

1. Zum Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht

Wie alles Prozessrecht dient auch das öffentliche Prozessrecht der Anwendung und Durchsetzung des materiellen Rechts. Es erschöpft sich aber nicht in dieser dienenden Funktion. Es bestehen enge Verbindungen (Verzahnungen und Rückwirkungen) zwischen formellem und materiellem Recht.

- So ist etwa die *Verfügung* sowohl ein Institut des materiellen Verwaltungsrechts, indem sie Rechtsverhältnisse verbindlich, individuell und konkret begründet, feststellt oder verändert resp. beendet. Gleichzeitig stellt sie auch eine Einrichtung des Prozessrechts dar, da sie das hauptsächliche Anfechtungsobjekt der Beschwerde bildet. Gerade weil die Verfügung verbindlich und vollstreckungsfähig festlegt, was in concreto wem gegenüber gilt, ist sie auch beschwerdefähig. Bevor sie vollstreckt wird, soll der Rechtsschutz zum Tragen kommen[5].
- In bestimmten Sachbereichen ist – zweitens – die *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* nur zulässig, wenn das Bundesrecht (oder das Völkerrecht) dem Betroffenen einen Anspruch in der Sache einräumt, so etwa auf dem Gebiet des Ausländerrechts[6] oder der Subventionen[7]. Um die prozessrechtliche Frage der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu beantworten, muss das Bundesgericht zuerst die materiellrechtliche Frage nach dem Bestehen eines rechtlichen Anspruchs beantworten[8].

So hatte sich das Bundesgericht im Ausländerrecht mit der Frage zu befassen, ob sich aus Art. 8 EMRK für enge Familienangehörige ein Anspruch auf Bewilligung i.S. von Art. 4 ANAG[9] ergibt und ob dahe bei einer Bewilligungsverweigerung die Verwaltungsgerichtsbeschwerd zulässig ist[10]. In neuester Zeit hatt das Bundesgericht zu prüfen, ob sich auch gleichgeschlechtlich Paare auf diesen Anspruch berufen können[11].

4 Geschäftsbericht 2002 der Eidgenössischen Asylrekurskommission, abrufbar unter http://www.ark-cra.ch/ (Stand 27. Juni 2003).

5 *René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 968; *Alfred Kölz/Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A. Zürich 1998, Rz. 85.

6 Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz, OG), SR 173.110.

7 Art. 99 Abs. 1 lit. h OG.

8 Welch aufwendige Prüfung die Verzahnung von Verfahrensrecht und materiellem Recht mit sich bringen kann, zeigt etwa BGE 123 II 376.

9 Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), SR 142.20.

10 Begründung dieser Praxis in BGE 109 Ib 183, 186 E. 2 (Reneja), aktuellere Beispiele in BGE 126 II 377, 282 E. 2b und BGE 127 II 60, 62 E.1.

11 BGE 126 II 425, 427 E. 2, wo zwar ein Anspruch gestützt auf die Achtung des Familienlebens verneint, aber ein Anspruch gestützt auf die Achtung des Privatlebens bejaht wurde.
Zur Bedeutung von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht vgl. *Martin Bertschi/Thomas Gächter*, Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens. Bemerkungen zur Schutzwirkung von Art. 8 EMRK in verschiedenen ausländerrechtlichen Konstellationen, ZBl *2003* 225 ff.

Altbekannte Probleme stellen sich – drittens – im Rahmen der Beschwerdelegitimation bei der *Staatsrechtlichen Beschwerde:* Bekanntlich setzt hier die Legitimation nach der Praxis des Bundesgerichts zu Art. 88 des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) voraus, dass der Betroffene in rechtlich geschützten Interessen verletzt ist. Es ist also bereits im Rahmen der Beschwerdelegitimation die materiellrechtliche Frage zu prüfen, ob die Norm, deren Verletzung der Beschwerdeführer rügt, den Schutz seiner Rechte bezweckt. Die Auslegung von materiellrechtlichen Normen entscheidet über das Bestehen der Legitimation[12].

So hatte das Bundesgericht in einem Schwyzer Entscheid zu prüfen, ob sich aus Art. 11 BV (Jugendartikel) ein klagbarer Anspruch und damit ein rechtlich geschütztes Interesse ergebe[13].

Und umgekehrt kann die Anwendung der prozessrechtlichen Legitimationsvorschrift einen wirksamen Rechtsschutz verhindern, wie die Praxis des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Willkürrüge belegt. Das Bundesgericht verneint (oder bezweifelt) bekanntlich auch unter der Geltung von Art. 9 BV den selbstständigen Charakter des Willkürverbots – entgegen dem klaren Willen des Verfassungsgebers. (Dieses apodiktische Urteil ist hier angemessen, da der Autor in seiner Funktion als Ständerat an der Inhaltsbestimmung von Art. 9 BV aktiv beteiligt war.) Das Bundesgericht ist daher auf eine Staatsrechtliche Beschwerde gegen die Verweigerung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung, auf die de lege lata kein Anspruch besteht, fälschlicherweise nicht eingetreten[14].

Schliesslich kann auch auf die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien hingewiesen werden, die das Bundesgericht unter der Geltung der alten BV – unter dem Titel «formelle Rechtsverweigerung» zusammengefasst – aus dem materiellen Grundrecht der Rechtsgleichheit abgeleitet hat[15].

2. Die hochkomplexen normativen Grundlagen des öffentlichen Prozessrechts

a. *Verfassungsrechtliche Verfahrensgrundsätze*

Prozessrecht ist vor allem Gesetzesrecht. Doch stützt sich alles Prozessrecht auf das Justizverfassungsrecht des Bundes ab, etwa auf grundlegende Verfahrensgarantien oder auf die Verteilung der Kompetenzen im Bundesstaat.

So enthält *Art. 29 BV* allgemeine Verfahrensgarantien, die in allen Rechtspflegeverfahren Geltung beanspruche, sowohl vor Gerichten als auch vor Verwaltungsinstanzen und in *sämtlichen* Rechtsbereichen[16]. Damit sind sie für die gesamte öffentliche Rechtspflege massgebend. Garantiert werden:

- der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (fair trial),
- das Rechtsverzögerungsverbot,
- der Anspruch auf rechtliches Gehör, wobei der Gesetzgeber (bzw. das Bundesgericht) die einzelnen Teilgehalte zu konkretisieren hat[17], und
- der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege[18].

Das Bundesgericht hatte verschiedentlich Gelegenheit, sich in den letzten drei Jahren zur Auslegung von Art. 29 BV zu äussern, etwa was das Verbot des überspitzten Formalismus[19], den Anspruch auf Revision in allen Verfahren, auch wenn diese vom kantonalen Prozess-

12 *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), Rz. 1774 ff.; *Walter Kälin,* Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A. Bern 1994, 237.

13 BGE vom 28. März 2002, Pra *2002* 761, 765 E.4.

14 BGE 126 I 81; Vgl. dazu – statt vieler – *René Rhinow,* Von der Mühe des Bundesgerichts mit der Verfassung/Bundesgericht und «juristische Logik», NZZ vom 2. Mai 2000, 15. An dieser Praxis wird auch weiterhin festgehalten. Vgl. BGE vom 11. Juli 2002, Pra *2002* 997, 998 E. 1.2.

15 Vgl. dazu *René Rhinow,* Die Bundesverfassung 2000: eine Einführung, Basel 2000, 214.

16 Vgl. dazu *Rhinow* (Fn. 15), 213 ff.; *Tobias Jaag,* Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung, in: Peter Gauch/Daniel Thürer (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung: Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich 2002, 29.

17 Fragwürdig ist in diesem Zusammenhang Art. 42 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1. Danach müssen die Parteien nicht angehört werden, wenn die Verfügung durch Einsprache anfechtbar ist. Diese Regelung ist insofern problematisch, als nur denjenigen rechtliches Gehör gewährt wird, die den Rechtsmittelweg beschreiten. Es besteht die Gefahr, dass durch diese Regelung den Betroffenen zentrale Verfahrensrechte verloren gehen und sie zum blossen Objekt des Verfahrens werden.

18 Bei gegebenen Voraussetzungen (Bedürftigkeit, Nichtaussichtslosigkeit, Notwendigkeit des Beizugs eines Anwalts) muss die unentgeltliche Rechtspflege demnach auch in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren oder einem verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren bewilligt werden. (Soweit solche Verfahren kostenlos sind, ist dies nur relevant für den Beizug eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes.)

19 BGE vom 2. April 2002, Pra *2002* 468.

recht nicht vorgesehen ist[20], die Ausprägungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör[21], den Geltungsbereich der unentgeltlichen Rechtspflege[22] und die Tragweite der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit betrifft[23].

Art. 29a BV führt neu eine *Rechtsweggarantie* ein, einen grundrechtlichen Anspruch auf Beurteilung durch ein Gericht in grundsätzlich allen Rechtsstreitigkeiten. Diese wichtige Bestimmung wurde im Rahmen der Justizreform in die Verfassung aufgenommen, steht aber immer noch nicht in Kraft. Sie wird vor allem in der öffentlichen Rechtspflege von Bedeutung sein, nachdem im Zivil- und Strafrecht (nicht zuletzt aufgrund der Rechtsweggarantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK) der Zugang zu einem Gericht bereits verwirklicht ist[24].

Das Gesetz kann in *begründeten Ausnahmefällen* die richterliche Beurteilung ausschliessen[25]. Die Beantwortung der Frage, welche Ausnahmen von der Rechtsweggarantie zulässig sind, wird eine der Hauptfragen des öffentlichen Prozessrechts der nächsten Zeit sein. Auf Bundesebene entscheidet wegen der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit weiterhin die Bundesversammlung auf dem Gesetzesweg über gesetzliche Ausnahmen zu Art. 29a BV. Es besteht also durchaus die Gefahr, dass die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV aus politischen Gründen «verwässert» wird[26].

Die Botschaft zur neuen Bundesverfassung erwähnt als zulässige Ausnahmen zum Beispiel Regierungsakte, bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen[27]. Der Entwurf zum neuen Bundesgerichtsgesetz (E-BGG) spricht von «Entscheiden mit vorwiegend politischem Charakter»[28]. Was als Streitigkeit mit vorwiegend politischem Charakter zu gelten hat und daher vom gerichtlichen Rechtsschutz ausgenommen werden darf, kann sich in der Entwicklung der Zeit rasch wandeln: So zählt die Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege in ihrem Schlussbericht vom Juni 1997 noch die Einbürgerungsentscheide zu dieser Kategorie[29]. Dies kann heute – im Lichte der jüngsten Entscheidungen des Bundesgerichts vom 9. Juli 2003[30] und der daraufhin in Gang gesetzten politischen Bemühungen zur Schaffung eines wirksamen Rechtsschutzes – nicht mehr so gewertet werden.

Die Rechtsweggarantie weist *institutionelle* Konsequenzen auf: Um den Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einlösen zu können, müssen Bund und Kantone flächendeckend Gerichte einsetzen. Diese Verpflichtung wird in *Art. 191a Abs. 1 und 2 BV* für das Bundesstrafgericht und die richterlichen Behörden im Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung sowie in *Art. 191b BV* für die richterlichen Behörden der Kantone festgehalten. Art. 191a BV wie auch Art. 123 BV traten am 1. April 2003 in Kraft[31].

Die Gewährleistungen von *Art. 30 BV* sind ausschliesslich in Verfahren vor *Gerichten* anwendbar, somit auch vor den Gerichten der öffentlichen Rechtspflege. Neben dem Anspruch auf ein auf Gesetz beruhendes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht[32] ist der Grundsatz der öffentlichen Parteiverhandlung und Urteilsverkündung in Abs. 3 besonders hervorzuheben.

Der *Öffentlichkeitsgrundsatz* war in der alten BV nicht enthalten und wurde vom Bundesgericht auch nicht als ungeschriebener Grundsatz der Bundesverfassung anerkannt[33]. Er galt indes bereits aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist aber auf civil rights und Strafsachen beschränkt, sodass der Öffentlichkeitsgrundsatz gemäss Art. 30 Abs. 3 BV nun neu auch für diejenigen Verwaltungssa

20 BGE 127 I 133, 136 ff. E. 4–7.

21 BGE vom 5. März 2002, Pra *2002* 679 (An spruch auf Begründung eines Entscheides BGE vom 11. Januar 2002, Pra *2002* 57 (Anspruch auf Äusserung im Verfahren un Aussagen von Kindern); BGE vom 22. Ma 2002, Pra *2002* 767 (Wortentzug an eine Gerichtsverhandlung); BGE vom 9. Ju 2002, Pra *2002* 969 (Akteneinsicht); BG 129 I 85 (Gerichtliche Verwertung de Überwachung fremdsprachiger Telephon gespräche).

22 BGE 128 I 225 betreffend unentgeltliche Verbeiständung im Massnahmevollzug; BG vom 23. April 2002, Pra *2002* 681 bezüglich unentgeltlicher Rechtspflege im Verfahren um Sozialhilfe.

23 Zur Abgrenzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 30 Abs. 1 BV bezüglich unabhängiger und unparteiischer Beurteilung BGE 127 I 196 und BGE vom 21. Mai 2002, Pra *2002* 974.

24 Vgl. dazu *Rhinow* (Fn. 15), 194 ff.; *Andreas Kley*, Kommentar zu Art. 29a BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/Lachen 2002, 413 ff.

25 Art. 29a Satz 2 BV.

26 *Kley* (Fn. 24), Rz. 21 ff. mit Beispielen.

27 BBl *1997* I 524.

28 Art. 80 Abs. 3 E-BGG. Zu den Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vgl. auch *Kley* (Fn. 24), Rz. 10 ff.

29 Schlussbericht der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege, 93, abrufbar unter http://www.ofj.admin.ch/themen/bgg/vn-ber-d-pdf, besucht am 27. Juni 2003.

30 BGE 1 P.228/2002/Sta; 1 P.1/2003/Sta.

31 Das Bundesstrafgericht soll seine Arbeit voraussichtlich am 1. April 2004 aufnehmen. Vgl. dazu *Christina Kiss*, Das neue Bundesstrafgericht, AJP *2003*, 141 ff.

32 Vgl. dazu BGE vom 20. März 2002, Pra *2002* 582 und BGE 128 V 82 (Übersetzung in Pra *2002*, 585).

33 *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), Rz. 394.

tsgrundsat
V nun ne
valtungssa

002 679 (An
Entscheides
Pra 2002 57
Verfahren un
vom 22. Ma
tzug an eine
vom 9. Jul
einsicht); BG
wertung de
er Telephon

nentgeltliche
evollzug; BG
681 bezüglich
im Verfahrer

Abs. 1 BV und
unabhängiger
g BGE 127 I
02, Pra 2002

ff.; Andreas
, in: Bernhard
rdi/Rainer J.
rsg.), St. Gal-
chen Bundes-
, 413 ff.

spielen.

Ausnahmen
gl. auch Kley

mmission für
rechtspflege,
w.ofj.admin.
besucht am

003/Sta.
seine Arbeit
004 aufneh-
s, Das neue
141 ff.
02, Pra 2002
tzung in Pra

94.

chen gilt, die nicht unter den Begriff der civil rights fallen[34].

Dabei ist die *Tragweite* von Art. 30 Abs. 3 BV nicht durchwegs klar. Fraglich ist, ob Art. 30 Abs. 3 BV (wie Art. 6 Abs. 1 EMRK) einen Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung begründet, oder ob er lediglich garantiert, dass, *wenn* eine Verhandlung angeordnet wird, diese grundsätzlich öffentlich stattfinden muss. Die Literatur äussert sich (soweit ersichtlich) nicht zu dieser Frage, ebenso wenig die Botschaft über eine neue Bundesverfassung[35]. Der Wortlaut würde eine Auslegung im letzteren Sinn gestatten. Auf dieser Grundlage basiert jedenfalls die Regelung von Art. 37 E-VGG[36].

In einem kürzlich ergangenen Urteil hat sich das Bundesgericht ebenfalls mit dieser Frage befasst und ist zum Schluss gekommen, dass Art. 30 Abs. 3 BV kein Recht auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung garantiert. Vielmehr gewährleistet Art. 30 Abs. 3 BV nur, dass eine Verhandlung, wenn sie denn stattfindet, öffentlich ist. Ein Anspruch auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung besteht weiterhin nur im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 EMRK oder aufgrund des anwendbaren Verfahrensrechts[37].

Das Gesetz kann *Ausnahmen* vom Öffentlichkeitsprinzip vorsehen[38]. Analog der Strassburger Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsgrundsatz von Art. 6 Abs. 1 EMRK[39] ist davon auszugehen, dass die Parteien auf eine öffentliche Parteiverhandlung *verzichten* können[40].

Art. 31 BV enthält Garantien bei Freiheitsentzug und *Art. 32 BV* solche im Strafverfahren. Sie sind im vorliegenden Kontext nicht weiter auszuführen[41].

Die verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundsätze verankern *Minimalstandards*. Es kam und kommt ihnen in der öffentlichen Rechtspflege vor allem dort grosse Bedeutung zu, wo das kantonale Verfahrensrecht Lücken und Mängel aufweist. Dies geht aus der reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Verbot der formellen Rechtsverweigerung hervor[42]. Vermehrt haben die Kantone diese Rechtsprechung nunmehr weitgehend in ihre Verfahrensgesetze aufgenommen. Es stellen sich aber immer wieder neue Fragen zu einzelnen verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien[43].

Dass sich der Verfassungsgehalt des öffentlichen Prozessrechts nicht in den individualrechtlichen Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien erschöpft, belegt *Art. 191 BV*, für viele Juristen und Juristinnen immer noch besser bekannt als Art. 113 Abs. 3 aBV, der später zu Art. 190 BV mutieren wird. Diese Vorschrift erklärt bekanntlich Bundesgesetze (und Völkerrecht) für massgebend und setzt der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz eine bedeutsame Grenze. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen[44]. Auf einen wichtigen Aspekt gilt es aber hinzuweisen: Nach der neueren bundesgerichtlichen Praxis überprüft das Gericht einen *Verstoss gegen ein in der EMRK gewährleistetes Grundrecht* auch dann, wenn das Bundesgesetz entgegensteht. Mit anderen Worten: Fällt ein Grundrecht der Bundesverfassung mit einer EMRK-Garantie zusammen, ist Völkerrecht massgebend und nicht das Bundesgesetz, auch dann, wenn der Wortlaut oder ein qualifiziertes Schweigen des Bundesgesetzes entgegensteht[45].

Dies ist einerseits sehr begrüssenswert, weil damit der Grundrechtsschutz markant ausgeweitet und der Vorrang des Staatsvertrages durchgesetzt wird. Auf der anderen Seite führt diese Praxis zu einer *Spaltung des Grundrechtsschutzes;* Grundrechte wie die Meinungsfreiheit oder die Religionsfreiheit gehen dem Gesetz vor, nicht aber die ausschliesslich in der BV und nicht in der EMRK gewährleisteten Garantien, wie zum Beispiel die allgemeine Rechtsgleichheit, das Willkürverbot, die Wirtschaftsfreiheit, die Eigentumsgarantie oder die für unsere Demokratie wich-

---

34 Das Bundesgericht ist dem in Art. 30 Abs. 3 BV enthaltenen Verkündigungsgebot kürzlich gefolgt. Die Urteilsdispositive aller Entscheide sind während vier Wochen in nicht anonymisierter Form (mit Ausnahmen) öffentlich zugänglich. Vgl. NZZ vom 29. Juni 2002, 14; zur Veröffentlichungspraxis des Bundesgerichts vgl. *Paul Tschümperlin*, Öffentlichkeit der Entscheidungen und Publikationspraxis des Schweizerischen Bundesgerichts, SJZ 99 *2003* 265 ff.

35 BBl *1997* I 184.

36 Vgl. dazu BBl *2001* V 4394; Vgl. auch die Regelung in Art. 61 lit. a ATSG.

37 BGE 128 I 288 (Übersetzung in Pra *2003* 438).

38 Vgl. z.B. Art. 17 OG bzw. Art. 55 E-BGG.

39 Vgl. dazu den Entscheid des EGMR vom 24. Juni 1993, Schuler-Zgraggen c. Schweiz, Pra *1994* 86.

40 BGE 121 I 30, 37 E. 5f.

41 Vgl. dazu *Rhinow* (Fn. 15) 219 ff.; *Jaag* (Fn. 16), 37 ff.

42 *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), Rz. 202.

43 Als Beispiel sei auf BGE 127 I 31 hingewiesen: Danach ist das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) nicht verletzt, wenn die Fiktion der Zustellung 7 Tage nach erfolglosem Zustellversuch auch dann angewendet wird, wenn die Post von sich aus eine längere Abholfrist eingeräumt hat.

44 Vgl. zu dieser Problematik *Ivo Hangartner*, Kommentar zu Art. 191 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/Lachen 2002, 1927 ff.

45 BGE 125 II 417 (PKK-Entscheid).

tige Wahl- und Abstimmungsfreiheit[46].

In zwei neusten Entscheiden liess das Bundesgericht allerdings die Frage offen, ob die gescheiterte Einführung einer beschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene 1998 Konsequenzen in Bezug auf diese Rechtsprechung zum Verhältnis Konventionsrecht – Landesrecht habe – eine unverständliche Infragestellung, denn die Ablehnung einer Vorlage im Parlament verändert den geltenden Rechtszustand nicht[47]! Auch der Versuch, im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen *(NFA)* eine auf das Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen[48], ist bereits im Ständerat als Erstrat gescheitert[49].

b. *Verwaltungsverfahrensgesetz und spezialgesetzliche Regelungen*

Soweit die öffentliche Rechtspflege in den Händen der Bundesverwaltungsbehörden liegt, verfahren diese nach dem *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) des Bundes*[50]. Der Begriff der Bundesverwaltungsbehörden nach Art. 1 VwVG ist im funktionellen Sinn zu verstehen. Er umfasst nicht allein den Bundesrat, die Departemente, die Bundesämter, die eidgenössischen Kommissionen (z.B. Bankenkommission, Wettbewerbskommission), die autonomen eidgenössischen Anstalten oder Betriebe, sondern namentlich auch die eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen, also richterliche Behörden. Einzelne Bestimmungen des VwVG des Bundes sind nach Art. 1 Abs. 3 VwVG sogar auf das Verfahren letzter kantonaler Instanzen, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes nicht endgültig verfügen, anwendbar[51].

Das VwVG verweist in Art. 16 und in Art. 19 für das Beweisverfahren streckenweise auf die sinngemässe Anwendung von Regeln des *Bundeszivilprozesses*[52], so z.B. für das Zeugnisverweigerungsrecht[53] oder den Sachverständigenbeweis[54]. Die auf das Zweiparteienverfahren des Zivilprozesses zugeschnittenen Regeln des BZP können im Bereich der öffentlichen Rechtspflege zu heiklen Verfahrensfragen führen[55].

Nicht erfasst ist im VwVG die öffentliche Rechtspflege durch das Bundesgericht. Hierfür ist ausschliesslich das *OG* massgebend. Dieses soll nun durch ein *Bundesgesetz über das Bundesgericht* abgelöst werden, das zurzeit in der parlamentarischen Beratung steht[56].

Obwohl das VwVG für das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden eine einheitliche und allgemeingültige Ordnung schaffen will, gibt es bedeutsame Ausnahmen[57]:

So gehen nach Art. 4 VwVG Bestimmungen, die ein Verfahren *eingehender* regeln und die dem VwVG nicht widersprechen, diesem vor.

Beispielsweise wird im Atomgesetz der Untersuchungsgrundsatz von Art. 12 VwVG konkretisiert, indem die Behörde zur Einholung eines Gutachtens verpflichtet wird[58]. Im Asylgesetz wird die Mitwirkungspflicht der Parteien von Art. 13 VwVG näher umschrieben[59].

Vorrang beanspruchen auch jüngere, vom Gesetzgeber *bewusst* in Abweichung vom VwVG erlassene Verfahrensvorschriften in Spezialgesetzen.

Z.B. bedingt Art. 17 Abs. 1 des Asylgesetzes die Bestimmungen des VwVG über den Fristenstillstand weg.

Besondere Probleme wird das Verfahren in *Bundessozialversicherungssachen* stellen. Das neue Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) tr… am 1.1.2003 in Kraft. Diese neue K… difikation führt aber nur beschränk…

46 Die Schweiz hat das 1. Zusatzprotokoll z… EMRK, das den Schutz des Eigentums, d… Recht auf Bildung und das Recht auf fre… Wahlen enthält, bereits 1976 unterzeich… net, aber bis heute nicht ratifiziert.

47 BGE 128 IV 117, 122; 128 IV 201 ff.

48 BBl *2002* III 2340; vgl. dazu *Ulrich Zimmer*… Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR *2002* 445 f… insbesondere 457 f. sowie *Jörg Paul Müller*… Verfassungsgerichtsbarkeit in Bewegung… NZZ vom 29. Juni 2002, 15.

49 AB *2002* 882.

50 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfah… ren (VwVG) vom 20. Dezember 1968, S… 172.021.

51 *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), Rz. 1080; *Kölz/Häner* (Fn. 5), Rz. 217.

52 Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über… den Bundeszivilprozess (BZP), SR 273.

53 Art. 16 VwVG in Verbindung mit Art. 42… BZP.

54 Art. 19 VwVG in Verbindung mit Art. 57–61… BZP.

55 So ist beispielsweise den Parteien vor der… Ernennung von Sachverständigen Gelegen… heit einzuräumen, sich zur Person des… Sachverständigen (Art. 58 Abs. 2 BZP) wie… zu den Fragen an den Sachverständigen zu… äussern und Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen (Art. 57 Abs. 2 BZP). Diese Vorschrift kann zu (praktischen) Problemen führen, wenn Verfügungen zu treffen sind, die zahlreiche Drittpersonen betreffen könnten, denen die Parteirechte bereits im erstinstanzlichen Verfahren einzuräumen sind.

56 Mit einer Verabschiedung ist kaum vor… 2004 zu rechnen, eine Inkraftsetzung erfolgt wohl nicht vor 2006. Vgl. dazu *Heinrich Koller/Christoph Auer*, Totalrevision der Bundesrechtspflege – Rechtsschutzdefizite im Entwurf des Bundesrates?, ZSR 2002 459 ff., 460.

57 *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), Rz. 1083 f.; *Kölz/Häner* (Fn. 5), Rz. 219.

58 Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die… friedliche Nutzung von Kernenergie (Atomgesetz, AtG) vom 23. Dezember 1959, SR… 732.0.

59 Art. 8 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998… SR 142.31.

zu einer einheitlichen Verfahrensordnung[60]:

So findet sie nach Art. 2 ATSG nur Anwendung, soweit die *einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen.* Das trifft namentlich auf das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge nicht zu[61].

Für das Verfahren vor den *Bundes*behörden gilt nach Art. 55 ATSG neben dem ATSG grundsätzlich das VwVG. Es ist somit immer zuerst zu klären, welche Vorschriften für eine konkrete Verfahrensfrage gelten.

Und im Verfahren vor den *kantonalen* Versicherungsgerichten gilt unter Vorbehalt von Art. 1 Abs. 3 VwVG das kantonale Verfahrensrecht, wobei aber auf jeden Fall die Vorschriften von Art. 61 ATSG zu beachten sind. Die kantonalen Versicherungsgerichte werden also aus mindestens drei verschiedenen Rechtsquellen schöpfen müssen.

c. *Internationales Recht und nationales Recht*

Dass dem internationalen Recht für das Landesprozessrecht eine wachsende Bedeutung zukommt, ist bereits deutlich geworden. *Art. 6 Abs. 1 EMRK,* soweit öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in dessen Geltungsbereich fallen[62], und die Parallelbestimmung von *Art. 14 UNO-Pakt II* gehen indessen nach Inkrafttreten von Art. 29a BV kaum über die Garantien der Bundesverfassung hinaus. Auf den Sonderfall «Öffentlichkeitsgrundsatz» ist bereits hingewiesen worden.

Hingegen kann es zu Konflikten mit dem in *Art. 13 EMRK* verankerten Recht auf eine wirksame Beschwerde kommen, soweit der Bundesrat oder die Bundesversammlung erstinstanzlich verfügt. Nach dem künftigen Art. 189 Abs. 4 BV-Justizreform werden Akte *der Bundesversammlung und des Bundesrates* – und damit also auch erstinstanzliche Verfügungen – unanfechtbar sein; sie können also nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden. Das Gesetz kann allerdings Ausnahmen vorsehen[63], sodass es möglich sein wird, auf diesem Weg Art. 13 EMRK Nachachtung zu verschaffen.

Im Konfliktfall geht die EMRK dem Landesrecht vor. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 191 BV ist bereits erwähnt worden[64].

Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit (APF) zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten[65] gewährleistet in Art. 11 einen zweistufigen Rechtsschutz. Art. 11 Abs. 1 APF enthält eine Art. 13 EMRK vergleichbare *Rechtsmittel*garantie, während Art. 11 Abs. 3 APF den Weg zu einem «nationalen Gericht» garantiert, also eine *Rechtsweg*garantie enthält[66].

d. *Bundesrecht und kantonales Recht*

Die Gesetzgebung im Zivil- und Strafprozessrecht fällt neu in die Kompetenz des Bundes[67]. Es wird also bald nicht mehr 26 verschiedene kantonale Zivil- bzw. Strafprozessordnungen geben, sondern nur noch eine schweizerische Zivil- bzw. Strafprozessordnung. Nicht so im öffentlichen Prozessrecht: Hier überdauern nach wie vor 26 verschiedene Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessgesetze. Das hängt im Wesentlichen damit zusammen, dass die Kantone im Bereich der Anwendung ihres *eigenen* Verwaltungsrechts grundsätzlich Organisations- und Verfahrensautonomie geniessen. Trotzdem spielt auch das Bundesrecht – und natürlich das Konventionsrecht – eine grosse Rolle für das kantonale Verfahrensrecht[68].

Im Bereich der Anwendung des *Bundes*verwaltungsrechts hat der Bund streckenweise unifizierend legiferiert. Entsprechende Verfahrensvorschriften des Bundes gehen den kantonalen Prozessordnungen vor[69]. Die *verfassungs- und konventionsrechtlichen* Verfahrens- und Organisations-Anforderungen sind im ganzen Bereich der kantonalen öffentlichen Rechtspflege massgebend. Exemplarisch sei auf den neuen, noch nicht in Kraft stehenden Art. 191b Abs. 1 BV-Justizreform hingewiesen, wonach die Kantone in allen Bereichen, neu auch im Bereich der Anwendung des *kantonalen* Verwaltungsrechts, richterliche Behörden einsetzen müssen[70].

---

60 Zum Verhältnis von ATSG und VwVG vgl. *Philippe Gerber,* Les relations entre la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales et la loi fédérale sur la procédure administrative, AJP *2002* 1307 ff.

61 SR 831.40.

62 Wichtige Materien wie z. B. ausländerrechtliche Streitigkeiten fallen nicht unter Art. 6 Abs. 1 EMRK. Vgl. dazu die Urteile des EGMR Maaouia c. Frankreich vom 5. Oktober 2002 und Mir c. Schweiz vom 26. März 2002.

63 Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV-Justizreform.

64 Vgl. vorne Ziff. II 2 a.

65 SR 0.142.112.681.

66 Vgl. dazu *Stephan Breitenmoser/Michael Isler,* Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 ff.

67 Art. 122 und 123 BV-Justizreform.

68 *Rhinow/Koller/Kiss,* (Fn. 5) Rz. 98.

69 Vgl. etwa Art. 1 Abs. 3 VwVG, Art. 98a OG (vgl. auch Art. 103–105 E-BGG), Art. 25a RPG (Grundsätze der Koordination) und Art. 33 RPG (Rechtsschutz).

70 Vgl. dazu *Christina Kiss/Heinrich Koller,* Kommentar zu Art. 191b BV (Justizreform), in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/Lachen 2002, 1962 ff.

e. *Geschriebenes und ungeschriebenes Recht*

Mit der zunehmenden Kodifizierung des öffentlichen Prozessrechts, und zwar sowohl auf Verfassungsebene (vor allem mit den Verfahrensgarantien) als auch auf der Stufe der Gesetzgebung, hat die Bedeutung des ungeschriebenen Rechts stark abgenommen. Richterrecht wird aber bei der *Konkretisierung* der Verfassungsgarantien weiterhin eine grosse Rolle spielen. Auch auf Gesetzesebene findet in engem Rahmen ungeschriebenes Recht Anwendung. So müssen über den Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 VwVG hinaus letzte kantonale Instanzen, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes nicht endgültig verfügen, auch die Bestimmungen des VwVG betreffend die Beschwerdelegitimation und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beachten[71]. Art. 98a OG hat die Praxis betreffend die Beschwerdelegitimation, nicht aber diejenige über die aufschiebende Wirkung, nun ins geschriebene Recht überführt[72].

f. *Geltendes, noch nicht geltendes und in Revision stehendes Recht*

Die Komplexität der normativen Grundlagen des öffentlichen Prozessrechts findet zurzeit darin ihren Höhepunkt, dass sich Rechtslagen in verschiedenen Aggregatszuständen gegenüberstehen:

- Einmal geltendes, besser: *noch* geltendes Recht, wie etwa Teile der neuen und schon bald in diesem Bereich veralteten BV[73] sowie das OG;
- dann die im Rahmen der Justizreform von Volk und Ständen angenommenen, aber immer noch nicht in Kraft gesetzten Bestimmungen der BV oder noch nicht in Kraft stehende Gesetzesbestimmungen;
- sowie schliesslich sich in der Entwurfs- oder Beratungsphase befindliches Recht, wie vor allem das neue Bundesgerichtsgesetz.

So steht beispielsweise der ATSG seit dem 1. Januar 2003 in Kraft; Art. 123 und Art. 191a BV traten am 1. April 2003, der organisatorische Teil des Strafgerichtsgesetzes[74] am 1. August 2003 in Kraft. Die übrigen Bestimmungen des Strafgerichtsgesetzes werden am 1. April 2004 in Kraft treten[75].

Es ist nicht einfach, angesichts dieses Neben-, Mit- und Durcheinanders der Rechtsquellen im öffentlichen Prozessrecht den Überblick zu behalten, oder besser: immer wieder neu zu gewinnen...

3. Zur «klassischen» Problematik des Rechtsschutzes ausserhalb des verfügungsmässigen Verwaltungshandelns

Das öffentliche Prozessrecht knüpft den verwaltungsinternen und den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz grundsätzlich an die Existenz einer Verfügung an[76]. Diese «Verfügungsorientierung» des Rechtsschutzes führt zu Lücken de lege lata und zu Versuchen in Lehre und Rechtsprechung, den Rechtsschutz auch gegen andere Formen des Verwaltungshandelns zu ermöglichen[77].

a. *Realakte*

So wird seit längerer Zeit die Verweigerung oder Verzögerung einer Verfügung dem förmlichen Erlass eines Verwaltungsaktes gleichgestellt[78]. Das Bundesgericht deutet in seiner neueren Rechtsprechung nun eine Öffnung an: Wenn das Rechtsschutzbedürfnis es gebietet, soll eine Anfechtungsmöglichkeit allenfalls auch dann bestehen können, wenn keine förmliche Verfügung vorliegt. Dies ist nach Auffassung des Gerichts nicht nur dann der Fall, wenn eine Behörde den Erlass einer Verfügung zu Unrecht verweigert oder verzögert. Die Frage kann sich auch bei gewissen (positiven) *Realakten* stellen, durch welche der Staat ohne Erlass einer Verfügung in *Grundrechte* eingreift. Es muss sich nach Auffassung des Gerichts aber in jedem Falle «um Akte oder Anordnungen handeln, welche dem Staat als Träger öffentlicher Aufgaben zuzurechnen sind und von ihrem Inhalt oder von den berührten Grundrechten her ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis begründen»[79].

In der Literatur wird diese Öffnung seit geraumer Zeit gefordert[80]. Probleme kann die Bestimmung des einzu-

---

71 BGE 111 Ib 201, 203 E. 3a; BGE 112 Ia 180, 189 E. 3d.

72 BBl *1991* II 465 ff., 542.

73 Die noch geltenden Art. 122 BV und Art. 188–191 BV werden nach dem vollständigen Inkrafttreten der Justizreform durch Art. 122 BV-Justizreform und Art. 188–191, 191b und 191c BV-Justizreform ersetzt. Demgegenüber sind Art. 123 BV-Justizreform und Art. 191c BV-Justizreform bereits in Kraft getreten.

74 Bundesgesetz über das Bundesstrafgericht (Strafgerichtsgesetz, SGG) vom 4. Oktober 2002.

75 Vgl. die Pressemitteilung des EJPD vom 26. Juni 2003.

76 Vgl. Art. 44 VwVG und Art. 97 OG.

77 Vgl. dazu *Paul Richli*, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, AJP *1998* 1426 ff.; *Ivo Hangartner*, Recht auf Rechtsschutz, AJP *2002* 131 ff., insbesondere 146 ff.; *Pierre Tschannen*, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR *1999* II 353 ff. insbesondere 437 ff.

78 Vgl. auch Art. 97 Abs. 2 OG.

79 BGE 126 I 250, 254 E. 2d (bestätigt in BGE 127 I 84, 86 E. 4a).

80 Vgl. *Richli* (Fn. 77), 1437 f.; *Hangartner* (Fn. 77), 153 f.; *Tschannen* (Fn. 77), 441 ff.

schlagenden Rechtsweges aufwerfen. Am einfachsten dürfte es sein, den Erlass einer Feststellungsverfügung zu verlangen, auf den entweder ein gesetzlicher oder aber unmittelbar auf Art. 13 EMRK oder Art. 9 BV (Willkürverbot) abgestützter Anspruch besteht. Die Rechtsweggarantie nach dem neuen Art. 29a BV bildet künftig eine tragfähige Basis dafür, dass der Rechtsschutz gegen nichtrechtsförmiges Staatshandeln oder -unterlassen vermehrt Anerkennung finden muss.

Die Totalrevision der Bundesrechtspflege, welche auch Änderungen des VwVG mit sich bringt, wird Gelegenheit zu einer klärenden gesetzlichen Regelung auf Bundesebene bieten. Dabei wird zu prüfen sein, ob der Verfügungsbegriff auszuweiten oder das zulässige Anfechtungsobjekt der Verwaltungsbeschwerde neu umschrieben werden soll[81]. Denkbar wären auch spezialgesetzliche Regelungen[82].

b. Öffentlich-rechtliche Verträge

Heikle Fragen wirft das «Verfahren» auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auf. Dieses ist in der Schweiz nicht formalisiert. Kann es auch als «Verfahren vor Verwaltungsinstanzen» im Sinne von Art. 29 BV angesehen werden? Wie steht es mit den Parteirechten im Stadium der Vertragsverhandlungen (Akteneinsicht, Mitwirkung bei der Erhebung von Vertragsgrundlagen, z.B. Gutachten usw.)? Wie können oder müssen allfällige Drittbetroffene in die Vertragsverhandlungen einbezogen werden? Wie ist der Rechtsschutz bei der Verweigerung eines Vertragsabschlusses gewährleistet? Wie steht es mit dem *nachträglichen Rechtsschutz* der Vertragsparteien und Drittbetroffener[83]?

Es handelt sich hier um offene Fragen, die der Beantwortung harren. Das Klageverfahren jedenfalls steht praktisch nur den Vertragsparteien offen[84]. Hingegen kann unter Umständen die staatliche Willensäusserung auf Abschluss, vor allem aber diejenige auf *Ablehnung* eines konkreten Vertragsschlusses als anfechtbare Verfügung qualifiziert werden.

In der neueren Gesetzgebung finden sich interessante Ansätze, die versuchen, der Problematik im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes gerecht zu werden, so namentlich im Beschaffungswesen, im Subventionsrecht und im öffentlichen Personalrecht. Dabei geht es darum, die Handlungsform der Verfügung im Interessen der Anfechtbarkeit des Verwaltungshandelns mit dem kontraktuellen Vorgehen zu verbinden, indem entweder dem Vertragsschluss im Sinne der Zweistufentheorie[85] eine Verfügung vorgeschaltet wird (so im Beschaffungswesen[86]), indem über den Antrag der Verwaltung eine anfechtbare Verfügung verlangt werden kann (so im Subventionsrecht[87]), oder indem Streitigkeiten aus Vertrag durch Verfügung des Staates zu entscheiden sind (so im Personalrecht[88]).

4. Auswirkungen von Liberalisierung und New Public Management

Die modernen Trends der Privatisierung staatlicher Aufgaben und des New Public Management bringen eine Reihe prozessualer Folgeprobleme mit sich, die vom Gesetzgeber mitunter vernachlässigt werden und auf welche die Praxis relativ schlecht vorbereitet ist. Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren lassen sich dabei häufig nicht ohne weiteres mit hergebrachten prozessualen Vorstellungen und mit traditionellen Regeln in Einklang bringen.

So fragt sich etwa, welche Rechtsmittelwege offen stehen, namentlich wieweit öffentlich-rechtliche und wieweit privatrechtliche Rechtsmittel greifen, oder wie die Begriffe der Partei und der Legitimation zu bestimmen sind. Auswirkungen ergeben sich nicht nur auf die Zuständigkeit, sondern auch auf die Frage, ob die Untersuchungsmaxime gilt und welche Regeln für die Kostenverlegung Anwendung finden. Diese nicht unbedeutenden formellen Fragen treten oft zusammen mit der (materiellen) Frage der Geltung der Grundrechte in privatisierten Verhältnissen auf, also insbesondere mit der Frage, welcher Gehalt Art. 35 Abs. 2 BV zukommt[89]. Auch das Bundesgericht hat sich mit diesem Problemkreis bereits befassen

81 In der Botschaft des Bundesrates findet sich dazu allerdings nichts. Vgl. BBl *2001* V 4319 ff., 4387 und die Kritik von *Hangartner* (Fn. 77), 153 f.

82 Vgl. etwa Art. 77 E-BGG.

83 Zur Problematik des Rechtsschutzes bei öffentlich-rechtlichen Verträgen vgl. *Hangartner* (Fn. 77), 147 f.

84 Vgl. dazu *Isabelle Häner*, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 238 f.

85 Vgl. dazu *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz. 287 ff.

86 Art. 26–35 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB), SR 172.056.1.

87 Art. 19 Abs. 3 und Art. 34 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG), SR 616.1.

88 Art. 8 und Art. 34 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000, SR 172.220.1.

89 Vgl. dazu *Markus Schefer*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP *2002* 1131 ff.

müssen. Seine Rechtsprechung dazu steckt zwangsläufig noch in den Kinderschuhen, doch zeichnen sich erste Konturen ab. Tendenziell scheint sich das Gericht dabei für eine eher weite Anwendung öffentlich-rechtlicher Grundsätze und Verfahrensregeln auszusprechen[90]. Aufgerufen ist aber in erster Linie der Gesetzgeber, ex ante für klare(re) Verhältnisse zu sorgen.

III. Entwicklungstendenzen im öffentlichen Prozessrecht

1. Annäherung von öffentlichem Prozessrecht und Zivilprozessrecht

Auch wenn das öffentliche Prozessrecht gegenüber dem Zivilprozessrecht nach wie vor durch eigene Grundsätze und Institutionen geprägt wird, findet doch eine zunehmende Annäherung zwischen den beiden Bereichen statt. Im Folgenden wird diese Konvergenztendenz an einigen wenigen Beispielen aufgezeigt.

a. Prozessmaximen

Im öffentlichen Prozess gilt grundsätzlich der *Untersuchungsgrundsatz*, im Zivilprozess die *Verhandlungsmaxime*[91]. Doch obliegt der privaten Partei im öffentlichen Verfahren in den meisten Fällen eine wichtige Mitwirkungspflicht; wird diese verweigert, kann dies ein Nichteintreten der Behörde zur Folge haben[92]. Demgegenüber hat der Zivilrichter in immer mehr Bereichen den Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln, beispielsweise (zum Teil) im Arbeits-, Miet- und Familienrecht[93].

Während einzelne Zivilprozessordnungen eine strenge *Eventualmaxime* kennen[94], ist diese dem öffentlichen Prozessrecht fremd. Trotzdem kann die Behörde im Verwaltungsverfahren verspätete Parteivorbringen ausser Acht lassen, wenn die Verspätung auf nachlässiger Prozessführung beruht oder der Prozessverschleppung dient[95].

b. Eintretensvoraussetzungen

Bei den allgemeinen Eintretensvoraussetzungen – wie Partei- und Prozessfähigkeit, Zuständigkeitsregeln, Vertretungsbefugnis, res iudicata, Rechtshängigkeit – sind kaum Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Prozessrecht auszumachen[96]. Auch bei anderen Regelungen, wie solchen über die Fristberechnung oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, finden sich gleichlautende Vorschriften[97].

Während hingegen im Zivilprozess die Rechtsmittelbefugnis selten Probleme aufwirft – die Frage der Aktiv- oder Passivlegitimation ist ein Problem der materiellen Berechtigung, nicht des Eintretens – stellen sich im öffentlichen Prozess immer wieder heikle Abgrenzungsfragen bei der Bestimmung der Beschwerdebefugnis. Diese resultieren einmal aus der bereits angesprochenen Verquickung von formellem und materiellem Recht, so bei der Staatsrechtlichen Beschwerde. Oder sie sind mit dem Bemühen verbunden, die Popularbeschwerde zu verhindern, so bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit ihrem Requisit der Betroffenheit und der besonderen Nähe zur Streitsache. Sie haben aber auch damit zu tun, dass Dritte, also nicht von der Verfügung Angesprochene, als Betroffene Rechtsschutz reklamieren[98].

c. Weitere

Annäherungstendenzen sind zudem im Novenrecht[99], im Verwaltungsprozess unter Beteiligung mehrerer privater Parteien (etwa im Baurecht oder im Wirtschaftsrecht) sowie auch bei den Kostenregelungen[100] festzustellen.

2. «Vergerichtlichung» des öffentlichen Verfahrensrechts

Das schweizerische öffentliche Rechtsschutzsystem wurde seit vielen Jahrzehnten vom Grundsatz geprägt, dass

90 Aktuelles Beispiel: Grundrechtsbindung eines Vereins, der bei der Veranstaltung eines Volksfests auf öffentlichem Grund von den beteiligten Gewerbetreibenden Abgaben erhebt und dabei von auswärtigen Ausstellern höhere Beträge verlangt. Vgl. BGE vom 8. Juni 2001, ZBL *2001* 656 und die Besprechung dieses Entscheids durch *Ivo Hangartner*, AJP *2002* 67 ff.

91 Zu den Verfahrensmaximen im öffentlichen Prozessrecht vgl. *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), 889 ff.

92 Vgl. Art. 13 VwVG oder auch Art. 28 ATSG.

93 Z.B. Art. 343 Abs. 4 OR, Art. 274d Abs. 3 OR, Art. 251 Ziff. 1 ZGB.

94 Z.B. § 37 Abs. 1 und § 62 ZPO BS, SG BS 221.100.

95 Vgl. für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), Rz. 1568.

96 Vgl. für die Vertretungsbefugnis Art. 11 VwVG und §§ 50–53 ZPO BL, SGS BL 221.

97 Vgl. zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Art. 24 VwVG und § 221 ZPO BL.

98 Zur Legitimation von Dritten bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vgl. *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), Rz. 1508; *Kölz/Häner* (Fn. 5), Rz. 914.

99 Als Ausfluss der Untersuchungsmaxime gilt im öffentlichen Prozessrecht grundsätzlich kein Novenverbot. Das Vorbringen von Noven steht allerdings unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben (vgl. *Rhinow/Koller/Kiss* (Fn. 5), Rz. 1050). So kann eine erstmals vor Bundesgericht erhobene Rüge einer Verletzung von Art. 6 EMRK u.U. gestützt auf Treu und Glauben nicht zugelassen werden (BGE 120 Ia 24).

100 In der öffentlichen Rechtspflege hat sich ebenfalls der Grundsatz der Kostenpflicht durchgesetzt (vgl. *Rhinow/Koller/Kiss* [Fn. 5], Rz. 879 f.).

eine erstinstanzliche Verfügung zunächst (mindestens) einmal von einer verwaltungsinternen Instanz beurteilt wird, und zwar mit voller Kognition, einschliesslich Überprüfung des Ermessens, bevor sie in einer zweiten Stufe an ein unabhängiges Gericht, eventuell an mehrere Gerichte, weitergezogen werden kann. Dieser Grundsatz ist im Bund bereits mit dem Ausbau der eidgenössischen Rekurskommissionen aufgeweicht worden. Die Totalrevision der Bundesrechtspflege wechselt nun zu einem neuen Modellinstanzenzug: Verfügungen eidgenössischer Instanzen sind im Regelfall mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und anschliessend an das Bundesgericht weiterzuziehen[101].

Der Gewinn einer doppelten gerichtlichen Überprüfung wird folglich mit einem *Verzicht auf eine verwaltungsinterne Kontrolle* erkauft. Dabei kommt dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition zu, mit Einschluss der Angemessenheitskontrolle[102]. Diese ist zwar keine typisch richterliche Funktion; trotzdem ist sie nötig, damit die Angemessenheit einer Verfügung wenigstens einmal überprüft werden kann.

In den *Kantonen* unterstehen die Verfügungen kantonaler Behörden jedenfalls der Beschwerde an eine letzte kantonale Instanz, i.d.R. an ein oberes Gericht, wobei eine Beschwerde an eine verwaltungsinterne Vorinstanz vorgesehen sein kann. Anschliessend steht grundsätzlich die Beschwerde an das Bundesgericht offen (mit Ausnahmen)[103].

Auch im Zuständigkeitsbereich der Kantone besteht somit eine *doppelte gerichtliche Überprüfung.* Die Pflicht zur Einsetzung richterlicher Behörden wird wohl dazu führen, dass die Kantone zur Vermeidung überlanger Instanzenzüge verwaltungsinterne Beschwerdemöglichkeiten abbauen werden.

Dem weitgehenden Verzicht auf die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege ist nicht unberechtigte Kritik erwachsen[104]. Insbesondere übernehmen künftig vermehrt gerichtliche Instanzen die Verantwortung für den Vollzug des Verwaltungsrechts. Anderseits ist dem *Rechtssuchenden* besser gedient, wenn er sofort an ein unabhängiges Gericht gelangen kann. Wesentlich erscheint, dass die Angemessenheitskontrolle gewährleistet wird, was jedenfalls für den Bund zutrifft. Die Kognition der kantonalen Verwaltungsgerichte hingegen müsste evtl. entsprechend ausgedehnt werden. Die *Aufsichtsbehörde* kann kraft Aufsichtsrecht weiterhin auf die Praxis der Ämter einwirken und sie kontrollieren, dazu ist sie nicht auf Beschwerdeverfahren angewiesen; sie kann also von Amtes wegen handeln.

3. Alternative Streitvermeidungs- und Streitbeilegungsmethoden

a. Allgemeines

Auch in der Verwaltungsrechtspflege sind (trotz der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts) alternative Streitvermeidungs- und Streitbeilegungsmethoden im Vormarsch. Ausgangspunkt ist der Umstand, dass der Justizapparat im modernen «Rechtsmittelstaat» immer mehr an seine Kapazitätsgrenzen gerät. Für die Parteien sind Prozesse nicht nur belastend, sie dauern oft zu lange und kosten zu viel. Vor diesem Hintergrund erschallt auch im öffentlichen Recht der Ruf nach alternativen Streitbeilegungsmethoden; dieser mündete kürzlich sogar in ein Postulat einer Kommission des Ständerates[105]. Im Vordergrund stehen dabei Schlichtungsverfahren und die Mediation.

Im *Schlichtungsverfahren* versucht die Schlichtungsbehörde, eine gütliche Einigung unter den Parteien herbeizuführen (amtlicher Sühneversuch). Das Schlichtungsverfahren muss zwingend oder fakultativ durchlaufen werden, bevor der Streit dem Richter bzw. der Beschwerdeinstanz unterbreitet werden kann. Ein Rollenkonflikt zwischen Schlichten und Richten kann sich dort einstellen, wo die Behörde entscheiden muss, wenn keine Einigung erzielt wird (wie zum Beispiel z.T. der Friedensrichter oder die Schlichtungsstelle in Mietangelegenheiten).

Mediation meint ein dialog- und konsensorientiertes Verfahren der Problemregelung, in dem die Streitbeteiligten unter Beizug einer neutralen Person (Mediator) eine eigenverantwortliche Konfliktlösung (Vereinbarung) anstreben. Der Mediator hat keine Entscheidungskompetenz; ihm obliegt die Verfahrensgestaltung und nicht die Lösung des sachlichen Problems[106]. Im Zentrum stehen dabei nicht Fragen nach Schuld

---

101 Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl *2001* V 4202 ff., 4250.

102 Vgl. Art. 33 des Entwurfs für ein Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (E-VGG) in Verbindung mit Art. 49 VwVG.

103 Botschaft (Fn. 101), 4227.

104 So etwa von *Georg Müller*, Abschaffung der Verwaltungsrechtspflege – Gegen die Aufgabe eines wichtigen Steuerungsinstruments, NZZ vom 29. Oktober 2002, 16.

105 Postulat der Kommission für Rechtsfragen vom 2. März 2001 (01.3038). Im Rahmen der Justizreform soll geprüft werden, ob und wie die Gerichte in Bund und Kantonen durch die Einführung von erstinstanzlichen Vermittlungs-, Schlichtungs- und Mediationsverfahren entlastet werden können.

106 Botschaft über die Änderung des ZGB vom 15. November 1995, BBl *1996* I 152; *Andreas Kley*, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, 315.

oder Unschuld, sondern die Interessen der Betroffenen. Der Mediator hilft den Parteien, ihre Interessen zu formulieren und in die Konfliktlösung einzubringen. Mediativ ausgehandelte Lösungen sind deshalb win-win-Lösungen[107].

b. Vergleich

Im Gegensatz zu privatrechtlichen Ansprüchen, die (grösstenteils) in der Disposition der Parteien stehen und somit kompromissfähig sind, werden Verwaltungsrechtsverhältnisse durch das objektive Recht vorgezeichnet. Das Legalitätsprinzip setzt der *vergleichsweisen Streiterledigung im Verwaltungsverfahren enge Grenzen.* Sie kommt dort in Betracht, wo die Beteiligten zur vertraglichen Regelung öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen befugt sind und ihnen ein gewisser Entscheidungsspielraum zusteht[108]. Für Schlichtungsverfahren bestehen deshalb keine grossen Anwendungsmöglichkeiten.

Im Asyl- und Ausländerrecht fehlt zum Beispiel der erforderliche Verhandlungsspielraum. Für Streitigkeiten über Sozialversicherungsleistungen wird in Art. 50 ATSG neu eine gesetzliche Grundlage für eine vergleichsweise Erledigung geschaffen.

c. Mediation

Die *Mediation* hat im Verwaltungsverfahren noch wenig Beachtung gefunden[109]. Sie stösst hier auf grundsätzliche Probleme: Einmal bedarf sie der Gleichordnung zwischen Partnern; im öffentlichen Recht besteht jedoch meistens ein Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger. Zum andern funktioniert die Mediation nur bei Freiwilligkeit. Die Behörden müssen das öffentliche Recht von Amtes wegen durchsetzen. Schliesslich kann die Mediation das Legalitätsprinzip nicht verdrängen.

Trotzdem können Mediationsverfahren Anwendung finden, wo der Staat über ausgeprägte Ermessensfelder verfügt. So wäre etwa bei grösseren umweltrelevanten Bauvorhaben (z.B. Deponien, Flughäfen, aber auch bei der Errichtung von Mobilfunkantennen, usw.) ein der Mediation angenähertes Verfahren denkbar, mit dem durch rechtzeitigen Einbezug und bei genügender Information aller Betroffenen eine Konfrontation auf dem Rechtsmittelweg vermieden wird. Ziel eines solchen Verfahrens kann aber nur in engen Grenzen eine einvernehmliche Lösung sein; vielmehr soll Verständnis und Akzeptanz unter allen Beteiligten erzielt werden. Private sind in der Lage, auf diese Weise ihre Interessen optimal einzubringen, und seitens der Behörden, d.h. insbesondere der Projektverantwortlichen, besteht ein Interesse daran, Verzögerungen durch Rechtsmittelverfahren zu vermeiden[110].

Auf die mit der Mediation verbundenen Realisierungsprobleme kann hier nicht eingegangen werden: Wer beauftragt und bezahlt den «Mediator»? Wenn das Gemeinwesen Auftraggeber ist und bezahlt, erscheint fraglich, ob der Mediator wirklich unabhängig wirken kann bzw. von den Betroffenen als unabhängig anerkannt wird. Wie wird eine Ungleichbehandlung vermieden, da sich nicht alle Betroffenen den oft teuren Gang zum Mediator leisten können, während im «normalen» Beschwerdeverfahren der Weg über die unentgeltliche Rechtspflege offen steht? Können alle Betroffenen (und potenziell Rechtsmittellegitimierten) erreicht werden (namentlich, wenn sie nicht in Interessensorganisationen, Quartiervereinen usw. zusammen geschlossen sind)? Was, wenn nicht alle Betroffenen mitmachen? In welche Rechtsform wird das Ergebnis eines Mediationsverfahrens gekleidet?

Kann zum Voraus überhaupt gültig auf Rechtsmittel verzichtet werden? Wenn z.B. ein einziger Anwohner doch Einsprache erhebt, wird der Erfolg eines solchen Mediationsverfahrens (teilweise) zunichte gemacht. Ist ein mediatives Hinwirken der Behörden auf einen Rückzug von Rechtsmitteln zulässig? Wenn das Verfahren schon so weit fortgeschritten ist, dass bereits Rechtsmittel eingereicht wurden, können sich die Parteien durch ein solches Vorgehen unter Druck gesetzt fühlen.

---

107 Zur Mediation vgl. *Peter Krepper*, Unentgeltliche Mediatoren für geldwerte Konfliktlösungen, AJP *2000* 803 ff. 803.; *Thomas Pfisterer*, Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht, ZSR *2002* II, 169 ff.

108 Vgl. z.B. das Schlichtungsverfahren nach Artikel 11 Gleichstellungsgesetz, das einige Kantone auch auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse für anwendbar erklärt haben. Vgl. *Sabine Steiger-Sackmann*, in: Margrit Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 1997, Art. 11, Rz. 12.

109 Auch in Zivilsachen konnte sich die Mediation noch wenig durchsetzen: So wurde der Vorschlag des Bundesrates, der im Rahmen des neuen Scheidungsrechts den Kantonen vorschreiben wollte, Mediationsstellen einzurichten (Art. 151 Entwurf des Bundesrates, BBl *1996* I 214), im Parlament abgelehnt (AB NR *1997* 2730). Vermisst wurden insbesondere ein klares Berufsbild und Ausbildungskonzept für die Mediatoren. Auch bestehe die Gefahr, dass sich die Mediation zum Nachteil der schwächeren Partei, in der Regel der Frauen, auswirken könne (AB NR 1997 2729). Auch ein Pilotversuch zum Einsatz von Mediatoren in hängigen Gerichtsverfahren am Bezirksgericht Zürich hat wenig Interesse hervorgerufen (vgl. NZZ vom 15./16. September 2001, 47 und den Schlussbericht des Bezirksgerichts Zürich unter http://www.bb-nomos.ch/mediation BGZ.pdf, Stand 30. Juni 2003).

110 Weitere Fallbeispiele bei *Pfisterer* (Fn. 107) 280 ff.

IV. Schlussbemerkungen

Das öffentliche Prozessrecht ist zurzeit wie kaum ein anderes Rechtsgebiet in *Bewegung, law in action.* Es nimmt an Umfang und Bedeutung laufend zu. Es wird die *Praxis immer mehr beschäftigen,* auch wenn dies in breiten Juristenkreisen noch kaum erkannt wird. Es entwickelt sich, und dies im Einklang mit der allgemeinen Entwicklung des Rechts, zu einem rechtsquellenübergreifenden Rechtsgebiet.

Die Berührungspunkte mit dem Zivilprozessrecht werden zudem immer enger. Die Frage drängt sich auf, ob sich Wissenschaft und Fakultäten nicht vermehrt, ja überhaupt ein rechtsgebietübergreifendes Prozessrecht pflegen sollten, um vor allem das Gewicht auf Gemeinsamkeiten und Annäherungen der einzelnen Prozessordnungen zu legen, ohne die in den Eigenheiten des materiellen Rechts begründeten Unterschiede und Differenzierungen zu vernachlässigen.