

Expertenkommission für die  
Totalrevision der Bundesrechtspflege

# Schlussbericht

an das

Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

Juni 1997

**Herausgegeben vom Bundesamt für Justiz**

**Vertrieb:** Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale, 3000 Bern  
Art.-Nr.: 407.381 d

## **Inhaltsverzeichnis**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Abkürzungsverzeichnis</b>   | <b>6</b>  |
| <b>1. Auftrag, Zusammensetzung und Arbeitsweise der Kommission</b>   | <b>8</b>  |
| <b>2. Schwachstellen der heutigen Bundesrechtspflege</b>   | <b>9</b>  |
| <b>2.1. Die heutigen Aufgaben des Bundesgerichts</b>   | <b>9</b>  |
| 2.1.1. Einheitliche Anwendung des eidgenössischen Zivil- und Strafrechts   | 9         |
| 2.1.2. Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit  | 10        |
| 2.1.3. Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger gegenüber den Kantonen   | 10        |
| 2.1.4. Beurteilung von Streitigkeiten und Straffällen als einzige Instanz  | 11        |
| 2.1.5. Aufsichts- und Rechtssetzungskompetenzen  | 11        |
| <b>2.2. Die Überlastung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts</b>                                 | <b>11</b> |
| 2.2.1. Ausmass und Auswirkungen der Überlastung  | 11        |
| 2.2.2. Ursachen der Überlastung  | 13        |
| 2.2.2.1. Gründe für die Zunahme der Beschwerden und Klagen   | 13        |
| 2.2.2.2. Leichter Zugang zum Bundesgericht   | 13        |
| 2.2.2.3. Das Bundesgericht als einzige Instanz oder als einziges Gericht im Instanzenzug                                     | 14        |
| <b>2.3. Kompliziertes Rechtsmittelsystem</b>   | <b>15</b> |
| <b>2.4. Überholte Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates und der Bundesversammlung</b>                                      | <b>16</b> |
| <b>2.5. Lücken bei der Normenkontrolle</b>   | <b>17</b> |
| <b>3. Reformziele</b>  | <b>17</b> |
| <b>3.1. Gewährleistung des Rechtsschutzes und der einheitlichen Anwendung des eidgenössischen und internationalen Rechts</b> | <b>17</b> |

|          |   |    |
|----------|---|----|
| 3.2.     | <b>Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht</b>                                   | 18 |
| 4.       | <b>Verhältnis zur Botschaft über eine neue Bundesverfassung</b>   | 19 |
| 4.1.     | <b>Die Bundesgerichtsbarkeit als Gegenstand der Verfassungsreform</b>   | 19 |
| 4.2.     | <b>Die Vorschläge im Rahmen der Justizreform als Arbeitsgrundlage für den Entwurf der Expertenkommission</b>      | 20 |
| 5.       | <b>Die wichtigsten Reformbereiche</b>   | 21 |
| 5.1.     | <b>Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts</b>   | 21 |
| 5.1.1.   | Bundesverwaltungsgericht  | 21 |
| 5.1.2.   | Bundesstrafgericht  | 22 |
| 5.1.3.   | Kantonale Gerichte  | 22 |
| 5.1.4.   | Beschränkung der Direktprozesse   | 23 |
| 5.2.     | <b>Einheitsbeschwerde</b>   | 24 |
| 5.2.1.   | Allgemeines   | 24 |
| 5.2.2.   | Grundzüge der Einheitsbeschwerde  | 25 |
| 5.3.     | <b>Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht</b>   | 29 |
| 5.3.1.   | Notwendigkeit   | 29 |
| 5.3.2.   | Arten von Zugangsbeschränkungen   | 30 |
| 5.3.2.1. | Ausschluss der Beschwerde kombiniert mit Vorlageverfahren   | 30 |
| 5.3.2.2. | Vorprüfungsverfahren  | 31 |
| 5.3.2.3. | Annahme- oder Zulassungsverfahren   | 31 |
| 5.3.2.4. | Streitwerte   | 32 |
| 5.3.3.   | Vorschlag der Expertenkommission  | 33 |
| 5.3.3.1. | Generelles Vorprüfungsverfahren   | 33 |
| 5.3.3.2. | Verworfen Variante: generelles Annahmeverfahren   | 35 |
| 5.3.3.3. | Ausnahmekatalog bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten kombiniert mit einem Vorlageverfahren | 35 |
| 5.3.3.4. | Verzicht auf Streitwertgrenzen  | 36 |
| 5.4.     | <b>Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit</b>  | 37 |
| 5.4.1.   | Das System der Normenkontrolle nach geltendem Recht   | 37 |

|             |   |           |
|-------------|---|-----------|
| 5.4.2.      | Ermöglichung der konkreten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen                            | 38        |
| 5.4.3.      | Gründe für die Erweiterung der Normenkontrolle  | 38        |
| 5.4.4.      | Zur Organisation der künftigen Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen: Konzentriertes System | 40        |
| 5.4.5.      | Verzicht auf weitere Neuerungen im Bereich der Normenkontrolle  | 41        |
| <b>5.5.</b> | <b>Rechtsschutz im Zusammenhang mit eidgenössischen Wahlen, Abstimmungen und Volksinitiativen</b>   | <b>42</b> |
| <b>5.6.</b> | <b>Integration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ins Bundesgericht</b>  | <b>42</b> |
| 5.6.1.      | Stellung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nach geltendem Recht   | 42        |
| 5.6.2.      | Vorschlag der Expertenkommission  | 43        |
| <b>5.7.</b> | <b>Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege des Bundes</b>   | <b>45</b> |
| 5.7.1.      | Neuorganisation der dem Bundesgericht vorgelagerten Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes   | 45        |
| 5.7.2.      | Modellinstanzenzug  | 48        |
| 5.7.2.1.    | Verfügungen eidgenössischer Instanzen   | 48        |
| 5.7.2.2.    | Verfügungen letzter kantonaler Instanzen  | 49        |
| 5.7.3.      | Weitgehender Verzicht auf die Beschwerde an den Bundesrat und an die Bundesversammlung  | 50        |
| <b>5.8.</b> | <b>Reform der Bundesstrafgerichtsbarkeit</b>  | <b>51</b> |
| 5.8.1.      | Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts   | 51        |
| 5.8.2.      | Organisation des Bundesstrafgerichts  | 56        |
| <b>6.</b>   | <b>Verworfenne Massnahmen</b>   | <b>57</b> |
| 6.1.        | <b>Obligatorische Vertretung, zugelassene Anwälte</b>   | <b>57</b> |
| 6.2.        | <b>Generalanwälte</b>   | <b>59</b> |
| <b>7.</b>   | <b>Verfassungsgrundlagen</b>  | <b>60</b> |
| 7.1.        | <b>Die Vorschläge des Bundesrates im Rahmen der Justizreform als Grundlage</b>  | <b>60</b> |

|             |   |           |
|-------------|---|-----------|
| <b>7.2.</b> | <b>Verringerter Handlungsspielraum bei einem allfälligen (partiellen) Ausbleiben der Justizreform</b> | <b>61</b> |
| <b>7.3.</b> | <b>Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen</b>   | <b>64</b> |
| <b>8.</b>   | <b>Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Massnahmen mit dem europäischen Recht</b>                        | <b>64</b> |
| <b>9.</b>   | <b>Erläuterungen zum Gesetzesentwurf</b>  | <b>66</b> |

## Abkürzungsverzeichnis

|       |  |
|-------|--|
| AB    | Amtliches Bulletin der Bundesversammlung   |
| AS    | Amtliche Sammlung des Bundesrechts   |
| BBI   | Bundesblatt  |
| BGE   | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts  |
| BStP  | Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (SR 312.0)                         |
| BV    | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)                   |
| BZP   | Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (SR 273)                             |
| E-BGG | Entwurf vom 18. Juni 1997 für ein Bundesgesetz über das Bundesgericht                              |
| EJPD  | Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement   |
| EMRK  | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)      |
| EntG  | Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (SR 711)  |
| EVD   | Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement  |
| EVG   | Eidgenössisches Versicherungsgericht   |
| GIG   | Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (SR 151)                  |
| IPRG  | Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)                    |
| IRSG  | Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.1)           |
| MSchG | Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsbezeichnungen (SR 232.11) |
| OG    | Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)       |
| PRG   | Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1)                          |
| RPG   | Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (SR 700)                                       |
| RTVG  | Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)                                |
| SchKG | Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)                       |
| SR    | Systematische Sammlung des Bundesrechts  |

|       |   |
|-------|---|
| StGB  | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)              |
| UBI   | Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen                         |
| UWG   | Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)   |
| VE 96 | Verfassungsentwurf 1996 (BBl 1997 I 589 ff.)                                  |
| VPB   | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden  |
| VStrR | Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0)      |
| VwVG  | Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) |
| ZGB   | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)                |



## **1. Auftrag, Zusammensetzung und Arbeitsweise der Kommission**

Mit Verfügung vom 7. Juni 1993 setzte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine Expertenkommission ein zur Vorbereitung einer Totalrevision des Bundesrechtspflegegesetzes (OG). Die Kommission wurde beauftragt zu prüfen, welche Reformen in der Bundesrechtspflege notwendig sind, damit der Rechtsschutz auch auf längere Sicht möglichst einfach, rasch und wirksam gewährt werden kann und die Anforderungen des internationalen Rechts erfüllt werden. Die Prüfung sollte sich auch auf die Verfassungsgrundlagen erstrecken.

Die Kommission hatte sich laut Auftrag namentlich mit folgenden Fragen auseinanderzusetzen:

- Massnahmen zur Entlastung der obersten Gerichte;
- Vereinheitlichung der Rechtsmittel;
- Schaffung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund;
- Regelung der strafrechtlichen Rechtsmittel im OG (statt im Bundes Strafprozess);
- Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit (Änderung von Art. 113 Abs. 3 BV);
- Einführung von Zulassungsbeschränkungen, insbesondere im Rahmen einer erweiterten Verfassungsgerichtsbarkeit;
- Schaffung von Fachgerichtshöfen oder eines Verfassungsgerichts.

In ihrer ursprünglichen Zusammensetzung gehörten der Kommission folgende Mitglieder an:

- Prof. Dr. Heinrich Koller, Direktor des Bundesamtes für Justiz (Präsident);
- Prof. Dr. Walter Kälin, Bern (Vizepräsident);
- Dr. Ulrich Cavelti, Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen;
- Dr. Rolando Forni, Bundesrichter, Lausanne (bis März 1994);
- Prof. Dr. Alfred Kölz, Zürich (bis März 1995);
- Rolf Lüthi, stellvertretender Generalsekretär des Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartementes;
- Prof. Dr. Pierre Moor, Lausanne;
- Dr. Peter Alexander Müller, Bundesrichter, Lausanne (bis Dezember 1996);
- Dr. Niklaus Oberholzer, Rechtsanwalt, St. Gallen (bis März 1995);
- Prof. Dr. Jean-François Poudret, Lausanne;
- Dr. Thomas Probst, Rechtsanwalt, Basel;
- Dr. Rudolf Rüedi, Bundesrichter, Luzern;
- Dr. Katharina Sameli, Rechtsanwältin, Zürich.

Zur Ergänzung der Kommission bestimmte das EJPD am 23. Dezember 1994 vier neue Mitglieder, welche ihre Arbeit nach der Verabschiedung des Zwischenberichtes vom März 1995 aufnahmen:

- Prof. Dr. Heinz Hausheer, Bern;
- Prof. Dr. Fabienne Hohl, Richterin am Kantonsgericht Freiburg;
- Niccolò Raselli, Bundesrichter, Lausanne;
- Dr. Danielle Yersin, Bundesrichterin, Lausanne.

Das Sekretariat der Kommission oblag dem Bundesamt für Justiz.

Die Kommission hielt 31 Plenarsitzungen und einige Sitzungen in Subkommissionen ab. Durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung liess sie Berichte über die Organisation der Rechtspflege in Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Kanada, Österreich, Schweden und den Vereinigten Staaten erstellen. Zudem erteilte sie drei Experten Aufträge für Rechtsgutachten:

- Paul Richli, Professor in Basel: "Rechtsschutz im Bereich des Verfügungsfreien Staatshandelns";
- Pierre-Robert Gilliéron, a. Professor in Lausanne; "Administration de la justice en matière de poursuite pour dettes, de faillite et de concordat";
- Rainer J. Schweizer, Professor in St. Gallen: "Die erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes durch Rekurs- und Schiedskommissionen - aktuelle Situation und Reformbedürfnisse".

Anlässlich ihrer Sitzung vom 20. Juni 1996 hörte die Kommission Herrn Mark E. Villiger, Mitglied der Europäischen Kommission für Menschenrechte, zum Verfahren für die Prüfung der Zulässigkeit von Beschwerden vor dieser Kommission an.

Zudem hörte die Kommission am 2. Mai 1995 eine Vertretung des Bundesgerichts sowie des Eidgenössischen Versicherungsgerichts und am 13. Juni 1995 Mitglieder des Schweizerischen Anwaltsverbandes und der Schweizerischen Richtervereinigung an. Diese Anhörungen lieferten der Kommission wertvolle Bemerkungen und Hinweise zu den im Zwischenbericht enthaltenen Vorschlägen.

## **2. Schwachstellen der heutigen Bundesrechtspflege**

### **2.1. Die heutigen Aufgaben des Bundesgerichts**

Bevor von den eigentlichen Schwachstellen der Bundesrechtspflege die Rede ist, soll ein Überblick über die verschiedenen Aufgaben vermittelt werden, die das Bundesgericht nach geltendem Recht zu erfüllen hat. Die Darstellung beschränkt sich auf die grossen Linien und ist notgedrungen lückenhaft.

#### **2.1.1. Einheitliche Anwendung des eidgenössischen Zivil- und Strafrechts**

Nach Artikel 114 BV bleibt es der Bundesgesetzgebung überlassen, "die Befugnisse festzustellen, welche ihm [dem Bundesgericht] nach Erlassung der im Artikel 64 vorgesehenen eidgenössischen Gesetze behufs einheitlicher Anwendung derselben zu übertragen sind." Obwohl diese Bestimmung nur auf Artikel 64 und nicht auf den später geschaffenen Artikel 64<sup>bis</sup> BV verweist, gilt sie auch für den Bereich des Strafrechts.

Gestützt auf Artikel 114 BV hat der Gesetzgeber im wesentlichen vier Rechtsmittel geschaffen, welche die einheitliche Anwendung des

eidgenössischen Zivil-, Straf- und Schuldbetreibungs- und Konkursrechts sicherstellen sollen: Die Berufung (Art. 43 ff. OG), die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen (Art. 68 ff. OG), den Rekurs an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer (Art. 78 ff. OG) und die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof (Art. 268 ff. BStP). Diese Rechtsmittel richten sich immer gegen Entscheide kantonaler Instanzen. Von den 5571 Geschäften, die das Bundesgericht 1996 erledigte, waren 759 Berufungen, 870 Nichtigkeitsbeschwerden an den Kassationshof, 301 Rekurse in SchKG-Sachen und nur gerade 8 Nichtigkeitsbeschwerden in Zivilsachen.

### **2.1.2. Eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit**

Die in Artikel 114<sup>bis</sup> BV vorgesehene eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinargerichtsbarkeit wurde durch den Gesetzgeber dem Bundesgericht übertragen. Dieses beurteilt nach Artikel 97 ff. OG letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen, die sich auf öffentliches Recht des Bundes (Bundesverwaltungsrecht) stützen. Verwaltungsgerichtsbeschwerden auf dem Gebiet der Sozialversicherung beurteilt das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG), das eine organisatorisch selbständige Abteilung des Bundesgerichts bildet (Art. 122 und 128 OG). Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen nicht nur Verfügungen von Bundesbehörden, sondern auch die Entscheide, welche kantonale Instanzen in Anwendung von Bundesverwaltungsrecht treffen. 1996 wurden vom Bundesgericht 1218 und vom EVG 1632 Verwaltungsgerichtsbeschwerden erledigt.

### **2.1.3. Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger gegenüber den Kantonen**

Nach Artikel 113 Absatz 1 Ziffer 3 BV urteilt das Bundesgericht "über Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger sowie über solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen." Diese Bestimmung steht in engem Zusammenhang mit Artikel 5 BV, wonach der Bund den Kantonen u.a. ihre Verfassungen, die Rechte des Volkes und die verfassungsmässigen Rechte der Bürger gewährleistet.

Zur Durchsetzung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger hat der Gesetzgeber die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 ff. OG) geschaffen. Diese kann ausschliesslich gegen kantonale Hoheitsakte (Verfügungen und Erlasse) erhoben werden. Die staatsrechtliche Beschwerde ist das Rechtsmittel, das beim Bundesgericht am häufigsten eingelegt wird. 1996 machten die staatsrechtlichen Beschwerden mit 2192 Fällen ca. 40 Prozent der insgesamt erledigten Geschäfte aus.

#### **2.1.4. Beurteilung von Streitigkeiten und Straffällen als einzige Instanz**

Über verschiedene zivil- bzw. öffentlichrechtliche Streitigkeiten und Straffälle urteilt das Bundesgericht als erste und einzige Instanz (vgl. im einzelnen Ziff. 2.2.2.3. Bst. e - h). 1996 erledigte das Bundesgericht 28 (direkte) Klagen und einen Straffall.

#### **2.1.5. Aufsichts- und Rechtssetzungskompetenzen**

Neben seiner Hauptfunktion, der Rechtsprechung, hat das Bundesgericht in einzelnen Bereichen auch Aufsichts- und Rechtssetzungsaufgaben wahrzunehmen, namentlich auf dem Gebiet der internen Gerichtsorganisation und der Tarife für die Prozesskosten, im Enteignungsrecht (Art. 63 EntG) sowie im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen (Art. 15 SchKG).

### **2.2. Die Überlastung des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts**

#### **2.2.1. Ausmass und Auswirkungen der Überlastung**

Die Zahl der eingehenden Geschäfte belief sich im Jahr 1996 beim Bundesgericht auf 5615 und beim EVG auf 1866. Innerhalb der letzten zehn Jahre haben die Eingänge beim Bundesgericht um nahezu 30 Prozent zugenommen. Beim EVG war die Geschäftsbelastung in stärkerem Masse von der Wirtschaftslage abhängig als beim Bundesgericht. 1981 verzeichnete das EVG bereits gleich viele Eingänge wie 1994 (1588). Nach einer kontinuierlichen Abnahme der Belastung bis zur Zahl von 1139 Eingängen im Jahr 1990 folgte mit der Rezession in den letzten zwei Jahren von neuem eine starke Zunahme.

Die Zahl der Bundesrichter ist seit 1984 unverändert geblieben. Das Bundesgericht besteht heute aus je 30 Mitgliedern und nebenamtlichen Richtern und das EVG aus je 9.

Dank organisatorischer und prozessualer Verbesserungen sowie einer Vergrösserung des Mitarbeiterbestandes (Gerichtsschreiber und -sekretäre, persönliche Mitarbeiter der Richter, Kanzleipersonal) ist es sowohl dem Bundesgericht als auch dem EVG gelungen, die "Erledigungskapazität" zahlenmässig so weit zu erhöhen, dass 1994 etwa fünf Prozent mehr Fälle erledigt werden konnten, als eingegangen waren. Die Statistik von 1996 zeigt nun aber, dass die Zahl der Eingänge (5615 beim Bundesgericht und 1866 beim EVG) die Zahl der erledigten Geschäfte wieder übersteigt (5571 beim Bundesgericht und 1632 beim EVG). Angesichts des hohen Erledigungsdrucks können die Richter nicht mehr genügend Zeit dafür aufwenden, jeden Einzelfall sorgfältig zu prüfen und dabei stets auch die dem Bundesgericht obliegende Gewährleistung der einheitlichen Anwendung und der Fortbildung des Rechts im Auge zu behalten. Die juristischen Mitarbeiter können den Richtern wohl gewisse Vorbereitungs- und Redaktionsarbeiten abnehmen, nicht aber die Verantwortung für die Urteile. Beim Bundesgericht verfasst jeder Richter

jährlich im Durchschnitt etwa 80 Referate und eine bestimmte Menge von Koreferaten. Dazu kommt die nur schwer quantifizierbare Zeit, welche er für die Instruktion der Beschwerden aufbringen muss. Zudem zwingt ihn die heutige Geschäftslast, im Zeitraum eines Jahres (ca. 230 Arbeitstage) an durchschnittlich 500 Fällen mitzuwirken, mit denen er sich in der Regel mindestens zweimal - beim Entscheid und bei der Begründung - eingehend befassen muss. Dass die Sorgfalt (oder die Speditivität) der Entscheidungsfindung und damit auch der gute Ruf des Gerichts unter solchen Bedingungen gefährdet sind, leuchtet ein. In der Lehre und auch in der Presse wurde in letzter Zeit wiederholt auf Ungereimtheiten in bundesgerichtlichen Urteilen hingewiesen, die kaum anders als mit dem grossen Zeitdruck erklärt werden können. Ein deutliches Indiz für die zu starke Dominanz des quantitativen Erledigungszwangs ist ferner die Tatsache, dass von den Fällen, die nicht bereits durch den Abteilungspräsidenten erledigt werden können, ein überaus grosser Teil im vereinfachten Verfahren (Art. 36a OG) oder im Zirkulationsverfahren (Art. 36b OG) behandelt wird. Der Anteil dieser Fälle betrug 1996 beim Bundesgericht gut 97 Prozent und beim EVG mehr als 99 Prozent. Es ist nicht anzunehmen, dass die vom Gesetz für diese Verfahren geforderte Einstimmigkeit unter den beteiligten Richtern so häufig gerade schon im ersten Anlauf gegeben ist. Dem Sinn des Gesetzes und der Aufgabe des Bundesgerichts dürfte es aber kaum entsprechen, wenn die Einstimmigkeit durch Gespräche hinter den Kulissen statt durch öffentliche Beratungen nach Artikel 17 OG herbeigeführt wird. Zudem schafft der Zeitdruck die Gefahr, dass der Referent ein Übergewicht erlangt, das ihn faktisch in die Nähe des Einzelrichters rückt.

Die Expertenkommission beurteilt die Situation grundsätzlich gleich wie das Bundesgericht in seiner Stellungnahme vom 27. Januar 1995 zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats. In dieser Stellungnahme, die auf einer Konsultation des Gesamtgerichts beruht, schreibt das Bundesgericht, die heutige Geschäftszahl sei für das höchste Gericht des Landes, das von Verfassungs wegen nicht nur Einzelfälle zu erledigen, sondern auch die einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten und das Recht fortzubilden habe, zu gross. Die Belastung des Gerichts sei nicht isoliert am jährlichen Geschäftsüberhang, sondern in erster Linie am zeitlichen Bewältigungsdruck zu messen, wie er sich aus der jährlichen Erledigungsstatistik ergebe. In seinen Geschäftsberichten hat das Bundesgericht in den letzten Jahren wiederholt auf diese problematische Situation und die Notwendigkeit einer Justizreform hingewiesen.

Mit der OG-Teilrevision von 1991 sind gewisse Entlastungsmassnahmen getroffen worden; so der Ausbau der richterlichen Vorinstanzen, die Verallgemeinerung der Dreierbesetzung für Entscheidungen sowie die Einführung des Zirkulationsverfahrens. Die Auswirkungen dieser Revision sind noch nicht bis ins letzte bekannt, weil die neuen Bestimmungen erst auf Anfang 1994 vollständig in Kraft getreten sind und den Kantonen für die Einsetzung kantonaler Gerichtsinstanzen im Bereich des Bundesverwaltungsrechts eine Übergangsfrist bis zum 15. Februar 1997 eingeräumt wurde. Trotz den 1991 beschlossenen Massnahmen ist eine fundamentale Reform nicht zu umgehen. Nach dem negativen Ausgang der Referendumsabstimmung vom April 1990 ging es 1991 nämlich nur noch darum, wenigstens die unbestrittenen Teile der

bundesrätlichen Vorlage aus dem Jahre 1985 zu realisieren. Eine zweite, breiter anzulegende Reformetappe wurde aber schon damals vom Bundesrat wie vom Parlament in Aussicht genommen (vgl. BBl 1991 II 472 ff.).

Die Überlastung des Bundesgerichts und des EVG ist spätestens seit den achtziger Jahren zum Dauerproblem geworden. Sie beeinträchtigt heute sowohl den Rechtsschutz im Einzelfall (Verzögerungen, Gefahr der weniger sorgfältigen Prüfung) als auch die höchstrichterlichen Aufgaben im Bereich der Wahrung der einheitlichen Rechtsanwendung und der Fortbildung des Rechts. Ohne wesentliche Änderungen an der Struktur der Bundesrechtspflege lassen sich diese Überlastung und ihre negativen Folgen nicht beseitigen.

## **2.2.2. Ursachen der Überlastung**

### **2.2.2.1. Gründe für die Zunahme der Beschwerden und Klagen**

Die Zahl der beim Bundesgericht (und beim EVG) anhängig gemachten Streitigkeiten ist in den vergangenen 30 Jahren ständig gestiegen. Dafür gibt es verschiedene Ursachen. Zum einen nahmen der Umfang, die Technizität und die Komplexität der Gesetze und Verordnungen zu, indem neue Lebens- und Wirtschaftsbereiche einer rechtlichen Regelung unterworfen oder bestehende Normen dem technischen Fortschritt angepasst wurden. Die Ausweitung der Bundesgesetzgebung führt immer auch zu einer Erweiterung der Kontrolle durch das Bundesgericht, da jedes neue Gesetz auch neue Beschwerdemöglichkeiten schafft. Zum andern ist der Bürger heute weniger als früher bereit, behördliche Anordnungen kritiklos hinzunehmen. Dazu kommt, dass aufgrund der konjunkturellen Situation vor allem in den Bereichen Invaliden- und Arbeitslosenversicherung erheblich mehr Beschwerden geführt werden. Schliesslich tragen auch vermehrte internationale Verflechtungen in den Rechtsbeziehungen und die weite Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen dazu bei, dass die Belastung der Gerichte zunimmt.

### **2.2.2.2. Leichter Zugang zum Bundesgericht**

Eine Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht existiert bei den vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten. Diese können unterhalb der - seit 1960 unveränderten - Streitwertgrenze von 8000 Franken grundsätzlich weder mit Klage (Art. 41 lit. b, Art. 42 OG) noch mit Berufung (Art. 46 OG) vor das Bundesgericht gebracht werden. Je nach Beschwerdegrund kann aber in solchen Fällen die Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 68 OG) oder die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 OG) zulässig sein.

Im Bereich des Bundesverwaltungsrechts wird der Zugang zum Bundesgericht durch die Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 99 - 102, 129 OG) teilweise eingeschränkt.

Soweit keine der erwähnten Beschränkungen zutrifft, hängt die Zulässigkeit eines beim Bundesgericht eingelegten Rechtsmittels lediglich von gewöhnlichen Prozessvoraussetzungen ab (insb. funktionelle Zuständigkeit, Legitimation, Frist, Form). Ob einem Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung

zukommt - z.B. weil sich das Urteil indirekt auf viele Rechtsunterworfenen auswirken wird - oder ob es sich um einen reinen Routinefall handelt, spielt keine Rolle.

Obwohl mit der staatsrechtlichen Beschwerde nicht jede Rüge, sondern grundsätzlich nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht werden kann, wird von diesem Rechtsmittel heute auch in den Bereichen des materiellen Zivil- und Strafrechts und des entsprechenden Prozessrechts sehr häufig Gebrauch gemacht. Immer wieder wird versucht, unter Berufung auf willkürliche Beweiswürdigung oder Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 4 BV) die Streitsache doch noch vor Bundesgericht zu bringen. So kommt es, dass von den beiden Zivilabteilungen des Bundesgerichts bedeutend mehr staatsrechtliche Beschwerden als Berufungen erledigt werden. Zur Erhöhung der Zahl staatsrechtlicher Beschwerden hat das Bundesgericht zudem durch seine Rechtsprechung selber beigetragen, indem es die Möglichkeiten, dieses Rechtsmittel zu ergreifen, ausweitete.

Der Zugang zum EVG wird durch zwei Sondervorschriften noch erleichtert: Nach Artikel 132 OG unterliegt die Kognition des EVG im Beschwerdeverfahren über die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen keiner Beschränkung (Überprüfung von Sachverhalts- Rechts- und Ermessensfragen). Solche Verfahren sind zudem gemäss Artikel 134 OG für die Parteien in der Regel kostenlos. Von diesen beiden Sondervorschriften "profitieren" etwa drei Viertel der beim EVG eingereichten Beschwerden.

### **2.2.2.3. Das Bundesgericht als einzige Instanz oder als einziges Gericht im Instanzenzug**

In zahlreichen Fällen ist das Bundesgericht - auch nach der OG-Revision von 1991 - die erste *gerichtliche* Instanz, die über einen Streit entscheidet. Die betreffenden Verfahren sind für das Bundesgericht aufwendiger als die Verfahren, in denen nur die Rechtmässigkeit eines gerichtlichen Urteils überprüft werden muss. Als erste Gerichtsstanz entscheidet das Bundesgericht über:

- a. staatsrechtliche Beschwerden, soweit nach kantonalem Recht kein Rechtsmittel an ein Gericht zulässig ist (im Bereich des kantonalen Staats- und Verwaltungsrechts noch ziemlich verbreitet);
- b. Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Entscheide von *Verwaltungsbehörden* des Bundes (die eidgenössischen Rekurskommissionen decken zahlenmässig nur ungefähr die Hälfte der beim Bundesgericht anfechtbaren Entscheide von Bundesbehörden ab);
- c. Berufungen und zivil- oder strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerden gegen Entscheide von kantonalen Verwaltungsbehörden (Art. 48 Abs. 1 und Art. 68 OG verlangen keine gerichtliche Vorinstanz; zum Strafrecht vgl. Art. 268 Ziff. 3 BStP, Art. 345 Ziff. 1 StGB);
- d. Rekurse an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer (Art. 78 ff. OG), soweit die Kantone als Aufsichtsbehörde keine richterliche Behörde eingesetzt haben;
- e. direkte Prozesse nach Artikel 41 und 42 OG;

- f. staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Klagen (Art. 83, 116 und 130 OG);
- g. kantonale verwaltungsrechtliche Streitigkeiten, die nach Artikel 114<sup>bis</sup> Absatz 4 BV dem Bundesgericht zugewiesen worden sind (Art. 121 OG);
- h. Straffälle, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen (Art. 340 und 341 StGB), sofern keine Übertragung an einen Kanton erfolgt (Art. 18 BStP), sowie Verwaltungsstrafsachen nach Artikel 21 Absatz 3 VStrR;
- i. Beschwerden an die Anklagekammer gegen strafprozessuale Amtshandlungen und Zwangsmassnahmen, die vom Bundesanwalt, vom Untersuchungsrichter oder von Verwaltungsbehörden des Bundes angeordnet oder bestätigt worden sind (Art. 102<sup>ter</sup>, 105<sup>bis</sup> Abs. 2 und Art. 214 ff. BStP, Art. 26, 27 VStrR), sowie gegen Einstellungsbeschlüsse des Bundesanwalts (Art. 106 Abs. 1<sup>bis</sup> BStP);
- k. weitere Fälle, die in die Kompetenz der Anklagekammer fallen (z.B. Art. 51 Abs. 2, 66 ff., 72, 110, 252 Abs. 3, 264 BStP, Art. 357 StGB, Art. 48 IRSG).

### **2.3. Kompliziertes Rechtsmittelsystem**

Die Bundesrechtspflege (inkl. BStP, VStrR, VwVG) kennt eine Vielzahl von verschiedenen Rechtsmitteln und Klagen, die manchmal nur schwer voneinander abzugrenzen sind. Selbst innerhalb des gleichen Rechtsmittels bestehen zuweilen unterschiedliche Regelungen, etwa hinsichtlich der Kognition oder der Erschöpfung des Instanzenzuges. Dies hat zur Folge, dass sowohl das Bundesgericht als auch die Prozessbeteiligten verhältnismässig viel Zeit für die Behandlung formeller Fragen aufwenden müssen. Der Anteil der vom Bundesgericht unzulässig erklärten Rechtsmittel ist recht hoch. 1996 endeten 25,4 Prozent der Verfahren (1424 Fälle) mit einem Nichteintretensentscheid; bei den staatsrechtlichen Beschwerden machte dieser Anteil sogar fast ein Drittel aus. Demgegenüber verzeichnete das EVG, das praktisch nur mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufen werden kann, im gleichen Jahr lediglich 13,5 Prozent Nichteintretensentscheide.

Im heutigen Rechtsmittelsystem ist es oft notwendig, gegen einen Entscheid je nach Rüge das eine oder andere oder auch zwei Rechtsmittel einzulegen. Es kann sogar vorkommen, dass der sorgfältige Anwalt eine praktisch identische Rüge mit zwei verschiedenen Rechtsmitteln geltend machen muss, obwohl nur eines der beiden Rechtsmittel zulässig sein kann. Dies hat zur Folge, dass der Beschwerdeführer auf jeden Fall in einem Verfahren die Kosten trägt, selbst wenn er den Rechtsstreit in der Sache gewinnt.

Im Vordergrund stehen folgende Probleme:

Abgrenzung der Berufung und der Nichtigkeitsbeschwerde nach Artikel 268 BStP von der staatsrechtlichen Beschwerde;

Abgrenzung der staatsrechtlichen Beschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde untereinander (namentlich wegen der



zunehmenden Verflechtung von eidgenössischem und kantonalem Recht) und gegenüber der Beschwerde an den Bundesrat.

## 2.4. Überholte Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates und der Bundesversammlung

Nach geltendem Recht verfügt der Bundesrat über nicht unbedeutende Restzuständigkeiten in der Verwaltungsrechtspflege (Art. 72 ff. VwVG) und einige wenige Kompetenzen in der Staatsrechtspflege (Art. 73 Abs. 1 lit. a und b VwVG, Art. 81 PRG). Entscheide des Bundesrates über staatsrechtliche Streitigkeiten nach Artikel 73 Absatz 1 Buchstaben a und b VwVG können an die Bundesversammlung weitergezogen werden (Art. 79 VwVG). Mehrere Gründe lassen die Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates heute als *problematisch* erscheinen:

Sie *komplizieren* das System der öffentlichen Rechtspflege des Bundes. Denn die Zuständigkeitsbereiche des Bundesrates und des Bundesgerichts sind getrennt, so dass der Rechtsweg entweder beim Bundesgericht (oder einer endgültig entscheidenden Vorinstanz) oder beim Bundesrat (bzw. der Bundesversammlung) endet. Dabei ist die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Bundesgericht und Bundesrat recht unübersichtlich geregelt (mit Ausnahmen und Gegenausnahmen). Der Ausscheidung der Sachzuständigkeiten des Bundesgerichts und des Bundesrates, welche aufgrund der prinzipiellen Subsidiarität der Beschwerde an den Bundesrat vom Ausnahmekatalog der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 99 - 101 OG) auszugehen hat, liegt kein einheitlicher Systemgedanke zugrunde. Nicht selten muss ein Meinungs austausch über die Zuständigkeitsfrage durchgeführt werden. Mitunter kann in derselben Streitsache (vor allem in staatsrechtlichen Streitigkeiten betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte) für einzelne Rügen das Bundesgericht, für andere der Bundesrat zuständig sein, welches Problem bisher auf dem Weg der Kompetenzattraktion gelöst werden muss. Wenn für die Verwirklichung eines Projekts verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, kann durch die Gabelung des Rechtsweges der Grundsatz der materiell und verfahrensmässig koordinierten Rechtsanwendung (vgl. z.B. BGE 118 Ib 399 f.) in Frage gestellt sein.

Der Bundesrat wird *mit Nichtregierungsaufgaben belastet* und büsst damit Zeit und Kraft für seine eigentlichen Funktionen ein. Die Belastung mit Rechtspflegeaufgaben ist nicht unerheblich: Durchschnittlich hat der Bundesrat über ungefähr 75 Beschwerden pro Jahr zu entscheiden.

Als politische Behörde kann der Bundesrat bei der Beurteilung von Beschwerden geneigt sein, *politischen Erwägungen stärkeres Gewicht* beizumessen als den rechtlichen Überlegungen.

Aufgrund der *Praxis der Strassburger Organe zu den "civil rights"* im Sinne von Artikel 6 Ziffer 1 EMRK erhält diese Bestimmung zunehmend Geltung für die Verwaltungsrechtspflege, womit die dort genannten Garantien, insbesondere der gerichtliche Rechtsschutz, gewährleistet sein müssen. Der

Bundesrat genügt den Anforderungen der EMRK an ein unabhängiges Gericht aber nicht.

Die meisten der bestehenden Zuständigkeiten des Bundesrates in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege *entbehren der inneren Rechtfertigung* und können heute nur noch historisch erklärt werden. Dies gilt nicht für Streitigkeiten, in denen rein politische Fragen zu entscheiden sind, die einer Rechtskontrolle nicht zugänglich sind (z.B. auswärtige Angelegenheiten). In den übrigen Bereichen aber ist eine rechtliche Beurteilung durch ein Gericht durchaus möglich. Wo das materielle Recht der Verwaltung einen Ermessensspielraum einräumt, ist immerhin die Einhaltung der rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung richterlich überprüfbar. Innerhalb dieser Grenzen greift das Bundesgericht jedoch nicht in die Ermessensausübung der Verwaltung ein (Art. 104 OG).

## **2.5. Lücken bei der Normenkontrolle**

Artikel 113 Absatz 3 BV schränkt die Normenkontrolle in dem Sinne ein, als die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend sind.

Die Bundesversammlung ist ein durch die Bundesverfassung geschaffenes Organ und als solches in ihrer gesamten Tätigkeit an diese gebunden. Falls sich jedoch in einem konkreten Anwendungsfall herausstellt, dass ein von der Bundesversammlung erlassenes Gesetz nicht oder nicht mehr der Verfassung entspricht, so kann das Bundesgericht dem Vorrang des Verfassungsrechts nicht zum Durchbruch verhelfen. Das gleiche gilt, wenn die Genehmigung eines Staatsvertrags nicht mit der Verfassung im Einklang steht. Diese Lücke bei der Normenkontrolle, die nur die eidgenössischen, nicht aber die kantonalen Gesetze betrifft, schwächt die Stellung der Bundesverfassung. Wer der Meinung ist, ein Bundesgesetz verstosse gegen ein Grundrecht, muss sich heute auf die EMRK berufen. Obwohl Artikel 113 Absatz 3 BV nicht sagt, wie zu entscheiden ist, wenn ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss einem Staatsvertrag widerspricht, kommt der EMRK kraft Völkerrecht Vorrang zu (BGE 117 Ib 370 ff.).

## **3. Reformziele**

### **3.1. Gewährleistung des Rechtsschutzes und der einheitlichen Anwendung des eidgenössischen und internationalen Rechts**

Die Bundesrechtspflege in ihrer Gesamtheit hat zusammen mit den kantonalen Rechtspflegesystemen sicherzustellen, dass in allen Rechtsbereichen ein wirksamer Rechtsschutz gewährt wird. Strafurteile sowie Entscheidungen, die

nicht von einer richterlichen Instanz getroffen worden sind, müssen grundsätzlich bei einem unabhängigen Gericht anfechtbar sein. Das Rechtsmittelsystem soll möglichst einfach und übersichtlich sein, und die Verfahren sollen innert angemessener Frist abgeschlossen werden können.

Die Organe der Bundesrechtspflege sind verantwortlich für den Rechtsschutz im Bereich der gesetzlichen Erlasse, welche von Bundesbehörden vollzogen werden. Ferner obliegt ihnen - und insbesondere dem Bundesgericht - die Aufgabe, die einheitliche Anwendung des Bundesrechts und des internationalen Rechts durch die eidgenössischen und kantonalen Instanzen zu gewährleisten.

### **3.2. Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht**

Das Bundesgericht hat kraft seiner Stellung als oberstes Gericht einige besondere Aufgaben zu erfüllen, die anderen Gerichten nicht oder nicht im gleichen Ausmass zukommen. Dazu gehören die Gewährleistung der einheitlichen Rechtsanwendung, die richterliche Fortbildung des Rechts und die Garantie der verfassungsmässigen Rechte. Diese Aufgaben kann das Bundesgericht nicht sachgerecht erfüllen, wenn es - wie heute - überlastet ist (vgl. Ziff. 2.2.1.).

Um die Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht sicherzustellen, muss daher die Überlastung beseitigt werden. Ein oberstes Gericht darf auch nicht zu gross sein, weil sonst die einheitliche Rechtsanwendung ebenfalls in Frage gestellt ist. Die Kommission lehnt deshalb eine *dauernde* Erhöhung der Zahl der Bundesrichter über den heutigen Bestand hinaus mit klarer Mehrheit ab und tritt für Massnahmen ein, die zu einer Reduktion der Geschäftslast am Bundesgericht führen.

Die Entlastung des Bundesgerichts hat dort anzusetzen, wo dieses heute individuelle Streitigkeiten entscheidet, die keinerlei Bezug zu den Aufgaben eines obersten Gerichts aufweisen. Solche Streitigkeiten kann ein unteres Gericht ebensogut entscheiden. Der Zugang zum Bundesgericht muss aber offen sein, wenn Grundsatzfragen zu klären sind oder wenn die Rechtseinheit berührt wird. Wer überzeugt ist, dass ein für ihn ungünstiges Urteil eines unteren Gerichts mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts übereinstimmt, wird weniger das Bedürfnis nach einer Anfechtung haben als jemand, der einen Widerspruch zur bundesgerichtlichen Praxis oder das Fehlen einer solchen zu erkennen glaubt.

Wenn sich das Bundesgericht genügend Zeit nehmen kann, um eine einheitliche Praxis in Fragen der Anwendung des eidgenössischen und internationalen Rechts zu entwickeln und durchzusetzen, so trägt es mit seiner Rechtsprechung zur Festigung der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzsystems insgesamt bei, was letztlich allen Rechtsunterworfenen dient. Die Qualität des Rechtsschutzes darf ohnehin nicht einseitig an der Zahl der Rechtsmittelinstanzen gemessen werden; ein zu langer Instanzenzug führt wegen der langen Verfahrensdauer und der hohen Kosten sogar zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes.

In bezug auf die Bestimmung der Art und des Umfangs der Streitigkeiten, die vom Bundesgericht nicht mehr materiell geprüft werden sollen, hat sich die Expertenkommission nach reiflicher Überlegung für eine Kompromisslösung entschieden: das Vorprüfungsverfahren (vgl. Ziff. 5.3.3.).

## **4. Verhältnis zur Botschaft über eine neue Bundesverfassung**

### **4.1. Die Bundesgerichtsbarkeit als Gegenstand der Verfassungsreform**

Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung, die der Bundesrat am 20. November 1996 verabschiedet hat (BBI 1997 I 1 ff.), umfasst drei Vorlagen, nämlich

- den Entwurf für einen Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung (Vorlage A),
- den Entwurf für einen Bundesbeschluss über die Reform der Volksrechte (Vorlage B) und
- den Entwurf für einen Bundesbeschluss über die Reform der Justiz (Vorlage C).

Die vorberatenden Spezialkommissionen des National- und des Ständerates haben Ende Januar 1997 ihre Arbeiten an der Verfassungsreform aufgenommen. Die Kommissionsberatungen sollen noch in diesem Jahr abgeschlossen werden. Die Behandlung in den Räten und die Beschlussfassung sind für das Jahr 1998 vorgesehen. Anschliessend werden sich Volk und Stände äussern können (obligatorisches Referendum).

Die *Bundesgerichtsbarkeit* ist in allen drei Vorlagen zur Verfassungsreform angesprochen. Während sich die Vorlage A (Art. 176 ff. VE 96) auf die Nachführung des heute geltenden Rechtszustandes, d.h. der Artikel 106 - 114<sup>bis</sup> BV beschränkt, sieht die Vorlage B eine punktuelle Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bereich der Volksinitiative vor (Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Ungültigerklärung eidgenössischer Volksinitiativen, Art. 177a VE 96). Die Vorlage C schliesslich, die aus der Sicht der Reform der Bundesrechtspflege im Mittelpunkt steht, umfasst die Vorschläge des Bundesrates für eine verfassungsrechtliche Neuordnung der Dritten Gewalt.

Die Justizreform gemäss Vorlage C stützt sich auf Vorarbeiten einer vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Kommission unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Walter Kälin, die sich im wesentlichen aus Mitgliedern der Expertenkommission für die Totalrevision der Bundesrechtspflege zusammensetzte (BBI 1997 I 488). Wie aus den Ausführungen des Bundesrates in seiner Botschaft über eine neue Bundesverfassung hervorgeht (BBI 1997 I 494 ff.), verfolgt die Justizreform gemäss Vorlage C Ziele, die mit den Zielsetzungen der Totalrevision der

Bundesrechtspflege (vgl. Ziff. 3) durchweg in Einklang stehen. Im Zentrum der Justizreform steht das Anliegen, dass das Bundesgericht seine spezifischen Aufgaben als oberstes Gericht wieder optimal erfüllen kann. Zudem soll der Rechtsschutz in allen Bereichen sichergestellt werden.

Die inhaltlichen Grundpfeiler der Justizreform sind dementsprechend:

- die Stärkung der Stellung des Bundesgerichts als oberstes Gericht;
- der Ausbau der richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts: durch Schaffung eines organisatorisch selbständigen, erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts, durch Bestellung weiterer richterlicher Behörden des Bundes sowie dadurch, dass die Kantone in allgemeiner Weise verpflichtet werden, für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen richterliche Behörden zu bestellen;
- die Schaffung einer Verfassungsgrundlage für Zugangsbeschränkungen zum Bundesgericht (wobei die Methode nicht im einzelnen präjudiziert wird) und, als Kompensation dazu, die Verankerung einer – allerdings nicht absolut geltenden – Rechtsweggarantie;
- die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen (in der Form der konkreten Normenkontrolle, die ausschliesslich dem Bundesgericht zusteht);
- ein Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes im Bereich der politischen Rechte des Bundes;
- die explizite Verankerung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit und des Grundsatzes der Selbstverwaltung;
- die Vereinheitlichung des Zivil- und des Strafprozessrechts.

*Ersatzlos gestrichen* werden sollen im Rahmen der Justizreform folgende Bestimmungen der geltenden Bundesverfassung:

- Artikel 106 Absatz 2 und 112 BV (Verzicht auf die Bundesassisen);
- Artikel 110 Absatz 1 Ziffern 2 und 4 sowie 111 BV (Abschaffung gewisser zivilrechtlicher Direktprozesse vor dem Bundesgericht);
- Artikel 114<sup>bis</sup> Absatz 4 BV (Verzicht auf Direktprozesse vor dem Bundesgericht betreffend Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht).

#### **4.2. Die Vorschläge im Rahmen der Justizreform als Arbeitsgrundlage für den Entwurf der Expertenkommission**

Der Entwurf der Expertenkommission ist auf die Vorschläge des Bundesrates im Rahmen der Verfassungsreform abgestimmt. Es besteht zwischen den beiden Reformvorhaben ein Verhältnis der *Ergänzung*: Die verfassungsrechtliche Neuordnung der Justiz bedarf der Umsetzung auf Gesetzesstufe; dieser Umsetzung dient der vorliegende Entwurf der Expertenkommission. Die hier vorgeschlagene Revision der

Bundesrechtspflege bedarf neuer verfassungsrechtlicher Grundlagen; diese werden mit der im Rahmen der Verfassungsreform vorgesehenen Justizreform bereit gestellt.

Der Entwurf der Expertenkommission geht von der Annahme aus, dass die Reformvorlage C geltendes Recht wird. Im Entwurf werden mit anderen Worten Möglichkeiten ausgeschöpft, die das geltende Verfassungsrecht nicht kennt. Dies gilt namentlich für den *Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit* (Normenkontrolle gegenüber dem Bundesgesetzgeber, Art. 89 E-BGG) und für die *Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht* (Art. 77, Art. 94 ff. E-BGG), aber auch etwa für die Abschaffung gewisser in Artikel 110 und 111 BV vorgesehener zivilrechtlicher Direktprozesse oder für den Verzicht auf die Bundesassisen (Art. 112 BV). Sollten die in der Vorlage C vorgeschlagenen neuen Verfassungsgrundlagen weder im Rahmen der laufenden Verfassungsreform noch in Form einer Partialrevision der geltenden Bundesverfassung angenommen werden, so müsste der hier unterbreitete Gesetzesentwurf einschneidend geändert werden (vgl. dazu hinten Ziff. 7.2.).

## **5. Die wichtigsten Reformbereiche**

### **5.1. Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts**

Das Bundesgericht soll grundsätzlich nicht mehr als erste *gerichtliche* Instanz entscheiden; denn die Feststellung und die volle Überprüfung des Sachverhalts ist nicht seine Aufgabe. Die Ausnahmen sind auf wenige Sonderfälle zu beschränken. Dies bedingt den Ausbau bestehender oder die Schaffung neuer gerichtlicher Vorinstanzen des Bundesgerichts.

#### **5.1.1. Bundesverwaltungsgericht**

Der Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts ist vor allem für die Bundesverwaltungsrechtspflege von Bedeutung.

Die Departemente, autonomen Anstalten und nicht richterlichen Kommissionen des Bundes treffen zur Zeit etwa 3000 Verfügungen pro Jahr, die nicht bei einer eidgenössischen Rekurskommission anfechtbar sind. Wichtige Bereiche, in denen keine Rekurskommission besteht, sind zum Beispiel die Fremdenpolizei, der Strassenverkehr, die Plangenehmigungen für Infrastrukturanlagen und ein grosser Teil der Bundessubventionen. Soweit kein Ausnahmetatbestand nach Artikel 99 - 102 oder 129 OG gegeben ist, sind diese Verfügungen direkt beim Bundesgericht anfechtbar (Art. 98 Bst. a - d, f und h OG).

Künftig soll es nicht mehr möglich sein, gegen Verfügungen von Verwaltungsbehörden direkt beim Bundesgericht zu rekurrieren: der Beschwerdeweg soll in allen Fällen nur noch über eine richterliche Beschwerdeinstanz ans Bundesgericht führen. Dies darf jedoch nicht zu einem

Ausbau der ca. 27 Rekurskommissionen führen, welche das geltende Recht vorsieht. Angestrebt wird vielmehr eine bessere Koordination der Verwaltungsrechtsprechung jener Behörden, welche als Vorinstanz des Bundesgerichts entscheiden. Aus diesem Grunde empfiehlt die Expertenkommission die Einführung eines einzigen Bundesverwaltungsgerichts (Ziffer 5.7.).

### **5.1.2. Bundesstrafgericht**

Eines der grundsätzlichen Reformanliegen der Totalrevision der Bundesrechtspflege besteht auch auf dem Gebiet des Strafrechts darin, dass sich das Bundesgericht auf die Überprüfung der Rechtmässigkeit vorinstanzlicher Urteile beschränken kann; von erstinstanzlichen Verfahren soll es entlastet werden. Da es heute in Strafsachen, welche der Bundesgerichtsbarkeit unterliegen, keine dem Bundesgericht vorgelagerte, bundeseigene richterliche Instanz gibt, wird die erstinstanzliche Strafgerichtsbarkeit des Bundes unmittelbar vom Bundesgericht ausgeübt.

Die Zahl der Strafprozesse, die das Bundesgericht als erste Instanz durchführt, ist an sich sehr gering. Die Bundesassisen haben seit 1933 nicht mehr getagt, und das Bundesstrafgericht beurteilte in den letzten zwölf Jahren nur sechs Fälle. Dies lässt sich insbesondere durch die grosszügige Praxis zur einzelfallweisen Übertragung der Bundesstrafgerichtsbarkeit an die Kantone (Art. 18 BStP) erklären. Die wenigen Fälle, die vor das Bundesstrafgericht gelangen, verursachen aber einen unverhältnismässigen Aufwand, weil die Bundesrichter in den vom Unmittelbarkeitsprinzip beherrschten erstinstanzlichen Hauptverhandlungen nicht (mehr) über eine tägliche Routine verfügen und weil die betreffenden Prozesse meistens auch noch im Brennpunkt des öffentlichen Interesses stehen. Eine weitere Belastung wird sich dann ergeben, wenn die Bundesstrafrechtspflege erweitert wird, so insbesondere auf das Gebiet des organisierten Verbrechens und der Wirtschaftskriminalität.

Der VE 96 Justizreform sieht die Aufhebung der Bundesassisen vor. Damit wird der Weg für weitere Reformen bereitet. Die Aufgaben des Bundesgerichtes, welche es heute als erstinstanzliches Strafgericht wahrnimmt, sollen wie jene der Bundesassisen einem selbständigen Bundesstrafgericht übertragen werden. Dieses neue Bundesstrafgericht könnte auch, wie dies Artikel 179 Absatz 1 zweiter Satz VE 96 Justizreform ermöglicht, neben diesen Zuständigkeiten erster Instanz, weitere richterliche Funktionen übernehmen, wie jene, welche die gegenwärtige Anklagekammer des Bundesgerichtes in erster Instanz oder auf Beschwerde hin wahrnimmt (Ziffer 5.8.).

### **5.1.3. Kantonale Gerichte**

Wird mit dem Prinzip ernst gemacht, wonach es in erster Linie Sache der unteren Gerichtsinstanzen ist, den Rechtsschutz der Bürger zu gewährleisten (vgl. Ziff. 3.2.), muss überall der Zugang zu einer solchen Instanz offenstehen, einschliesslich in Streitigkeiten, welche in die Kompetenz der Kantone fallen.

Was die Anwendung von Bundesverwaltungsrecht anbelangt, wurde mit der Einführung von Artikel 98a OG im Jahre 1991 bereits ein wichtiger Schritt in diese Richtung gemacht. Aufgrund dieser Bestimmung mussten die Kantone bis zum 15. Februar 1997 für alle Fälle, die unmittelbar mit Verwaltungsgerichtsbeschwerden an das Bundesgericht weitergezogen werden können, richterliche Behörden als letzte kantonale Instanzen einsetzen. Daneben verbleiben aber immer noch Bereiche, in denen das Bundesgericht als erste und einzige gerichtliche Instanz entscheiden muss (vgl. Ziff. 2.2.2.3.).

Dies ist zunächst und vor allem im ganzen Bereich des kantonalen öffentlichen Rechts der Fall. Es sind zum grossen Teil die Lücken in der kantonalen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, welche den Zustrom staatsrechtlicher Beschwerden verursachen und damit hauptsächlich zur Überlastung des Bundesgerichts beitragen. Es ist deshalb anzustreben, dass jeder Kanton mindestens die Kontrolle der Anwendung des kantonalen Verwaltungsrechts einer richterlichen Behörde anvertraut. Es ist inskünftig nicht mehr möglich, lediglich an den guten Willen der Kantone zu appellieren, wie in den Botschaften von 1985 (BBI 1985 II 814) und 1991 (BBI 1991 II 482). Die Expertenkommission ist der Auffassung, dass den Kantonen nunmehr vorzuschreiben ist, eine Verwaltungsgerichtsbarkeit mit genereller Zuständigkeit und umfassender Kognition einzurichten (Art. 78 ff., 103 und 104 E-BGG; Art. 25a, 178a Abs. 1 und 179a VE 96 Justizreform). In bestimmten Fällen soll es jedoch dem kantonalen Gesetzgeber ausnahmsweise weiterhin erlaubt sein, gewisse Akte von der richterlichen Beurteilung auszunehmen. Das betrifft insbesondere Akte vorwiegend politischen Charakters (z.B. die Begnadigungen) sowie Fragen im Zusammenhang mit den politischen Rechten (z.B. die Ungültigerklärung einer Volksinitiative, die Nichtunterstellung einer Ausgabe unter das Finanzreferendum).

Im Bereich des Zivil- und Strafrechts ist die Situation schon heute befriedigender. In diesem Bereich gibt es nur wenige Fälle, welche nicht durch kantonale Gerichte beurteilt werden. Auch für diese rechtfertigt sich der direkte Zugang an das Bundesgericht nicht. Verschiedene Entscheidungen kantonalen Administrativbehörden unterliegen keinem anderen Rechtsmittel als der Berufung oder der zivilrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 48 Abs. 1 und Art. 68 OG), der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 268 Ziff. 3 BStP) oder der staatsrechtlichen Beschwerde. Ausserdem gibt es Fälle, die zwar von einem Gericht beurteilt werden, aber innerhalb des Kantons nicht mehr weitergezogen werden können. Dies kommt zum Beispiel bei den vorsorglichen Anordnungen vor, die der Ehescheidungsrichter gestützt auf Artikel 145 ZGB trifft. Die Expertenkommission statuiert daher im Zivil- wie im Strafrecht den Grundsatz der doppelten Instanz ("double instance"), wonach die Kantone obere Gerichte als Rechtsmittelinstanzen einzusetzen haben (Art. 71 und 74 E-BGG).

#### **5.1.4. Beschränkung der Direktprozesse**

Die geltende Verfassung sieht eine Anzahl von Direktprozessen vor dem Bundesgericht in Zivilsachen (Art. 110 und 111 BV), Strafsachen (Art. 112 BV) und im öffentlichem Recht (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 und Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 4 BV) vor. Die Expertenkommission möchte die Direktprozesse auf Streitigkeiten



zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen beschränken, unabhängig davon, ob es sich um Kompetenzfragen oder um zivil- bzw. öffentlichrechtliche Streitigkeiten handelt (vgl. Art. 41 Abs. 1 Bst. a, Art. 83 Bst. a und b, Art. 116 Bst. a und b und Art. 130 OG). In Anbetracht der Parteien, der Bedeutung und der Natur dieser Prozesse kann für deren Beurteilung nur das höchste Gericht in Frage kommen. Im übrigen soll nach Ansicht der Expertenkommission der direkte Weg an das Bundesgericht nur noch für Klagen betreffend Haftungsansprüche aus der Amtstätigkeit von Magistratspersonen des Bundes (Art. 116 Bst. c OG) offen bleiben. Dagegen sollen alle anderen zivil- und staatsrechtlichen Klagen aufgehoben werden (Art. 41 Abs. 1 Bst. b und c, Art. 42, Art. 83 Bst. c - e OG), ebenso die Klagen über Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht (Art. 121 OG; siehe auch Ziff. 7.).

## **5.2. Einheitsbeschwerde**

Eines der wichtigsten Reformanliegen der Expertenkommission besteht im Ersatz der verschiedenen Rechtsmittelmöglichkeiten durch je eine Einheitsbeschwerde für jedes Rechtsgebiet: Vorgesehen werden nur noch eine Beschwerde in Zivilsachen, eine Beschwerde in Strafsachen und eine Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

### **5.2.1. Allgemeines**

Das geltende Rechtsmittelsystem vor dem Bundesgericht wurde im Laufe der Jahrzehnte geschaffen, indem neue Beschwerden jeweils den bereits bestehenden Rechtsmitteln hinzugefügt wurden. Dies führte zu einem System, das nach verschiedenartigen Gesichtspunkten aufgebaut ist. Ein erstes Kriterium für das zu wählende Rechtsmittel ist das betroffene Rechtsgebiet: zivilrechtliche Streitigkeiten (Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen, Art. 43 ff. und 68 ff. OG), Strafgerichtsbarkeit (Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Art. 268 BStP). Ein anderes Kriterium ist das im angefochtenen Entscheid angewandte Recht: Verfügung gestützt auf öffentliches Recht des Bundes (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Art. 97 OG), Verfügung in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 75 ff. OG). Ein drittes Kriterium ist die entscheidende Behörde: kantonale Behörde (staatsrechtliche Beschwerde, Art. 84 ff. OG), kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 75 ff. OG). Ein viertes Kriterium ist der Beschwerdegrund: Verletzung verfassungsmässiger Rechte (staatsrechtliche Beschwerde, Art. 84 ff. OG), gesetzliche Nichtigkeitsgründe (Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen, Art. 68 ff. OG), Verletzung von Bundesrecht mit Ausnahme verfassungsmässiger Rechte (Berufung, Art. 43 ff. OG, Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Art. 268 BStP), Verletzung von Bundesrecht einschliesslich verfassungsmässiger Rechte (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, Art. 97 ff. OG).

Zur Vielfalt der Rechtsmittel kommt die Tatsache, dass jede Beschwerde spezielle Bestimmungen über die Zulässigkeit kennt. So ist die Anfechtbarkeit der Zwischenentscheide sehr verschieden geregelt. Können sie mit der

Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen (Art. 268 BStP) grundsätzlich nicht angefochten werden, sind sie im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde ohne Beschränkung anfechtbar, solange nicht eine Verletzung von Artikel 4 BV geltend gemacht wird (Art. 87 OG).

Ein solches Rechtsmittelsystem ist zu kompliziert. Für Rechtssuchende (Rechtsanwälte oder Laien), welche nur selten Beschwerde beim Bundesgericht führen, ist dieses System äusserst schwierig. Zudem muss ein Entscheid oft zugleich mit zwei verschiedenen Rechtsmitteln angefochten werden, sei es dass gewisse Beschwerdegründe nur mit einer bestimmten Beschwerde vorgebracht werden können, sei es dass der Rechtsweg nicht eindeutig ist. Das geltende System erschwert aber auch in erheblichem Masse die Aufgabe des Bundesgerichtes. Es muss das gleiche Geschäft bisweilen in zwei parallelen Rechtsmittelverfahren behandeln oder dann viel Zeit für die Bestimmung des zutreffenden Rechtsweges aufwenden. So sind immer wieder sehr komplexe Abgrenzungsfragen zwischen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und der staatsrechtlichen Beschwerde zu beantworten - Fragen, deren Klärung nichts zur richterlichen Streitentscheidung beiträgt.

Nach Ansicht der Expertenkommission bedingt die angestrebte Entlastung des Bundesgerichtes eine wesentliche Vereinfachung der Rechtsmittelwege. Es ist unnütz, die Anzahl der vom Bundesgericht zu bewältigenden Geschäfte zu beschränken, solange es gleichwohl eine bestimmte Streitsache aufgrund mehrerer Beschwerden prüfen oder viel Zeit für die Bestimmung des zutreffenden Rechtsweges aufwenden muss. Daher sieht der Entwurf der Expertenkommission den Ersatz des gegenwärtigen Rechtsmittelsystems durch eine Einheitsbeschwerde in jedem der drei grossen Rechtsbereiche vor (Zivilrecht, Strafrecht, öffentliches Recht). Die Vereinfachung der Rechtsmittelwege trägt zudem auch zu einem wirksameren Schutz der Rechtssuchenden bei, weil die Gefahr, dass sich eine Beschwerde als unzulässig erweist, erheblich reduziert wird.

### **5.2.2. Grundzüge der Einheitsbeschwerde**

Nach dem Konzept der Einheitsbeschwerde gibt es nur noch einen einzigen Beschwerdeweg ans Bundesgericht zur Anfechtung von Entscheiden einer Vorinstanz, unabhängig davon, welche Beschwerdegründe angeführt werden oder welche Vorinstanz entschieden hat. Dieses Konzept ist in zweierlei Hinsicht von Vorteil. Es erleichtert zunächst die Aufgabe der Rechtssuchenden, die nun alle Rügen mit einem einzigen Rechtsmittel vorbringen können. Damit wird das Risiko des Nichteintretens vermindert und zudem entfallen die überflüssigen Kosten, welche sich aus der Erstellung verschiedener Rechtsschriften durch einen Anwalt ergeben. Das Konzept trägt aber auch zur Entlastung des Bundesgerichtes bei, indem es von der wenig fruchtbaren Aufgabe enthoben wird, die Rechtsmittelwege voneinander abzugrenzen.

Idealerweise sollte das Konzept der Einheitsbeschwerde dazu führen, dass es für die verschiedenen Rechtsgebiete nur noch eine einzige, umfassende Beschwerde gibt. Eine solche Lösung ist nach Ansicht der Expertenkommission jedoch nicht sinnvoll. Obschon viele Prozessvorschriften für alle Beschwerden

Anwendung finden können, sind doch einige Regeln auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt. Das gilt vor allem für die Bestimmungen über das Beschwerderecht und die Anforderungen an die Vorinstanzen. Anstatt eine einzige Einheitsbeschwerde mit zahlreichen Sonderbestimmungen für Spezialfälle zu schaffen, hat die Expertenkommission je eine Beschwerde für jedes der drei Rechtsgebiete vorgesehen: eine Beschwerde in Zivilsachen, eine Beschwerde in Strafsachen und eine Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

Die Ausgestaltung der Einheitsbeschwerden beinhaltet zwei Typen von Bestimmungen. Zunächst werden die für jede Einheitsbeschwerde eigenen Bestimmungen statuiert. Es handelt sich dabei um Bestimmungen zum Anfechtungsobjekt, zum Anwendungsbereich, zu den Vorinstanzen und zum Beschwerderecht. Anschliessend werden jene prozessualen Fragen geregelt, welche für alle drei Einheitsbeschwerden gelten. Ziel der Expertenkommission war die Limitierung der Unterschiede zwischen den drei Einheitsbeschwerden auf das Notwendige. Dies hatte zur Folge, dass die heute für einzelne Beschwerden geltenden Bestimmungen mitunter verfeinert werden mussten, um zwingenden Anforderungen aus andern Rechtsgebieten Rechnung zu tragen. Auf der andern Seite führte das Bestreben, soweit als möglich gemeinsame Bestimmungen zu schaffen, dazu, dass für bestimmte Punkte offenere Lösungen getroffen wurden, welche dem Bundesgericht genügend Spielraum lassen, um die Eigenheiten der verschiedenen Rechtsgebiete zu berücksichtigen. Die Existenz von gemeinsamen Eintretensvoraussetzungen wird innerhalb des Bundesgerichtes eine gute Koordination erfordern, damit die gleichen Begriffe für die drei Beschwerden nicht widersprüchlich ausgelegt werden. Dafür kann die dazu entwickelte Rechtsprechung und Doktrin generell für alle drei Rechtsgebiete fruchtbar gemacht werden.

Die Abgrenzung zwischen den drei Einheitsbeschwerden ergibt sich grundsätzlich aus dem vom angefochtenen Entscheid betroffenen Rechtsgebiet, unabhängig davon, ob es sich um kantonales oder eidgenössisches Recht oder ob es sich um Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen handelt. Je nachdem, ob der angefochtene Entscheid in einer Zivilsache, einer Strafsache oder einer öffentlichrechtlichen Angelegenheit erging, ist die entsprechende Einheitsbeschwerde zu ergreifen. Zur Verminderung von Abgrenzungsfragen unterstellt der Entwurf gewisse Entscheide, welche sich auf öffentliches Recht stützen, der Beschwerde in Zivil- oder in Strafsachen, soweit es sich um Gebiete handelt, welche dem Zivilrecht (z.B. Streitigkeiten über die Bewilligung zur Namensänderung) oder dem Strafrecht (z.B. die Rechtshilfe in Strafsachen) sehr nahe sind. So sollen auch die Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen mit der Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden können, weil sie fast immer zivilrechtliche Vorfragen beinhalten. Der Rechtsmittelweg an das Bundesgericht hängt im übrigen vom Rechtsgebiet ab, auf welches die Streitsache letztlich zurückgeht; so sind prozessrechtliche Rügen (z.B. die willkürliche Anwendung einer kantonalen Prozessbestimmung in einer Mietrechtsstreitigkeit) mit jener Beschwerde vorzubringen, die gegen den Entscheid in der Sache gegeben ist (in unserem Beispiel mit der Beschwerde in Zivilsachen).

Die Beschwerden gegen kantonale Erlasse (abstrakte Normenkontrolle) sind der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zugewiesen worden, und zwar unabhängig davon, welches Rechtsgebiet vom fraglichen Erlass

betroffen ist. Die Expertenkommission hat sich überlegt, ob die abstrakte Normenkontrolle abgeschafft werden sollte. Sie sieht aber von einem entsprechenden Vorschlag ab, weil diese Kompetenz des Bundesgerichts auf einer sehr alten Tradition beruht (eingeleitet mit dem Entscheid *Gex* im Jahre 1876, BGE II S. 484) und es sich dabei um eine wichtige Institution des schweizerischen Föderalismus handelt, welche es erlaubt, klare Verstösse kantonaler Gesetzgeber gegen Bundesrecht schnell zu sanktionieren. Zudem würde die Aufhebung der abstrakten Normenkontrolle kantonaler Erlasse das Bundesgericht kaum entlasten.

Einige Gebiete des öffentlichen Rechts wurden in Anlehnung an die geltenden Ausnahmen bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. Art. 99 ff. OG) der Beschwerde an das Bundesgericht entzogen. Aus dem Konzept der Einheitsbeschwerde ergibt sich, dass diese Ausnahmen sich auf das Bundesrecht wie auch auf das kantonale Recht beziehen - was gegenüber dem geltenden Recht eine Innovation bedeutet (Art. 77 E-BGG). Die Einengung des Anwendungsbereiches der Einheitsbeschwerde im Verhältnis zur heutigen staatsrechtlichen Beschwerde wird durch die Einführung des Vorlageverfahrens (vgl. Art. 107 ff. E-BGG) kompensiert.

Bevor gegen einen Entscheid Beschwerde beim Bundesgericht geführt werden kann, müssen alle Rechtsmittel, welche Bundesrecht und kantonales Recht vorsehen, ausgeschöpft worden sein. Davon wird es keine Ausnahmen mehr geben. Die Beschwerde hat demnach in jedem Fall subsidiären Charakter. Durch die Statuierung neuer, recht hoher Anforderungen an die Vorinstanzen, wird die Subsidiarität der Einheitsbeschwerde noch bekräftigt. Aus der Subsidiarität der Einheitsbeschwerde ergibt sich auch, dass der Streitgegenstand immer im Verfahren bei den Vorinstanzen definiert wird. Neue Begehren, welche nicht schon bei der Vorinstanz erhoben wurden und den Streitgegenstand erweitern, können daher vor Bundesgericht nicht vorgebracht werden (Art. 91 E-BGG).

Die Beschwerdeberechtigung ist nicht für jede der drei Einheitsbeschwerden dieselbe. Während sie sich bei Beschwerden in Zivilsachen und jenen in Strafsachen auf das Vorhandensein eines rechtlich geschützten Interesses stützt, werden für die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten im wesentlichen die Voraussetzungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 103 OG) übernommen. Beschwerdeberechtigt ist danach jeder, der ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Dabei bleibt unerheblich, ob das Interesse rechtlicher oder faktischer Natur ist (Art. 81 ff. E-BGG).

Für die Definition der anfechtbaren Entscheide suchte die Expertenkommission nach einer für alle Rechtsgebiete gleichen und kohärenten Systematik. Prinzipiell soll das Bundesgericht zu einer Sache nur einmal und erst am Ende des Verfahrens angerufen werden können. Das ordentliche Anfechtungsobjekt ist also ein Endentscheid in der Sache, welcher - dies bildet seine Eigenart - das Verfahren vor der entscheidenden Behörde abschliesst. (Art. 83 E-BGG). Gegen Vor- und Zwischenentscheide, welche nicht Fragen der Zuständigkeit betreffen, und gegen vorsorgliche Massnahmen sieht der Entwurf hingegen eine selbständige Beschwerde nur unter engen Voraussetzungen vor (Art. 85 und 86 E-BGG).

Das grundlegende Charakteristikum der vereinheitlichten Rechtswege ist ihre *Übereinstimmung in den Beschwerdegründen*. Auf den Rechtsmittelweg hat es keinen Einfluss, ob der Beschwerdeführer die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, von einfachem Bundesrecht, von Staatsverträgen oder von Konkordaten geltend macht (Art. 88 E-BGG). Das Bundesgericht erhält damit die Möglichkeit, über alle vorgebrachten Rügen in einem einzigen Entscheid zu urteilen. Die Einheitsbeschwerde führt jedoch nicht zu einer Ausweitung der Beschwerdemöglichkeiten: Die im Entwurf vorgesehenen Beschwerdegründe sind nämlich heute schon gegeben, nur sind sie im geltenden Recht auf verschiedene Rechtsmittel verteilt, welche mitunter gleichzeitig ergriffen werden können. Andererseits bleibt die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur noch insoweit als Beschwerdegrund bestehen, als dieser Mangel auf einer Rechtsverletzung beruht oder die Feststellung offensichtlich unrichtig ist (Art. 90 und 100 E-BGG). Die Expertenkommission sieht die Aufgabe des Bundesgerichts neu ausschliesslich in der Kontrolle der Rechtsanwendung und nicht mehr in der Überprüfung des Sachverhalts, die das geltende Bundesrechtspflegegesetz in gewissen Fällen noch kennt (vgl. Art. 67, 105 Abs. 1 und Art. 132 Bst. b OG). Eine Ausdehnung der Beschwerdegründe ergibt sich einzig aufgrund der Verfassungsrevision im Bereich der Justizreform (vgl. BBl 1997 I 487 ff.). Im Rahmen der Beschwerde gegen einen Entscheid kann der Einzelne nämlich neu geltend machen, das angewandte Bundesgesetz oder der angewandte allgemeinverbindliche Bundesbeschluss verletze verfassungsmässige Rechte der Bundesverfassung oder Völkerrecht (Verfassungsgerichtsbarkeit). Die Kantonsregierungen ihrerseits können neu geltend machen, die Bestimmungen des angewandten Bundesgesetzes oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses verletzen die verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone (Art. 89 E-BGG).

Das Bundesgericht wird auch in Zukunft das Recht von Amtes wegen anwenden, ohne an die Begründung der Parteien gebunden zu sein. Dies entspricht dem geltenden Rechtszustand, mit Ausnahme der staatsrechtlichen Beschwerde, welche vom Rügeprinzip beherrscht wird. Der Entwurf berechtigt jedoch das Bundesgericht, sich auf die Prüfung der von den Parteien erhobenen Rügen zu beschränken (Art. 101 E-BGG). Diese Beschränkung rechtfertigt sich namentlich wegen der Vielzahl von internationalen Bestimmungen, gegen welche ein Entscheid allenfalls verstossen könnte.

Die Einheitsbeschwerden sind nicht kassatorischer Natur. Das Bundesgericht muss sich im Falle der Gutheissung nicht darauf beschränken, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache allenfalls zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es kann vielmehr in der Sache selbst entscheiden, soweit es über alle notwendigen Angaben verfügt, um einen definitiven Entscheid zu treffen (Art. 102 E-BGG).

Wie sich aus den vorstehenden Erörterungen ergibt, führt die Integration der staatsrechtlichen Beschwerde in die Einheitsbeschwerden zu keiner Ausweitung der Prüfungsbefugnisse des Bundesgerichtes in bezug auf die Entscheide, welche sich auf kantonales Recht stützen. Die Beschwerdegründe bleiben in der Substanz gleich (vgl. Art. 88 ff. E-BGG). Der Anwendungsbereich der Einheitsbeschwerde wird sogar enger, weil bestimmte Bereiche, welche heute noch der staatsrechtlichen Beschwerde unterliegen, neu von der

Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten ausgenommen sein werden (vgl. Art 77 E-BGG). Eine geringfügige Erweiterung ergibt sich jedoch beim Beschwerderecht: Das Erfordernis eines rechtlich geschützten Interesses - welches heute für die staatsrechtliche Beschwerde charakteristisch ist - wird für die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten aufgegeben. Neu genügt vielmehr ein faktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids (vgl. Art. 81 E-BGG). Die Entscheidbefugnisse des Bundesgerichts werden im Ergebnis nicht wesentlich von dem abweichen, was heute bei der staatsrechtlichen Beschwerde Praxis ist (vgl. die Erläuterungen zu Art. 102 E-BGG).

Das wichtige Reformziel der Entlastung des Bundesgerichtes kann allein mit der Einführung der Einheitsbeschwerde nicht erreicht werden können. Im Gegenteil, die Einheitsbeschwerde könnte in einigen Bereichen die Beschwerdemöglichkeiten sogar erweitern. Aus diesem Grunde sieht die Expertenkommission neu ein Vorprüfungsverfahren vor (vgl. Ziff. 5.3.). Dieses Verfahren wird es dem Bundesgericht in bestimmten Fällen erlauben, unter Verzicht auf eine ausführliche Begründung, eine Beschwerde für unzulässig zu erklären.

### **5.3. Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht**

#### **5.3.1. Notwendigkeit**

Allein mit dem Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts und der Vereinfachung des Rechtsmittelsystems ist es nicht möglich, die vorne (Ziff. 3.) definierten Reformziele zu erreichen und eine ständige Überlastung des höchsten Gerichts zu verhindern. Zusätzlich zu den erwähnten Massnahmen müssen deshalb neue Beschränkungen des Zugangs zum Bundesgericht eingeführt werden.

Das Thema "Zugangsbeschränkungen" ist nicht neu. Alle Revisionskommissionen und anlässlich der Vorlage von 1985 auch das Parlament haben sich mit dieser Frage beschäftigt, freilich ohne das Patentrezept zu finden. Geblieben ist die Erkenntnis, dass nur eine sinnvolle Zugangsregelung das Bundesgericht nachhaltig zu entlasten und seine Funktionsfähigkeit sicherzustellen vermag. Die Suche nach der angemessenen Lösung kann heute insofern unter neuen Voraussetzungen stattfinden, als der VE 96 Justizreform eine Verfassungsgrundlage für Zugangsbeschränkungen bereitstellt (Art. 178a). Damit besteht ein grösserer Spielraum, als ihn die früheren Revisionskommissionen aufgrund der geltenden Bundesverfassung zur Verfügung hatten.

Die Tatsache, dass 1990 eine Gesetzesvorlage in der Volksabstimmung gescheitert ist, die eine Verschärfung des Zugangs zum Bundesgericht einführen wollte (deutliche Erhöhung der Streitwertgrenze in Zivilsachen und eine Mischung aus einem Vorprüfungs- und einem Annahmeverfahren für staatsrechtliche Beschwerden, vgl. Art. 42 und 92 OG in der Fassung der Referendumsvorlage vom 23.6.1989, BBl 1989 II 872), muss nicht heissen, dass Zugangsbeschränkungen keine Realisierungschancen haben. Bei der Vorlage von 1989 stiess primär die Art der vorgeschlagenen

Zugangsbeschränkungen auf Kritik. Stein des Anstosses bildete vor allem die deutliche Erhöhung der Streitwertgrenze in Zivilsachen, die namentlich Miet- und Arbeitsstreitigkeiten von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung praktisch ausgeschlossen hätte. Betroffen waren demnach Rechtsgebiete, welche für die meisten Bürger von grosser Bedeutung sind. Ein entsprechender Vorschlag wird nicht wieder aufgenommen. Es ist davon auszugehen, dass sich der Bürger der Idee von Zugangsbeschränkungen nicht völlig verschliessen wird, zumal ihm wenig gedient ist, wenn er zwar in jedem noch so geringfügigen Fall bis vor Bundesgericht gelangen kann, dort aber aus Überlastungsgründen allzu lange auf das Urteil warten muss bzw. keine Gewähr besitzt, dass seine Beschwerde mit der nötigen Sorgfalt geprüft werden kann. Vor allem aber verändert sich die Ausgangslage für die Einführung von Zugangsbeschränkungen, wenn die Lücken im System der gerichtlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts geschlossen werden (vgl. Ziff. 5.1.) und aufgrund der mit der Justizreform vorgesehenen Rechtsweggarantie (Art. 25a VE 96 Justizreform) in jedem Fall der Weg an ein unabhängiges Gericht offen steht. Damit ist dem Rechtssuchenden eine hinreichende Kompensation für Zugangsbeschränkungen beim Bundesgericht angeboten.

### **5.3.2. Arten von Zugangsbeschränkungen**

Die Expertenkommission sieht grundsätzlich vier Methoden, wie der Zugang zum obersten Gericht beschränkt werden kann:

#### **5.3.2.1. Ausschluss der Beschwerde kombiniert mit Vorlageverfahren**

Die radikalste Methode ist der gänzliche Ausschluss der Beschwerde in bestimmten Sachbereichen. Der Zugang zum Gericht wird nicht bloss eingeschränkt, sondern überhaupt versperrt. Es handelt sich um eine Begrenzung der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts.

Das geltende Recht bedient sich dieser Methode bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 99 - 101 und 129 OG).

Unter Entlastungsgesichtspunkten greift diese Methode zweifellos sehr wirksam. Unter anderen Aspekten, namentlich der einheitlichen Rechtsanwendung, geht sie aber zu weit. Ergänzend wäre deshalb ein Vorlageverfahren vorzusehen.

Das *Vorlageverfahren* ermöglicht es unterinstanzlichen Gerichten, bestimmte Rechtsfragen, die sich in einem hängigen Prozess stellen, dem höchsten Gericht zur Entscheid zu unterbreiten. Bekannte Beispiele für das Vorlageverfahren sind insbesondere das sogenannte Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (Art. 177 EG-Vertrag) und die Verfahren gemäss Artikel 100 des deutschen Grundgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht.

Das Vorlageverfahren stellt selbst keine Zugangsbeschränkung dar. Es schränkt den Zugang nicht ein, sondern öffnet diesen vielmehr für bestimmte Fragen. Insofern übernimmt es eine Ausgleichsfunktion in Bereichen, in denen das Gesetz die Beschwerde an das Gericht vollständig ausschliesst.

### **5.3.2.2. Vorprüfungsverfahren**

Unter dem Begriff "Vorprüfungsverfahren" versteht die Expertenkommission ein Verfahren, welches dazu dient, Beschwerden, die sich in einer Vorprüfung aus bestimmten Gründen als unzulässig erwiesen haben, auszuschneiden und direkt vom Protokoll abzuschreiben. Als Vorbild können dabei die Artikel 28 und 35 Absatz 3 EMRK in der Fassung des Protokolls Nr. 11 (BBI 1995 I 1029) herangezogen werden.

Bei diesem System bleibt der Zugang zum obersten Gericht zunächst offen, die Rechtsmittel müssen aber die Hürde der Vorprüfung bestehen. Das Gericht hat damit ein Instrument in der Hand, um "die Spreu vom Weizen" zu trennen. Unzulässige Beschwerden kann es rasch und ohne grossen Aufwand erledigen. Die Entlastungswirkung hängt dabei davon ab, wie die Unzulässigkeitsgründe gefasst und in praxi ausgelegt werden.

### **5.3.2.3. Annahme- oder Zulassungsverfahren**

Wird der Zugang zum obersten Gericht über ein *Annahmeverfahren* geregelt, so nimmt das Gericht nur Streitfälle zur Behandlung entgegen, die es nach freiem Ermessen oder nach bestimmten gesetzlichen Kriterien als erheblich einstuft.

Von einem *Zulassungsverfahren* spricht man, wenn die Vorinstanzen über die Erheblichkeit eines Streitfalls und damit über die Zulässigkeit der Beschwerde an das oberste Gericht entscheiden.

In der Gegenüberstellung ist dem Annahmeverfahren der Vorzug zu geben. Das Zulassungsverfahren hat zwar den Vorteil, dass der Zulassungsentscheid sehr wenig Aufwand erfordert, weil die Instanz, die ihn trifft, die Akten bereits kennt. Der Nachteil dieses Verfahrens liegt aber darin, dass das oberste Gericht an die von der Vorinstanz ausgesprochene Zulassung gebunden ist, selbst wenn es einen Fall nicht als erheblich betrachtet. Zudem ist es problematisch, wenn die Instanz, die entschieden hat, auch über die Zulassungswürdigkeit der Sache befindet. Dieser Mangel könnte zwar durch ein Rechtsmittel gegen den Entscheid über die Zulassung behoben werden, doch müsste ein solches Rechtsmittel zusätzlich eingeführt werden.

Ein Rechtsvergleich zeigt, dass im Ausland verschiedene Formen von Annahme- und Zulassungsverfahren ziemlich verbreitet sind (z.B. Deutschland, Österreich, Schweden, Vereinigte Staaten, Kanada).

Kaum ein anderes Mittel ist wie das Annahmeverfahren geeignet, um den Zustrom von Beschwerden wirksam einzudämmen. Dies gilt vor allem, wenn es in "reiner Form" ausgestaltet ist und den Entscheid über die Annahme ins freie Ermessen des Gerichts stellt. Für die Schweiz käme die Einführung eines solchen Verfahrens einem eigentlichen Systemwechsel gleich, fungiert doch unser oberstes Gericht nach der geltenden Ordnung über weite Strecken als Rechtsmittelinstanz im ordentlichen Instanzenzug.



#### 5.3.2.4. Streitwerte

Das Erfordernis eines minimalen Streitwertes bildet ein herkömmliches Mittel, um den Zugang zum obersten Gericht zu beschränken und es vor geringfügigen Angelegenheiten zu verschonen. Die Streitwertgrenze bietet den Vorteil einer klaren, einfachen und objektiven Limite für vermögensrechtliche Streitigkeiten (d.h. Streitigkeiten über einen Anspruch, der einen Geld- oder Nutzwert besitzt).

Die Methode des Streitwertes ist auf vermögensrechtliche *Zivilrechtsstreitigkeiten* zugeschnitten. Das geltende Recht sieht eine Streitwertgrenze vor für die Berufung (8000 Franken, Art. 46 OG) und für gewisse zivilrechtliche Direktprozesse (8000 bzw. 20'000 Franken, Art. 41 und 42 OG).

In der *öffentlichen* Rechtspflege (des Bundes) ist die Streitwertgrenze unbekannt. Die Expertenkommission hat eingehend untersucht, ob sie dort eingeführt werden könnte. Auf den ersten Blick erscheint dieses Instrument brauchbar für Beschwerden gegen Entscheidungen, welche eine Geldleistung zum Gegenstand haben, namentlich im Bereich der Steuern, der Subventionen, der Staatshaftung, des Beamtenrechts, der Sozialversicherung und der Enteignung. Die konkrete Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass die Einführung einer Streitwertgrenze, selbst wenn sie auf diese Art von Streitigkeiten beschränkt wird, auf heikle Probleme stösst. Jedenfalls ist es ausgeschlossen, eine einzige Limite festzusetzen, wie das Beispiel der Sozialversicherungsstreitigkeiten und der Enteignungssachen zeigt: Erstere verlangen eine wesentlich tiefere Streitwertgrenze als letztere. Eine einheitliche Grenze lässt sich nicht einmal für einen ganzen Bereich, wie namentlich das Steuerrecht, finden. Oft wäre es auch schwierig, den Streitwert im konkreten Fall festzustellen. Entspricht er zum Beispiel bei der Anfechtung der Streichung eines Steuerabzugs nur der Differenz zum veranlagten Betrag, oder muss berücksichtigt werden, dass der Abzug für die kommenden Jahre Präjudizwirkung hat? In Wirklichkeit haben diese praktischen Schwierigkeiten tiefere Gründe, die in der Natur der öffentlichrechtlichen Beziehungen liegen. In der öffentlichen Rechtspflege geht es nicht allein um die Durchsetzung subjektiver Rechte, sondern auch um das öffentliche Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts, um die Durchsetzung des Legalitätsprinzips. Die involvierten Interessen des Staates und des Bürgers sind von wesentlich unterschiedlicher Natur, weshalb das im Streitwert angesprochene Geld nicht als gemeinsamer Massstab dienen kann. Im übrigen betrachtet der Bürger den Staat als Träger der Hoheitsgewalt, nicht als irgendeine Partei. Er misst der Verteidigung seiner Rechte häufig ein grösseres Gewicht bei, als man es aufgrund der auf dem Spiel stehenden vermögensrechtlichen Interessen erwarten würde.

Das *Strafrecht* ist noch schlechter geeignet für Streitwertgrenzen. Die im Streite stehenden Interessen lassen sich in der Regel nicht in Geld ausdrücken. Jedenfalls aus der Sicht des Staates, der seinen Strafanspruch durchsetzen will, kann nicht gesagt werden, er prozessiere aus finanziellen Interessen. Auch für den Angeschuldigten steht meistens nicht der Geldwert einer Busse im Vordergrund, sondern vielmehr die Schuldfrage überhaupt.

Die Streitwertgrenze erweist sich demnach nur für vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeiten und allenfalls gewisse zivilrechtsnahe Bereiche des öffentlichen Rechts als geeignete Zugangsbeschränkung. Ihre Entlastungswirkung hängt dabei von der Höhe der Streitwertgrenze ab.

### **5.3.3. Vorschlag der Expertenkommission**

#### **5.3.3.1. Generelles Vorprüfungsverfahren**

Nach einlässlichen Diskussionen und sorgfältiger Prüfung sämtlicher Möglichkeiten hat die Expertenkommission sich mehrheitlich für ein System des Vorprüfungsverfahrens entschieden.

Das Vorprüfungsverfahren soll grundsätzlich auf alle Beschwerden Anwendung finden (*genereller Anwendungsbereich*). Ausgenommen sind Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des künftigen Bundesstrafgerichts.

Die Expertenkommission schlägt vor, das Vorprüfungsverfahren wie folgt *auszugestalten*: Drei Richter der zuständigen Abteilung prüfen jede eingehende Beschwerde daraufhin, ob sie nicht unter die im Gesetz abschliessend aufgezählten Unzulässigkeitsgründe fällt. Trifft einer dieser Gründe zu, so kann die Beschwerde für unzulässig erklärt werden. Der Entscheid wird mit der Mehrheit der Stimmen gefällt, Einstimmigkeit ist nicht erforderlich. Die Beschwerde kann auch nur teilweise für unzulässig erklärt werden. Die Unzulässigkeitsklärung besagt dabei lediglich, dass ein Unzulässigkeitsgrund erfüllt ist, ohne dass daraus abgeleitet werden könnte, dass das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid als korrekt beurteilt. Trifft kein Unzulässigkeitsgrund zu, wird über die Beschwerde im ordentlichen Verfahren und in der ordentlichen Besetzung entschieden.

Der Begriff "*Unzulässigkeitsgründe*" ist ein Oberbegriff. Darunter fallen formelle und materielle Gründe. Nach dem Vorschlag der Expertenkommission kann eine Beschwerde für unzulässig erklärt werden, wenn:

- auf sie offensichtlich nicht eingetreten werden kann;
- die Prozessführung querulatorisch oder rechtsmissbräuchlich ist;
- die vorgebrachten Rügen nicht hinreichend begründet werden;
- eine Rechtsverletzung gerügt wird, die für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend sein kann;
- sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt und der Ausgang des Verfahrens keine schwerwiegenden Folgen hat.

(Zu den Unzulässigkeitsgründen im einzelnen vgl. die Erläuterungen zu Artikel 95 E-BGG.)

Eine Einschränkung gilt für Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Sie unterliegen zwar ebenfalls der Vorprüfung, doch finden *nicht alle* Unzulässigkeitsgründe auf sie Anwendung. Die Möglichkeit der Unzulässigkeitsklärung, weil sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt und der Ausgang des Verfahrens keine schwerwiegenden Folgen hat, entfällt. Dieses Kriterium passt

nicht für einen Bereich, in dem die Aufsichtsfunktion im Vordergrund steht. Das Beschwerdeverfahren dient in diesen rein betriebsrechtlichen Angelegenheiten (gemeint sind die heutigen Rekursachen nach Art. 78 ff. OG) primär dem richtigen Funktionieren des Vollstreckungsverfahrens und weniger dem Rechtsschutz des Einzelnen. Die Vollstreckungsbehörde muss rasch vom Bundesgericht erfahren, wie in der jeweiligen Verfahrensetappe korrekt vorzugehen ist. Das heute bestehende "Reskriptensystem" hat sich bewährt und sollte nicht ohne zwingende Gründe aufgegeben werden, zumal die Anzahl Beschwerden in diesem Bereich nicht sehr hoch ist (1996: 306 Eingänge; 1995: 282 Eingänge).

Mit dem Vorprüfungsverfahren erhält das Bundesgericht ein Instrument, um unzulässige Beschwerden *rasch* und ohne weitere Instruktion oder Durchführung eines Schriftenwechsels zu erledigen. Die drei Richter befinden über die Unzulässigkeit von Beschwerden in der Regel auf dem Weg der Aktenzirkulation; eine allfällige mündliche Beratung ist nicht öffentlich. Parteiverhandlungen finden nicht statt. Der Filter der Vorprüfung kann somit rasch und wirksam greifen. Das Bundesgericht gewinnt dadurch mehr Zeit für die zulässigen Beschwerden. Die umgehende Erledigung unzulässiger Beschwerden wird sich auch dahin auswirken, dass Beschwerden zum blossen Zeitgewinn, deren Zahl z.B. auf dem Gebiet des Baurechts beträchtlich ist, nicht mehr erhoben werden.

Möglich ist, dass die Unzulässigkeitserklärung nicht schon im Vorprüfungsverfahren erfolgt, sondern in einem *späteren* Stadium, namentlich nach Durchführung des Schriftenwechsels, weil sich erst dann herausstellt, dass ein Unzulässigkeitsgrund gegeben ist. Insofern besteht eine gewisse Flexibilität.

Im Grunde geht es beim Vorprüfungsverfahren um eine Weiterentwicklung des vereinfachten Verfahrens nach Artikel 36a des geltenden OG, freilich mit wesentlichen Unterschieden:

Beschwerdeentscheide im vereinfachten Verfahren müssen zumindest summarisch begründet werden (Art. 36a Abs. 3 OG), was - wie die Praxis zeigt - meistens doch erheblichen Aufwand verursacht. Demgegenüber kann sich beim Vorprüfungsverfahren die Begründung des Unzulässigkeitsentscheids auf die Angabe des Unzulässigkeitsgrundes beschränken. Damit ist eine Vereinfachung erzielt, die merklich ins Gewicht fallen wird.

Der Katalog der Unzulässigkeitsgründe ist weiter gefasst als die Kriterien nach Artikel 36a OG. Keine Entsprechung in Artikel 36a OG hat namentlich die Möglichkeit, eine Beschwerde für unzulässig zu erklären, weil eine Rechtsverletzung gerügt wird, die für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend sein kann oder weil sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt und der Ausgang des Verfahrens keine schwerwiegenden Folgen hat. Gerade diese beiden Gründe bergen ein beachtliches Entlastungspotential. Der Katalog der Unzulässigkeitsgründe verspricht damit eine *starke Filterwirkung*, so dass wohl ein recht grosser Teil der Beschwerden im Vorprüfungsverfahren definitiv erledigt werden kann.

### 5.3.3.2. Verworfen Variante: generelles Annahmeverfahren

Eine vergleichbare Entlastungswirkung wie mit dem Vorprüfungsverfahren liesse sich mit einem Annahmeverfahren erreichen, bei dem die Annahmegründe den Unzulässigkeitsgründen des Vorprüfungsverfahrens *entsprechen*, jedoch affirmativ formuliert sind, gewissermassen mit umgekehrten Vorzeichen.

Der grundlegende Unterschied eines solchen Annahmeverfahrens zum vorgeschlagenen Vorprüfungsverfahren besteht in der Optik: Beim Annahmeverfahren sagt das Bundesgericht, welche Fälle es behandelt, beim Vorprüfungsverfahren entscheidet es, welche Fälle es *nicht* behandelt. Im ersteren System besteht grundsätzlich kein Zugang, es sei denn, das Bundesgericht nehme die Beschwerde an, im letzteren System besteht grundsätzlich Zugang, es sei denn, das Bundesgericht erkläre die Beschwerde für unzulässig. Unterschiedlich verteilt ist die Verantwortung für die Sondierung der Fälle: Beim Annahmeverfahren obliegt es dem *Rechtssuchenden* darzutun, dass seine Sache von genügender Bedeutung ist, um vom Bundesgericht behandelt zu werden, dass also ein Annahmegrund erfüllt ist. Gelingt ihm dies nicht, befasst sich das Bundesgericht nicht mit der Sache. Demgegenüber obliegt es beim Vorprüfungsverfahren primär dem *Bundesgericht* darzutun, dass dieser oder jener Unzulässigkeitsgrund gegeben ist. Just dieser Aspekt hat eine Mehrheit der Expertenkommission dazu bewogen, dem Vorprüfungsverfahren den Vorzug zu geben.

Zweifellos den grössten Entlastungseffekt könnte man mit einem Annahmeverfahren erzielen, das die Annahme ins *freie Ermessen* des Bundesgerichts stellt oder doch die Annahmegründe sehr *restriktiv* fasst. Ein solches System kommt im Ausland verschiedentlich zur Anwendung, so zum Beispiel am amerikanischen Supreme Court. Die Expertenkommission hat auf einen entsprechenden Vorschlag verzichtet, weil ein derartiges Annahmeverfahren durch die mit der Justizreform vorgeschlagene Verfassungsgrundlage für Zugangsbeschränkungen (Art. 178a) nicht abgedeckt wäre.

### 5.3.3.3. Ausnahmekatalog bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten kombiniert mit einem Vorlageverfahren

Der Vorschlag der Expertenkommission umfasst als weiteres Element einen Katalog von Streitigkeiten, in denen die Beschwerde an das Bundesgericht *a priori* unzulässig ist, in denen also nicht bloss der Filter des Vorprüfungsverfahrens wirkt. Der Ausnahmekatalog findet sich ausschliesslich bei der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten. Er betrifft einerseits Bereiche, die wegen ihrer vorwiegend politischen Natur in die Beurteilungskompetenz des Bundesrates fallen, andererseits Gebiete, die - wegen der ausserordentlich hohen Zahl von Beschwerden, der Technizität der Materie oder weil Ermessensfragen im Vordergrund stehen - abschliessend vom Bundesverwaltungsgericht oder von der letzten kantonalen Instanz beurteilt werden sollen (vgl. im einzelnen die Erläuterungen zu Art. 77 E-BGG).

Das Bundesgericht bleibt freilich nicht vollständig ausgeschlossen. Zur Gewährleistung der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und

allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen und zur Sicherstellung der einheitlichen Anwendung von Bundesrecht und Völkerrecht wird ein *Vorlageverfahren* vorgesehen. Ein solches wird im VE 96 Justizreform für die Sachgebiete, in denen das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht ausschliesst, ausdrücklich vorbehalten (Art. 178a Abs. 3).

Nach den Vorstellungen der Expertenkommission (Art. 107 ff. E-BGG) haben richterliche Instanzen, die endgültig entscheiden (gemeint sind das Bundesverwaltungsgericht und die kantonalen Verwaltungsgerichte, nicht aber die Militärgerichte), das Verfahren auszusetzen und den Entscheid des Bundesgerichts einzuholen, wenn sie der Auffassung sind, ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss, auf dessen Gültigkeit es im zu beurteilenden Fall ankommt, verletze verfassungsmässige Rechte der Bundesverfassung oder Völkerrecht.

Insoweit besteht eine *Vorlagepflicht*, d.h. es muss vorgelegt werden. Andernfalls käme die Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen in den Bereichen, in denen die Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen ist, nicht zum Zuge, da diese Normenkontrollbefugnis beim Bundesgericht konzentriert ist (vgl. Art. 178 VE 96 Justizreform).

Bloss *berechtigt* zur Vorlage sollen das Bundesverwaltungsgericht und die letzten kantonalen Gerichte im Falle endgültiger Entscheidungsbefugnis dann sein, wenn sie ernsthafte Zweifel haben, wie Bundesrecht oder Völkerrecht auszulegen ist. Mit der blossen Vorlageberechtigung will man erreichen, dass nur die wirklich entscheidenden Auslegungsfragen dem Bundesgericht vorgelegt werden. Eine weitergehende Vorlagebestimmung könnte das Bundesgericht allzu sehr belasten und käme einer "Bevormundung" der unteren Gerichte gleich. Soweit das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet, ist die einheitliche Rechtsanwendung ohnedies sichergestellt.

Das Vorlageverfahren setzt an sich nicht zwingend voraus, dass das vorliegende Gericht am Ende des Instanzenzuges steht, sein Urteil also keinem (innerstaatlichen) Rechtsmittel mehr unterliegt. In der Bundesrechtspflege besteht jedoch kein Bedürfnis nach einem Vorlageverfahren, solange die entsprechenden Rechtsfragen in einem Rechtsmittelverfahren aufgeworfen werden können. Die Expertenkommission sieht das Vorlageverfahren somit einzig als Korrektiv zum gänzlichen Ausschluss der Beschwerde.

#### **5.3.3.4. Verzicht auf Streitwertgrenzen**

Die Expertenkommission hat dieses Selektionsinstrument einer erneuten Prüfung unterzogen um festzustellen, ob und nach welchen Modalitäten es in kohärenter Weise in das Gesamtprojekt integriert werden könnte. Diese Überprüfung drängt sich auf, wenn einerseits für alle Rechtsgebiete ein Vorprüfungsverfahren eingeführt wird und andererseits die Rechtsmittelwege neu gestaltet werden unter Einführung der Einheitsbeschwerde. Diese beiden Neuerungen verlangen für die verschiedenen Rechtsmittel möglichst harmonisierte Regelungen, jedenfalls in den vergleichbaren Punkten. Zu beachten ist ferner, dass die Streitwertgrenze bei der Einheitsbeschwerde gleichzeitig auch die Zugangsschranke für die Rüge der Verletzung

verfassungsmässiger Rechte setzt. Wenn der Zugang zum Verfassungsrichter nicht in unannehmbare Weise beschränkt werden soll, kommt daher nur eine verhältnismässig tiefe Streitwertgrenze in Betracht. Dann aber trägt sie mehr zur Komplizierung der Verfahrensordnung als zur Entlastung des Bundesgerichts bei, zumal sie nicht für alle Streitigkeiten und nicht einheitlich eingeführt werden könnte.

Die Expertenkommission ist deshalb zum Schluss gelangt, dass die Streitwertgrenze als Zugangsbeschränkung im vorgeschlagenen Modell eines generellen Vorprüfungsverfahrens *keinen Platz* mehr hat bzw. *überflüssig* ist. Hingegen spielt sie als gesetzliches Kriterium zur Konkretisierung des Begriffs der schwerwiegenden Folgen eine gewisse Rolle, übernimmt aber insofern eine ganz andere Funktion als eine Zugangsbeschränkung (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 95 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2 E-BGG).

Mit dem Verzicht auf eine minimale Streitwertgrenze wird gleichzeitig der Nachteil beseitigt, dass gewisse Streitigkeiten, welche nie oder nur selten den erforderlichen Streitwert erreichen, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entzogen bleiben und damit die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung in den betroffenen Materien (z.B. Miet- und Arbeitsrecht) nicht gewährleistet sind.

#### **5.4. Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit**

Eine der zentralen Neuerungen der Reform der Bundesrechtspflege ist der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit im Bereich der Normenkontrolle. Neu soll es dem Bundesgericht unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht werden, *Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse* auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht zu überprüfen und ihnen gegebenenfalls die *Anwendung zu versagen*.

##### **5.4.1. Das System der Normenkontrolle nach geltendem Recht**

*Normenkontrolle* bedeutet die Überprüfung von Normen auf ihre Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht. Sie stellt eine Form der Verfassungsgerichtsbarkeit dar, wenn die Verfassung Kontrollmassstab bildet und ein Gericht die Prüfung vornimmt. Normen können *abstrakt* oder *konkret* überprüft werden. Bei der abstrakten Normenkontrolle ist die Norm selbst Anfechtungsobjekt und wird unabhängig von einem Anwendungsfall auf ihre Konformität mit dem höherrangigen Recht überprüft. Bei der konkreten Normenkontrolle bildet ein Anwendungsakt (Verfügung, Entscheid) das Anfechtungsobjekt, und es wird vorfrageweise geprüft, ob die Norm, auf welche sich der angefochtene Anwendungsakt stützt, mit dem übergeordneten Recht übereinstimmt.

Nach heutiger Rechtslage besteht in bezug auf *kantonale Erlasse* eine gut ausgebauten Normenkontrolle: Kantonale Erlasse sind grundsätzlich von *allen* rechtsanwendenden Behörden im Anwendungsfall auf ihre Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht zu überprüfen (sog. diffuses System). Zudem bilden sämtliche kantonalen Erlasse Anfechtungsobjekt der staatsrechtlichen Beschwerde und können vom Bundesgericht in diesem Verfahren auch

abstrakt auf die Einhaltung der verfassungsmässigen Rechte sowie auf ihre Konkordats- und Staatsvertragskonformität überprüft werden. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts bestehen im Fall der Kantonsverfassung gewisse Einschränkungen (vgl. zuletzt BGE 121 I 146 f.).

Grundsätzlich unterliegen nach heutigem Recht auch *bundesrechtliche Erlasse* der Normenkontrolle. Indessen sind hier der Verfassungsgerichtsbarkeit in zweifacher Hinsicht Grenzen gesetzt:

- Bundesrechtliche Erlasse sind nur einer *konkreten* Normenkontrolle zugänglich. Eine abstrakte Normenkontrolle ist nicht vorgesehen.
- *Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse* und *Staatsverträge* sind gemäss Artikel 113 Absatz 3 bzw. Artikel 114 bis Absatz 3 BV für das Bundesgericht (und über den Wortlaut dieser Bestimmungen hinaus auch für alle übrigen Rechtsanwender) "massgebend", d.h. es darf ihnen nicht unter Berufung auf die Bundesverfassung die Anwendung versagt werden.

#### **5.4.2. Ermöglichung der konkreten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen**

In Einklang mit der vom Bundesrat im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung vorgeschlagenen Justizreform sieht der Entwurf der Expertenkommission vor, dass das Bundesgericht unter gewissen Voraussetzungen befugt ist, die Vereinbarkeit von Bundesgesetzen und von allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen mit höherrangigem Recht zu überprüfen (Art. 89 E-BGG).

Gemäss Entwurf ist diese Normenkontrolle (in Umsetzung von Art. 178 VE 96 Justizreform) mehrfach begrenzt:

- Die Überprüfung ist nur im *Anwendungsfall* möglich (Beschränkung auf die konkrete Normenkontrolle). Die Wirkung eines Urteils, mit dem die Verfassungswidrigkeit einer Gesetzesbestimmung bejaht wird, besteht darin, dass das Bundesgericht im fraglichen Fall das Gesetz bzw. den betreffenden Artikel gegebenenfalls nicht anwendet (vgl. Art. 178 Abs. 3 VE 96 Justizreform). Die fragliche Vorschrift bleibt jedoch formell in Kraft.
- *Prüfungsmassstab* sind einzig die *verfassungsmässigen Rechte* der Bürgerinnen und Bürger bzw. das *Völkerrecht* sowie - auf entsprechende Rüge eines Kantons hin - die verfassungsrechtliche *Kompetenzordnung*. Aus anderen Gründen kann eine Überprüfung nicht verlangt werden.
- Zuständig für die Normenkontrolle ist allein das *Bundesgericht* (konzentriertes System).

#### **5.4.3. Gründe für die Erweiterung der Normenkontrolle**

Die *Gründe* für die vorgeschlagene Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit sind in der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung

einlässlich dargelegt (BBI 1997 I 505 ff., 532 ff.). Im wesentlichen handelt es sich um die folgenden Gesichtspunkte (vgl. auch den Zwischenbericht der Expertenkommission vom März 1995, Ziff. 4.7.):

- Die Verfassungsgerichtsbarkeit gehört zum unverzichtbaren Gehalt einer demokratisch-rechtsstaatlichen Ordnung und hat sich in den meisten Verfassungsstaaten heute voll durchgesetzt.
- Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene rechtfertigt sich angesichts der seit 1874 enorm *gewachsenen Bedeutung der Bundesgesetzgebung*, die heute potentiell in die meisten Freiheitsbereiche eindringen kann.
- Heute ist nicht zu befürchten, dass das Bundesgericht sich eine Rolle anmasst, die ihm nicht zusteht. Im Gegenteil: Die Erfahrungen mit der Überprüfung kantonaler Gesetze durch das Bundesgericht, wie sie im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde seit jeher besteht, belegen, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit die Freiheit der Privaten wesentlich fördern kann, ohne dass die Demokratie durch übermächtige Richter gefährdet wird.
- Die bundesgerichtliche Praxis weist *bereits heute* einzelne *Elemente* einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Bundesgesetzgeber auf. Das Bundesgericht erblickt in Artikel 113 Absatz 3 bzw. Artikel 114<sup>bis</sup> Absatz 3 BV nur ein Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot (vgl. BGE 117 Ib 373; 118 Ia 353). Der Grundsatz von Artikel 113 Abs. 3 BV erfährt überdies durch die verfassungskonforme Interpretation, durch die Anerkennung von Gesetzeslücken oder durch die Überprüfung von kantonalen Erlassen, die analoge Normen eines Bundesgesetzes enthalten, eine Relativierung.
- Die fehlende *nationale* Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen ist mit dem *Inkrafttreten der EMRK* fragwürdig geworden. Die EMRK stimmt mit der Bundesverfassung im Grundrechtsbereich über weite Strecken überein. Die Strassburger Organe sind nicht an die "Massgeblichkeit" der Bundesgesetze gebunden. Sie können Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK prüfen. Es kann die paradoxe Situation eintreten, dass die Strassburger Instanzen über eine grössere Beurteilungsbefugnis verfügen als das Bundesgericht. Um dieser unbefriedigenden Rechtslage begegnen zu können, hat das Bundesgericht seine frühere Zurückhaltung aufgegeben und ist nun grundsätzlich bereit, Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der EMRK und damit indirekt auch der Bundesverfassung zu überprüfen (so erstmals in BGE 117 Ib 371 ff.; in BGE 122 III 416 wird die Frage des Vorrangs der EMRK vor einer 1988 erlassenen Bestimmung des ZGB offen gelassen).
- Der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit ist schliesslich auch aus *föderalistischen* Gründen geboten. Die Massgeblichkeit der Bundesgesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse gibt Bund und Kantone ungleich lange Spiesse in die Hand. Während der Bund die Kantone vor Bundesgericht sanktionieren kann, wenn ihre Gesetzgebung Bundesrecht verletzt, ist es den Kantonen umgekehrt verwehrt, sich beim Bundesgericht gegen die Missachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung durch den Bundesgesetzgeber zu beschweren.



#### **5.4.4. Zur Organisation der künftigen Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen: Konzentriertes System**

Gemäss dem in der Justizreform vorgesehenen Konzept, das im Entwurf der Expertenkommission auf Gesetzesstufe umgesetzt wird, liegt die Zuständigkeit zur Überprüfung von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen *allein beim Bundesgericht* (Art. 178 VE 96 Justizreform, Art. 89 E-BGG). Die Gründe für die Wahl des *konzentrierten* Systems sind in der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung dargelegt (BBl 1997 I 512 f.).

Geprüft, aber verworfen wurde von der Expertenkommission (vgl. Zwischenbericht, Ziff. 4.7.6.) und im Rahmen der Verfassungsreform auch vom Bundesrat (vgl. BBl 1997 I 512) die Schaffung eines vom Bundesgericht losgelösten, übergeordneten Verfassungsgerichts, das mit dieser neuen Aufgabe betraut wäre. Ein solches Organisationsmodell würde zu einer Komplizierung und Verlängerung der Verfahren und zu einer gewissen "Abwertung" des Bundesgerichts führen. Der besonderen Bedeutung und Tragweite einer richterlichen Überprüfung von Erlassen des Bundesgesetzgebers trägt Artikel 19 E-BGG Rechnung, der vorsieht, dass das Bundesgericht in der Besetzung mit *elf Richtern* unter dem Vorsitz des Bundesgerichtspräsidenten urteilt (erweiterter Spruchkörper, hervorgehend aus der Vereinigung zweier Abteilungen).

Im Rahmen der Justizreform wird bewusst darauf verzichtet, die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen vorzuschlagen. Ermöglicht wird nur die *konkrete Normenkontrolle* anlässlich eines Anwendungsfalls. Diese Form der Verfassungsgerichtsbarkeit verträgt sich besser mit den Rechten des Volkes in der Referendumsdemokratie als die abstrakte Beurteilung losgelöst von der Anwendung des Gesetzes im Einzelfall. Im Entwurf der Expertenkommission ergibt sich diese Beschränkung sowohl aus Artikel 76 als auch aus Artikel 89 E-BGG. Dieselbe Beschränkung besteht auch (wie schon in Art. 178 VE 96 Justizreform vorgesehen) für die durch einen Kanton veranlasste Überprüfung der Kompetenzkonformität eines Bundesgesetzes oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses (Art. 89 Abs. 2 E-BGG).

Angesichts des konzentrierten Systems der Normenkontrolle wird eine Hauptfunktion des Vorlageverfahrens gemäss Artikel 107 ff. E-BGG deutlich: Das Vorlageverfahren dient dem Zweck, die ausschliesslich dem Bundesgericht zustehende *Normenkontrolle* gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen auch in denjenigen Sachgebieten zu ermöglichen, die nach der gesetzlichen Ordnung in die abschliessende Zuständigkeit anderer Gerichte fallen (vgl. Art. 178 a Abs. 3 VE 96 Justizreform). Ohne Vorlageverfahren könnte die Verfassungs- bzw. Völkerrechtskonformität von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen aus den fraglichen Rechtsbereichen nie überprüft werden.

#### 5.4.5. Verzicht auf weitere Neuerungen im Bereich der Normenkontrolle

Das gegenwärtige System der Normenkontrolle hat sich im übrigen bewährt und soll deshalb - in Einklang mit den Vorschlägen des Bundesrates für die Verfassungsstufe (vgl. BBl 1997 I 511 ff.) - auch künftig bestehen bleiben. Festgehalten werden soll:

- an der Möglichkeit der *abstrakten Kontrolle aller kantonalen Erlasse* und der *Konkordate* durch das Bundesgericht (vgl. Ziff. 5.2.2.). Den Kantonen soll es weiterhin frei stehen, ihrerseits abstrakte Normenkontrollverfahren gegenüber ihren Erlassen vorzusehen. Wie nach bisheriger Praxis soll die abstrakte Kontrolle der Kantonsverfassungen weiterhin Sache der Bundesversammlung sein (Gewährleistungsverfahren gemäss Art. 6 und Art. 85 Ziff. 7 BV).
- an der Möglichkeit der *vorfrageweisen Überprüfung aller kantonalen Erlasse* sowie der *Konkordate*. Die Expertenkommission ist der Auffassung, dass das Bundesgericht heute allgemein, d.h. ohne die gegenwärtig praktizierten Einschränkungen (vgl. BGE 121 I 146 f.), befugt ist, Bestimmungen des *kantonalen Verfassungsrechts* einer *konkreten* Normenkontrolle zu unterziehen. Die Realisierung dieses Postulats setzt keine spezifische gesetzgeberische Massnahme voraus; es genügt eine Änderung der Bundesgerichtspraxis (vgl. Zwischenbericht, Ziff. 4.7.2.).
- an der Möglichkeit der *vorfrageweisen Überprüfung von Verordnungen des Bundes* durch grundsätzlich alle rechtsanwendenden Behörden, mit den gebotenen Einschränkungen für untere Verwaltungsstellen.
- am Verzicht auf die abstrakte Normenkontrolle gegenüber *Verordnungen des Bundes*, da mit einer konkreten Kontrolle dem angestrebten Schutz der Gewaltentrennung Genüge getan ist.
- am *diffusen System* der Normenkontrolle ausserhalb der Überprüfung von Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen; es soll Aufgabe grundsätzlich aller rechtsanwendenden Behörden bleiben, Normen vorfrageweise auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht zu überprüfen.
- am Gebot, *Staatsverträge* auch dann anzuwenden, wenn sie mit der Bundesverfassung nicht in Einklang stehen (vgl. Art. 113 Abs. 3 BV; Art. 178 Abs. 4 VE 96 Justizreform; BBl 1997 I 535; vgl. auch Zwischenbericht Ziff. 4.7.5.). Davon zu unterscheiden ist die Frage, wieweit Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen im Konfliktfall Vorrang vor dem Völkerrecht zukommen kann. Bundesgericht und Bundesbehörden anerkennen den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechtes gegenüber dem nationalen Recht (BGE 122 II 239; VPB 1989 Nr.54). *Ausnahmsweise* sieht jedoch das Bundesgericht davon ab, dem völkerrechtswidrigen Bundesgesetz die Anwendung zu versagen (vgl. BGE 99 Ib 39 ff., *Schubert*). Auch im Rahmen der Justizreform soll dem Bundesgericht die Möglichkeit belassen bleiben, in (seltenen) Ausnahmefällen auf die Durchsetzung des Vorrangs des Völkerrechts zu verzichten (vgl. Art. 178 Abs. 3 VE 96 Justizreform).

## **5.5. Rechtsschutz im Zusammenhang mit eidgenössischen Wahlen, Abstimmungen und Volksinitiativen**

Nach geltendem Recht prüft das Bundesgericht im Rahmen der *Stimmrechtsbeschwerde* gemäss Artikel 85 Buchstabe a OG die Wahrung der politischen Rechte der Bürger im Zusammenhang mit *kantonalen* Wahlen oder Abstimmungen. Als kantonal gelten auch Wahlen und Abstimmungen in den Gemeinden (BGE 119 Ia 169 E. 1a). Demgegenüber sind die politischen Rechte auf Bundesebene von der Stimmrechtsbeschwerde nach Artikel 85 Buchstabe a OG nicht erfasst. In bezug auf *eidgenössische* Urnengänge gilt die spezielle Rechtsmittelordnung gemäss Artikel 77 ff. PRG. Das Bundesgericht besitzt nur marginale Kompetenzen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde in den Fällen von Art. 80 PRG). Entscheide der Kantonsregierungen über Beschwerden wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von eidgenössischen Abstimmungen bzw. Nationalratswahlen sind letztinstanzlich an den Bundesrat bzw. an den Nationalrat weiterziehbar (Art. 81 und 82 PRG). Gegen die Ungültigerklärung einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung steht kein Rechtsmittel zur Verfügung.

Die Expertenkommission hält es für gerechtfertigt, in bezug auf die politischen Rechte im Bund weitgehend den gleichen *gerichtlichen* Rechtsschutz zuzulassen wie gegenüber kantonalen Wahlen und Abstimmungen. Dies bedeutet, dass die *Stimmrechtsbeschwerde auch auf eidgenössischer Ebene* eingeführt wird. Der Bundesrat und der Nationalrat sollen von ihren Justizaufgaben im Zusammenhang mit Abstimmungen und Wahlen entlastet werden. Die Entscheide der Bundeskanzlei und der Kantonsregierungen auf dem Gebiet der politischen Rechte des Bundes sollen folglich vor das Bundesgericht gebracht werden können (Art. 80 Abs. 1 Bst. b E-BGG).

Im weiteren hat die Expertenkommission die Frage geprüft, ob gegen die Ungültigerklärung einer Volksinitiative durch die Bundesversammlung die Beschwerde an das Bundesgericht vorgesehen werden soll (gleich wie gegen die Ungültigerklärung einer kantonalen Initiative durch ein Kantonsparlament die Stimmrechtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist). Die mit der Totalrevision des OG angestrebten Ziele erfordern eine solche Ausweitung des Rechtsschutzes nicht. Diese Frage ist im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung zu prüfen (vgl. Art. 177a VE 96 Reform der Volksrechte, BBl 1997 I 482 ff.).

## **5.6. Integration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ins Bundesgericht**

### **5.6.1. Stellung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts nach geltendem Recht**

De lege lata "gilt" das Eidgenössische Versicherungsgericht als *organisatorisch selbständige Sozialversicherungsabteilung des Bundesgerichts* (Art. 122 OG). Es hat seinen Sitz in Luzern (Art. 124 OG). Gemäss Artikel 125 OG organisiert es sich in sinngemässer Anwendung der für das Bundesgericht geltenden

Bestimmungen des OG. In Ausführung dieser Vorschrift hat das EVG sein eigenes Reglement erlassen (SR 173.111.2). Es untersteht der Oberaufsicht der Bundesversammlung und erstattet dieser jährlich seinen Geschäftsbericht.

Auf die Wahl der Mitglieder und des Präsidiums des EVG finden die gleichen Bestimmungen Anwendung, wie sie für das Bundesgericht Geltung haben (Art. 123 Abs. 2 OG). Die Richterwahl erfolgt für beide Gerichte getrennt; ein Wechsel von der Sozialversicherungsabteilung in eine andere Abteilung des Bundesgerichts ohne Neuwahl ist nicht möglich.

Die anlässlich der Revision des OG von 1968 beschlossene Regelung beruht auf einem Kompromiss. Einerseits trägt sie organisatorischen und verfahrensrechtlichen Überlegungen Rechnung, die eine Vereinigung von EVG und Bundesgericht nahelegten, andererseits berücksichtigt sie politische, insbesondere föderalistische Gesichtspunkte, die für die Beibehaltung des Sitzes in Luzern sprachen (vgl. AB 1967 272 ff.). Die Eingliederung des EVG in das Bundesgericht hat weitgehend formellen Charakter. Faktisch bestehen mit dem EVG und dem Bundesgericht zwei eigenständige Gerichte auf gleicher Stufe, für die jedoch grundsätzlich die selbe Verfahrensordnung gilt und deren Tätigkeit in einem gewissen Umfang koordiniert ist.

### **5.6.2. Vorschlag der Expertenkommission**

Die Expertenkommission hat die Stellung des EVG einer Überprüfung unterzogen und schlägt in diesem Punkt als Neuerung vor, das EVG *vollständig* ins Bundesgericht in Lausanne zu *integrieren*.

Für die Diskussion dieses Punktes stand der Expertenkommission u.a. ein Bericht des EVG vom 4. März 1997 zur Verfügung, welcher sich einlässlich zum geschichtlichen Hintergrund, zur gegenwärtigen Stellung des EVG und zu den Vor- und Nachteilen neuer Lösungen äussert.

Das EVG spricht sich in diesem Bericht einhellig *gegen* die Beibehaltung des *Status quo* aus. Die Mängel, welche sich aus dem Kompromisscharakter der geltenden Regelung ergäben, seien mit der Revision des OG zu beseitigen. Dies betreffe insbesondere die fehlende "Freizügigkeit" der Mitglieder und Mitarbeiter der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung. Die Expertenkommission teilt diese Auffassung. Die geltende Ordnung führt zu einem erheblichen Koordinationsaufwand. Der selbständige Sitz des EVG erschwert den Kontakt mit den öffentlichrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts; dadurch wird die Einheit der letztinstanzlichen Verwaltungsrechtsprechung gefährdet. Darüber hinaus würde der selbständige Sitz des EVG künftig erhebliche Umstände verursachen im Zusammenhang mit der Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen, für die eine besondere Besetzung des Spruchkörpers vorgesehen ist, nämlich die Vereinigung der im betreffenden Streitfall zuständigen (und damit allenfalls auch der Sozialversicherungsabteilung) mit einer öffentlichrechtlichen Abteilung unter Vorsitz des Bundesgerichtspräsidenten (vgl. Art. 19 E-BGG). Im übrigen entspricht das faktische Bestehen *zweier* oberster Gerichte kaum den Vorstellungen des Verfassungsprojekts, welches vom Bundesgericht als *die* oberste rechtsprechende Behörde des Bundes spricht (Art. 176 Abs. 1 VE 96 bzw. VE 96 Justizreform). Es empfiehlt sich daher, den Status quo aufzugeben.

Für eine Reform bieten sich grundsätzlich zwei Lösungen an:

- *Totalintegration*: Das EVG wird vollständig in das Bundesgericht integriert. Der Sitz in Luzern wird aufgehoben. Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Sozialversicherungssachen wird von den öffentlichrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts ausgeübt, die in ihrer Zahl entsprechend aufzustocken sind.
- *Teilintegration*: Das EVG wird als sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit Sitz in Luzern weitergeführt, aber nicht mehr mit eigener Führungsstruktur und eigenem Budget. Es gibt nur noch das Präsidium des Bundesgerichts. Die Mitglieder der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung können ohne Neuwahl in die anderen Abteilungen wechseln und umgekehrt.

Die *Teilintegration* wird von der Expertenkommission *verworfen*. Sie zementiert die oben dargelegten Schwierigkeiten, welche sich aus zwei verschiedenen Standorten ergeben. Darüber hinaus schafft sie neue Probleme: Infolge Wegfalls der organisatorischen Selbständigkeit müsste generell mit häufigen Reisen der Richter gerechnet werden zwecks Teilnahme an den Plenarversammlungen und der Konferenz der Abteilungspräsidenten sowie zwecks Mitwirkung in der Verwaltungskommission etc. Die Führung der Sozialversicherungsabteilung von Lausanne aus dürfte nicht einfach sein. Umgekehrt würden sich besondere Schwierigkeiten ergeben, wenn das Präsidium des Bundesgerichts einem Mitglied der Sozialversicherungsabteilung in Luzern zufiele. Ein Wechsel der Richter in eine andere Abteilung wäre zwar ohne Neuwahl möglich, aber mit erheblichen Umständen verbunden (Wohnsitzwechsel).

Demgegenüber kann die *Totalintegration* überwiegende Vorteile für sich verbuchen: Zum einen trägt sie der Tatsache Rechnung, dass das Sozialversicherungsrecht kein losgelöster Rechtszweig darstellt, sondern in die übrige Rechtsordnung eingebettet ist; es bildet einen wesentlichen Teil des Verwaltungsrechts. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts gelten auch in der Sozialversicherung. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in gemeinsamen Fragen und eine koordinierte richterliche Fortbildung des Verwaltungsrechts sind daher wichtig; sie können bei einer Integration des EVG ins Bundesgericht entschieden besser sichergestellt werden. Enge Beziehungen bestehen auch zum Privatrecht, namentlich dem Personen-, Familien-, Arbeits- und Gesellschaftsrecht. Nicht selten hat das EVG vorfrageweise über privatrechtliche Fragen zu entscheiden. Die Integration des EVG in das Bundesgericht kann die Beurteilung solcher Fragen erleichtern.

Als sachlich richtige Lösung erscheint die Vereinigung der beiden Gerichte auch aus verfahrensrechtlicher Sicht: Schon heute gelten für das EVG und die öffentlichrechtlichen Abteilungen, was die Verwaltungsgerichtsbarkeit angeht, weitgehend identische Verfahrensordnungen. Die wenigen Sonderregelungen, etwa hinsichtlich der Kognition und der Kosten (Art. 132 und 134 OG), werden mit der vorgesehenen Revision des OG beseitigt. Das Sozialversicherungsrecht erfährt eine verfahrensrechtliche Gleichstellung mit dem übrigen Verwaltungsrecht.

Sodann entfallen bei der Integrationslösung Probleme der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem Bundesgericht und dem EVG, was

zur Beschleunigung der Verfahren beiträgt. Ein weiterer Vorteil der Integrationslösung bildet der Umstand, dass auch den Mitgliedern der Sozialversicherungsabteilung ein Wechsel in eine andere Abteilung ohne Neuwahl möglich ist.

Die Vereinigung der beiden Gerichte dürfte Kosteneinsparungen namentlich im Bereich der Infrastruktur zur Folge haben (Zusammenlegung der Bibliotheken und Dokumentationsdienste, Konzentration der EDV auf einen Standort, Integration der Kanzlei). Es ist anzunehmen, dass insgesamt weniger Hilfspersonal benötigt wird; das vorhandene Personal kann dank breiterem Arbeitsfeld effizienter eingesetzt werden. Ferner resultiert ein Zeitgewinn für die Richter: Der Verzicht auf eine selbständige Organisation entlastet die Mitglieder der Sozialversicherungsabteilung von einem Teil ihrer administrativen Aufgaben, was der Rechtsprechung zugute kommt. Nicht zuletzt hebt die Integration des EVG ins Bundesgericht dessen Gewicht und Ansehen als dazumal einziges oberstes Gericht, welches für sämtliche Rechtsbereiche zuständig ist.

Als Nachteil der vorgeschlagenen Totalintegration bleibt die Tatsache, dass Luzern das EVG verliert. Zudem sind mit der Sitzverlegung Kosten verbunden, die allerdings durch die mit der Zusammenlegung erzielbaren Synergieeffekte mehr als kompensiert werden dürften. Der Verlust für Luzern könnte wettgemacht werden, indem das Bundesverwaltungsgericht dort situiert wird (vgl. Ziffer 5.7.1.in fine).

## **5.7. Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege des Bundes**

Die Verwaltungsrechtspflege des Bundes erfährt im wesentlichen in dreierlei Hinsicht eine Neuerung: Zum einen wird die dem Bundesgericht vorgelagerte Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit ausgebaut und neu organisiert (dazu Ziff. 5.7.1.). Dies führt zu einer Neugestaltung des Modellinstanzenzuges (dazu Ziff. 5.7.2.). Zum dritten verlagert sich die höchstinstanzliche Verwaltungsrechtspflege noch konsequenter von den politischen Behörden zum Bundesgericht; die Beschwerde an den Bundesrat und diejenige an die Bundesversammlung werden weitgehend abgeschafft (dazu Ziff. 5.7.3.)

### **5.7.1. Neuorganisation der dem Bundesgericht vorgelagerten Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes**

Wie in Ziffer 5.1.1. dargetan, sollen die bestehenden Lücken in der unteren Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes geschlossen werden. Die Bedeutung und der Umfang dieses Gerichtszweiges nimmt damit weiter zu, was zur Frage einer Neuorganisation berechtigt. Die Expertenkommission hat zu dieser Frage bei Herrn Prof. Dr. Rainer J. Schweizer, St. Gallen, ein Gutachten eingeholt.

*Heute* wird die untere Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes von über 27 Rekurs- und Schiedskommissionen ausgeübt (ohne die 26 regionalen Rekurskommissionen für die Milchkontingentierung und ohne

Schätzungskommissionen), die als Spezialverwaltungsgerichte für einen mehr oder weniger grossen Sachbereich zuständig sind. Einzelne, wie zum Beispiel die Asylrekurskommission und die Rekurskommission EVD, setzen sich aus Berufsrichtern (und nebenamtlichen Mitgliedern) zusammen, die meisten fassen dagegen ausschliesslich nebenamtlich tätige Mitglieder.

Die stark zersplitterte Struktur schafft eine erhebliche Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit bezüglich der Zuständigkeiten. Zum Teil variieren die anwendbaren Verfahrensvorschriften, was die Unsicherheit noch verstärkt. Weitere Nachteile kommen hinzu: Je spezieller der Aufgabenbereich einer Rekurskommission ist, desto eher können Schwankungen in der Geschäftslast zu organisatorischen Problemen führen. Jedenfalls die kleineren Rekurskommissionen haben ausserdem mit praktischen Schwierigkeiten zu kämpfen. Ihnen fehlt die Routine, ja zum Teil die Professionalität im Entscheidungsverfahren und in der Geschäftserledigung. Oftmals sind sie nicht in der Lage, die für eine optimale Rechtsprechung erforderliche personelle, fachliche und technische Infrastruktur aufzubauen und aufrechtzuerhalten. Schliesslich gefährdet die starke Zersplitterung die Geschlossenheit der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes. Wegen dieser Nachteile *verwirft* die Expertenkommission ein Festhalten an der bestehenden Organisationsstruktur. Ihre Nachteile würden künftig noch verstärkt, wenn zur Bewältigung der neu hinzukommenden Aufgaben weitere Rekurskommissionen eingesetzt werden müssten.

Für eine *Neuorganisation* hat die Expertenkommission zwei Varianten in Betracht gezogen:

- Bildung eines *zentralen Bundesverwaltungsgerichts* (allenfalls unter Beibehaltung einzelner Spezialrekurskommissionen)
- Schaffung einer *kleineren Zahl eigenständiger Bundesverwaltungsgerichte* mit sachlich begrenztem Zuständigkeitsbereich und regional verschiedenen Sitzen (beispielsweise Bundesverwaltungsgericht für Asyl- und Ausländerrecht, Bundesverwaltungsgericht für Wirtschaftsrecht, Bundesverwaltungsgericht für Abgaberecht, Bundesverwaltungsgericht für Sozialversicherungsrecht und Bundesverwaltungsgericht für den Restbereich)

Die *zentrale* Lösung weist überwiegend *Vorteile* auf: Die Koordination der Rechtsprechung lässt sich leichter bewerkstelligen. Probleme bei der Zuständigkeitsabgrenzung entfallen. Sodann kann die Geschäftslast besser verteilt und damit die Arbeitskraft der Richter und des Personals optimaler genutzt werden (Verpflichtung zur "Aushilfe" in anderen Abteilungen). Es kann eine professionelle Infrastruktur aufgebaut werden. Eine solche erleichtert die richterliche Tätigkeit und verleiht dem Gericht grössere Autorität. Dank der Zusammenlegung der bestehenden Rekurskommissionen lassen sich Synergieeffekte realisieren. Auch dürften sich weniger Rekrutierungsprobleme ergeben, weil bei einem zentralen Bundesverwaltungsgericht die Richter in die verschiedenen Abteilungen wechseln können und sich somit nicht mehr auf ein enges Spezialgebiet beschränken müssen.

Diese Vorteile gehen bei einer *kleineren Zahl dezentraler Gerichte* zumindest teilweise *verloren*. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in den bereichsübergreifenden Fragen des Bundesverwaltungsrechts wäre nicht

sichergestellt. Es müsste mit einer recht unterschiedlichen Arbeitsbelastung dieser Gerichte gerechnet werden, ohne dass ein Ausgleich möglich ist. Als Nachteil fällt bei der dezentralen Lösung sodann vor allem die Zuständigkeitsabgrenzung ins Gewicht. Eine Rotation der Richter ist nicht möglich. Einsparungseffekte dank zentraler und gemeinsam genutzter Infrastruktur gehen verloren. Als einziger Vorteil der dezentralen Lösung erscheint der Umstand, dass mehrere Regionen berücksichtigt werden könnten; er vermag indessen die Nachteile nicht aufzuwiegen.

In Übereinstimmung mit dem Gutachten von Herrn Prof. Rainer J. Schweizer vom Oktober 1996 schlägt die Expertenkommission deshalb vor, ein *zentrales Bundesverwaltungsgericht* mit grundsätzlich umfassendem Zuständigkeitsbereich zu bilden. Insbesondere soll auch die Asylrekurskommission im Bundesverwaltungsgericht aufgehen. Dies hat den Vorteil, dass die Asylrichter in die anderen Abteilungen wechseln können, was die Rekrutierung qualifizierter Persönlichkeiten erleichtert. Neben dem zentralen Bundesverwaltungsgericht soll einzig die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) beibehalten werden, da vor dieser Instanz besondere Verfahrensregeln gelten und weiterhin gelten sollen. Das Verfahren vor der UBI bezweckt nicht allein den Rechtsschutz des Einzelnen, sondern stellt auch ein staatliches Aufsichtsinstrument dar. Es geht um eine eigentliche Programmaufsicht. Dementsprechend weit gefasst ist die Beschwerdebefugnis (Popularbeschwerde; vgl. Art. 63 Bundesgesetz vom 21.6.1991 über Radio und Fernsehen, RTVG, SR 784.40). Geprüft wird die Einhaltung der Programmbestimmungen, und das Verfahren ist grundsätzlich kostenlos (Art. 62 Abs. 2, 65 Abs. 1 und 66 RTVG).

Nach den Vorstellungen der Expertenkommission untergliedert sich das Bundesverwaltungsgericht in mehrere *Abteilungen* à je sieben Richter. Der Zuständigkeitsbereich der Abteilungen wird aus Gründen der Flexibilität nicht im Gesetz festgelegt, sondern dem Reglement überlassen. Aufgrund der Erhebungen über die Geschäftserledigungen der Rekurskommissionen (1996: 8'528 erledigte Fälle) und der departementsinternen Beschwerdedienste (1996: 2'892 erledigte Fälle) sind elf Abteilungen vorzusehen.

Geht man von elf Abteilungen à sieben Richter aus, beläuft sich der *Personalbedarf* des Bundesverwaltungsgerichts auf 77 vollamtliche Richter. Diese Zahl erscheint durchaus angemessen, vor allem wenn man in Betracht zieht, dass im Bundesverwaltungsgericht auch die Asylrekurskommission aufgeht, die heute allein schon 27 vollamtliche Mitglieder umfasst. Insgesamt sind heute an den Rekurs- und Schiedskommissionen 44 vollamtliche und 301 nebenamtliche Richter sowie 25 Ersatzmitglieder tätig. Mit in Relation zu ziehen sind ferner die über 30 Juristenstellen, die auf die departementsinternen Beschwerdedienste entfallen. Aufgrund der Erfahrungen an anderen Gerichten sind pro Richter zwei juristische und 1/2 administrative Mitarbeiter beizugeben, so dass rund 190 Hilfspersonen hinzukommen (154 Juristen, 36 Kanzlei). Die Zahlen stützen sich u.a. auf die Untersuchungen von Herrn Prof. J. Schweizer im Nachtrag vom Februar 1997 zu seinem Gutachten vom Oktober 1996.

Vorgeschlagen wird, *vollamtliche Gerichtsmitglieder* zu bestellen und auf nicht vollamtliche Richter zu verzichten. Professionelle Richter garantieren für Qualität, Konstanz und Routine in der Geschäftserledigung. Der



Verfahrensablauf ist ihnen aufgrund täglicher Erfahrung vertraut. Nicht vollamtliche Richter sind demgegenüber aus beruflichen Gründen und von ihrer zeitlichen Belastung her oft nicht ausreichend verfügbar, was einer speditiven Behandlung der Fälle entgegensteht. Auch können sich unter dem Aspekt einer möglichst "abstrakten" Geschäftsverteilung Probleme ergeben (wer bestimmt nach welchen Kriterien, welcher nebenamtliche Richter bei welchem Fall mitwirkt?). Soweit im Einzelfall Fachkunde erforderlich ist, welche die Berufsrichter nicht besitzen, können Experten beigezogen werden.

Die *Wahl* der Richter soll nach Auffassung der Expertenkommission der Bundesversammlung zustehen. Ebenso soll diese die *Aufsicht* über das Bundesverwaltungsgericht ausüben. Dafür sprechen vor allem Gründe der richterlichen Unabhängigkeit; es wird jeder Anschein beseitigt, dass das Bundesverwaltungsgericht faktisch ein Stück ausgegliederte Bundesverwaltung sei, die vom Bundesrat kontrolliert werde. Die Wahl durch die Bundesversammlung macht die Richterstellen für kompetente Persönlichkeiten attraktiv und stellt das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich Legitimität auf einen hohen Rang. Ein hohes Ansehen des Bundesverwaltungsgerichts ist sehr wichtig; sonst bringt es kaum Entlastung für das Bundesgericht. Nur wenn der Rechtssuchende Vertrauen in das Bundesverwaltungsgericht fasst, hegt er Respekt vor seinen Urteilen und zieht diese nicht selbstverständlich ans Bundesgericht weiter.

Als *Sitz* des Bundesverwaltungsgerichts schlägt die Expertenkommission Luzern vor. Zum einen wird damit dieser Region ein würdiger Ersatz für den Verlust des Eidgenössischen Versicherungsgerichts angeboten. Zum andern erscheint Luzern dank seiner zentralen Lage als geeigneter Standort. Die Distanz zu Bern markiert in wünschbarer Weise die Unabhängigkeit von der Bundesverwaltung.

Die vollamtlichen Präsidenten der eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen wurden am 18. April 1997 durch den Präsidenten der Expertenkommission über den Vorschlag eines zentralen Bundesverwaltungsgerichts informiert und zur Stellungnahme eingeladen. Dabei hat sich herausgestellt, dass die Gründe für die Schaffung eines Bundesverwaltungsgerichts zu überzeugen vermochten.

## **5.7.2. Modellinstanzenzug**

### **5.7.2.1. Verfügungen eidgenössischer Instanzen**

Der flächendeckende Ausbau der dem Bundesgericht vorgelagerten gerichtlichen Überprüfung von Verfügungen eidgenössischer Instanzen unter Bildung eines zentralen Bundesverwaltungsgerichts wirft die Frage auf, wie der Instanzenzug in diesem Bereich künftig aussehen soll.

Die *bestehende* Ordnung sieht für Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden als Regel einen zweistufigen Rechtsmittelzug vor. Dabei galt lange der Grundsatz, dass zunächst eine verwaltungsinterne Überprüfung und anschliessend eine gerichtliche Überprüfung durch das Bundesgericht oder aber die Beschwerde an den Bundesrat möglich waren. Den verwaltungsinternen Beschwerdeorganen steht volle Kognition

einschliesslich Angemessenheitskontrolle zu, während das Bundesgericht im wesentlichen auf die Sachverhalts- und Rechtskontrolle beschränkt ist. Die Abfolge von verwaltungsinterner und gerichtlicher Überprüfung wurde mit dem Ausbau der eidgenössischen Rekurskommissionen anlässlich der Revision des OG von 1991 über weite Strecken zugunsten eines zweistufigen *gerichtlichen* Instanzenzuges aufgegeben. An die Stelle der departementalen Beschwerdedienste traten die Rekurskommissionen, ausgestattet mit vergleichbarer Prüfungsbefugnis. Zu Recht wurde darin eine Verbesserung des Rechtsschutzes erblickt (vgl. BBl 1991 II 480).

Nach Auffassung der Expertenkommission ist der eingeschlagene Weg konsequent weiterzugehen. Dies bedeutet, dass das Bundesverwaltungsgericht die verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen *ersetzt* und nicht als weitere Instanz hinzukommt. Anders zu entscheiden, hiesse, den Instanzenzug unnötig in die Länge zu ziehen. Die Beschwerdedienste der Departemente müssten aufrechterhalten bleiben, verbunden mit den entsprechenden finanziellen Konsequenzen. Beides ist unerwünscht. Der Verzicht auf die verwaltungsinterne Beschwerde dürfte für die Departemente verkraftbar sein, da sie gleichwohl als Aufsichtsbehörden (via Weisungen) auf die Ermessensausübung der Ämter Einfluss nehmen können. Eine Umfrage bei den Beschwerdediensten der Departemente liess denn auch mehrheitlich eine positive Haltung gegenüber einem Verzicht auf die verwaltungsinterne Beschwerde erkennen.

Vorgeschlagen wird somit folgender *Modellinstanzenzug*: Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden unterliegen *direkt* der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Der verwaltungsinterne Beschwerdeweg entfällt. Soweit ein Bundesgesetz vorsieht, dass gegen eine Verfügung Einsprache erhoben werden kann, ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht jedoch erst gegen den Einspracheentscheid zulässig. Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts sind grundsätzlich an das Bundesgericht weiterziehbar, soweit nicht der Ausnahmekatalog greift (vgl. Art. 77 E-BGG). Trifft letzteres zu, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig.

Welche Konsequenzen sind aus dem Wegfall der verwaltungsinternen Beschwerde in bezug auf den *Umfang der Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts* zu ziehen? Die Mehrheit der Expertenkommission spricht sich dafür aus, dass dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition, also insbesondere *auch die Angemessenheitskontrolle*, zusteht. Die Angemessenheit einer Verfügung sollte wenigstens einmal überprüft werden. Sonst wird der Rechtsschutz verkürzt. Dieser Gedanke hat Vorrang vor dogmatischen Überlegungen, wonach Gerichte von ihrer Funktion her darauf beschränkt sein sollten, die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung zu kontrollieren (Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung, Ermessensmissbrauch). Würde die Rüge der Unangemessenheit gänzlich verunmöglicht, bestünde die Gefahr einer Überdehnung des Willkürbegriffs, um auf diesem Umweg dennoch zu einer Angemessenheitskontrolle zu gelangen.

#### **5.7.2.2. Verfügungen letzter kantonaler Instanzen**

Die Expertenkommission hat geprüft, ob - mindestens in gewissen Fällen - auch Verfügungen letzter kantonaler Instanzen der Beschwerde an das

Bundesverwaltungsgericht unterliegen sollen. Sie hat diese Frage aus folgenden Überlegungen *verneint*: Die letztinstanzliche Kontrolle der kantonalen Rechtsprechung und insbesondere die Sicherstellung der einheitlichen Anwendung von Bundesrecht durch die Kantone soll weiterhin dem *Bundesgericht* zustehen. Es erscheint als oberstes Gericht des Bundes hierzu am besten legitimiert. Eine endgültige Entscheidungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts gegenüber Verfügungen letzter kantonalen Instanzen kommt daher nicht in Frage. Bleibt die Möglichkeit, das Bundesverwaltungsgericht dem Bundesgericht vorzuschalten. Die vorgängige Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht würde indessen nicht nur den Instanzenzug unerwünscht verlängern, sie ist in diesem Bereich unter Entlastungsgesichtspunkten auch nicht nötig. Denn die Kantone haben - von wenigen Ausnahmen abgesehen - durchwegs richterliche Behörden als letzte Instanzen einzusetzen. Damit ist dem Grundsatz der richterlichen Vorinstanz Genüge getan; die Filterwirkung kann spielen.

Bei dieser Lösung ist freilich in Kauf zu nehmen, dass dort, wo der Weiterzug an das Bundesgericht ausgeschlossen ist, die Kantone abschliessend urteilen, auch wenn sie Bundesrecht anwenden. Nach dem vorgeschlagenen Ausnahmekatalog tritt diese Konstellation nur in einem engen Bereich auf (vgl. Art. 77 E-BGG).

### **5.7.3. Weitgehender Verzicht auf die Beschwerde an den Bundesrat und an die Bundesversammlung**

Die Zuständigkeiten des Bundesrates (und der Bundesversammlung) in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege sind aus mehreren Gründen (vgl. Ziffer 2.4.) problematisch und daher weitgehend abzubauen. Der Beschwerdeweg an den Bundesrat kann aber nicht ersatzlos gestrichen werden. Die Befugnisse, die der Bundesrat heute als Beschwerdeinstanz wahrnimmt, sind den Organen zu übertragen, die sich sonst mit der letztinstanzlichen Staats- und Verwaltungsrechtspflege befassen, das heisst primär dem Bundesgericht und - soweit der Ausnahmekatalog greift - dem Bundesverwaltungsgericht.

In der Beurteilungskompetenz des Bundesrates *bleiben* sollen Beschwerden gegen Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten. Es handelt sich hierbei um Fälle, welche schwergewichtig politische Fragen aufwerfen, über die zu befinden der Bundesrat am besten in der Lage ist. Die Zuständigkeit des Bundesgerichts ist allerdings vorzubehalten, soweit das Völkerrecht, namentlich Artikel 6 Absatz 1 EMRK, einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Daneben soll auch die Behandlung von Aufsichtsbeschwerden und von Beschwerden wegen mangelhafter Vollziehung von Bundesgerichtsurteilen weiterhin dem Bundesrat obliegen.

Was die Rechtspflegekompetenzen der *Bundesversammlung* anbelangt, ist konsequenterweise mit der Aufhebung der bundesrätlichen Kompetenz nach Artikel 73 Absatz 1 Buchstabe a und b VwVG auch die Weiterzugsmöglichkeit an die Bundesversammlung (Art. 79 VwVG) zu streichen. Soweit Spezialgesetze die Beschwerde an die Bundesversammlung vorsehen, ist

deren Berechtigung im Einzelfall zu prüfen. Dieselbe ist jedenfalls für die Beschwerde nach Artikel 5 des Garantiegesetzes (SR 170.21) gegen die Verweigerung der Zustimmung zur Strafverfolgung durch den Bundesrat oder durch das Bundesgericht gegeben.

Mit guten Gründen legt die Verfassung (Art. 85 Ziff. 13 BV) die Zuständigkeit zum Entscheid von Kompetenzstreitigkeiten zwischen den obersten Bundesbehörden in die Hände der Bundesversammlung. Sie ist das volksvertretende und insofern oberste Organ des Bundes und übt die Oberaufsicht über die Verwaltung und die Rechtspflege aus. Dies verleiht ihr die Berechtigung, über Kompetenzkonflikte zwischen den obersten Bundesorganen zu entscheiden. An dieser Zuständigkeit der Bundesversammlung soll daher festgehalten werden. Sie spielt im übrigen keine grosse praktische Rolle.

Zum vorgeschlagenen Abbau der Rechtspflegekompetenzen des Bundesrates und des Nationalrates im Bereich der politischen Rechte vgl. Ziffer 5.5.

## **5.8. Reform der Bundesstrafgerichtsbarkeit**

Wie unter Ziffer 5.1.2. dargelegt, soll die erstinstanzliche Bundesstrafrechtspflege auf ein neues, selbständiges Bundesstrafgericht übertragen und insofern eine Lücke in der geltenden Gerichtsorganisation geschlossen werden. Das Bundesgericht wird dadurch von der Aufgabe entbunden, als erstinstanzliches Gericht den vollständigen Sachverhalt festzustellen. Zudem kann eine aus der Sicht des Rechtsschutzes wenig befriedigende Situation behoben werden: Die Nichtigkeitsbeschwerde an den ausserordentlichen Kassationshof kann heute nur wegen Verfahrensfehlern erhoben werden und nur insoweit, als diese bereits während der Hauptverhandlung gerügt worden sind (Art. 220 BStP). Demgegenüber unterliegen nach dem Entwurf erstinstanzliche Urteile des Bundesstrafgerichts vollumfänglich und ohne Vorprüfung der Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 73 Abs. 1, Art. 90 Abs. 2, Art. 94 Abs. 2 E-BGG; vgl. auch Art. 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK, SR 0.101.07). Der Vorbehalt zu Artikel 14 Absatz 5 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über die bürgerlichen und politischen Rechte (SR 0.103.2, AS 1993 747) wird damit hinfällig.

Durch andere geplante oder bereits eingeleitete Reformen auf dem Gebiet der Bundesstrafrechtspflege wird das Bundesstrafgericht zusätzlich an Bedeutung gewinnen.

### **5.8.1. Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts**

Die Einsetzung des Bundesstrafgerichts ändert die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen nicht; die Gerichtsorganisation bleibt im Zuständigkeitsbereich der Kantone. Gemäss Artikel 179 Absatz 1 VE 96 Justizreform ist es dem Gesetzgeber vorbehalten, die Aufgaben des neuen Gerichts zu definieren, indem er insbesondere festlegt, welche Fälle der Gerichtsbarkeit des Bundes unterliegen.

Das von der Expertenkommission vorgeschlagene Modell definiert einen Zuständigkeitsbereich, der, von einem notwendigen Minimum ausgehend, die derzeitigen Kompetenzen des Bundesstrafgerichts, der Bundesassisen und der Anklagekammer umfasst. Darüberhinaus kann der Gesetzgeber weitere Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts begründen: Erweiterung des Katalogs von strafbaren Handlungen, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen (Art. 340 StGB), Ausdehnung der Kompetenzen der Anklagekammer, verbunden mit zusätzlichen Bundeskompetenzen auf dem Gebiet der Ermittlung und der Untersuchung, Beschwerde gegen Entscheide eidgenössischer und kantonaler Behörden auf dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Übertragung der Funktion der drei Militärappellationsgerichte auf das Bundesstrafgericht (hinsichtlich Appellationen gegen Urteile der Divisionsgerichte). Von diesen Kompetenzzuweisungen können die zuerst genannten schon ziemlich genau festgelegt werden. Die andern hingegen hängen von späteren Entscheiden des Gesetzgebers ab. Diese sind entweder auf der Basis von Vorlagen zu fällen, die nicht zum Auftrag der Expertenkommission gehören (Ausweitung der Bundesgerichtsbarkeit, Vereinheitlichung des Strafprozessrechts), oder auf der Basis einlässlicher, noch vorzunehmender Studien (Aufhebung von kantonalen Rekursinstanzen auf dem Gebiet der Rechtshilfe, Militärgerichtsbarkeit).

Wie nachstehend ausgeführt, würden die Zuständigkeiten, die aufgrund des in Kraft stehenden Rechts dem neuen Gericht an sich sofort übertragen werden könnten, nicht genügen, um ein vollamtliches Richtergremium auszulasten. Deshalb kann die Expertenkommission derzeit nur ein theoretisches Modell beschreiben. Die Einsetzung des Bundesstrafgerichts sowie die Regelung dessen Organisation und des vor ihm geltenden Verfahrens müssen Gegenstand eines separaten Gesetzgebungsprojekts bilden. Dabei erscheint es wünschenswert, dass das entsprechende Gesetz zur gleichen Zeit in Kraft tritt wie das Bundesgesetz über das Bundesgericht. Dies ist übrigens der Grund, weshalb der Entwurf das Bundesstrafgericht in verschiedenen Artikeln bereits erwähnt (Art. 90 Abs. 2, 94 Abs. 2, 100 Abs. 3 E-BGG).

- Die Übertragung der erstinstanzlichen Bundesstrafgerichtsbarkeit auf das Bundesstrafgericht umfasst zunächst die Tatbestände, die Artikel 341 StGB in die Beurteilungskompetenz der Bundesassisen stellt. Diese Fälle sind so selten, dass die Bundesassisen seit Anfang dieses Jahrhunderts nur zweimal zusammengetreten sind. Dies ist jedoch kein Grund, auf eine Kompetenzübertragung zu verzichten, insbesondere weil damit eine Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht als zweite Instanz eröffnet wird.

Schliesslich und vor allem werden dem neuen Gericht die Kompetenzen des heutigen Bundesstrafgerichts übertragen. Nach dem geltenden Recht, das durch das Projekt nicht geändert wird, entscheidet das Bundesstrafgericht über diejenigen strafbaren Handlungen, die nach Artikel 340 StGB der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen, sowie über Verwaltungsstrafsachen, die in Anwendung von Artikel 21 Absatz 3 VStrR vor das Bundesstrafgericht gelangen. Zwar trifft es zu, dass die geringe Anzahl der Fälle, die das heutige Bundesstrafgericht zu beurteilen hat (vgl. Ziff. 5.1.2.), für sich allein die Schaffung eines neuen erstinstanzlichen Gerichts nicht zu rechtfertigen

vermöchte, doch kann dessen Kompetenzbereich künftig auf zwei Arten eine Ausdehnung erfahren:

- Zunächst einmal dadurch, dass weitere strafbare Handlungen der Strafgerichtsbarkeit des Bundes unterstellt werden. Entsprechendes sieht der Botschaftsentwurf betreffend die Massnahmen zur Verbesserung der Wirksamkeit und der Gesetzmässigkeit der Strafverfolgung (nachstehend Projekt "Wirksamkeit") vor. Dieser Entwurf nimmt mit einigen Anpassungen wieder auf, was in der zurückgestellten Botschaft vom 18. August 1993 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege (Entflechtung der Funktionen des Bundesanwaltes) angesprochen wurde, wo bereits die Schaffung eines vom Bundesgericht unabhängigen "Bundesstrafgerichts erster Instanz" vorgesehen war (BBl 1993 III 677). Das Projekt "Wirksamkeit" schlägt namentlich einen Artikel 340<sup>bis</sup> StGB vor, welcher dem Bund zusätzliche Kompetenzen in den Bereichen der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens zuweist. Mit der Verabschiedung dieses Projektes würden der Bereich der Bundesgerichtsbarkeit und damit die Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts stark ausgedehnt. Die Anzahl und vor allem die Komplexität dieser Fälle lassen erwarten, dass ein Bundesstrafgericht, das nicht nur aus vollamtlichen Richtern, sondern wahrscheinlich auch aus nebenamtlichen Richtern bestünde, vollauf beschäftigt wäre. Der erwähnte Botschaftsentwurf ist weit vorangeschritten. Seine Verabschiedung durch den Bundesrat ist für August 1997 geplant. Deshalb rechnet die Expertenkommission damit, dass - wie vorne angeführt - das separate Gesetz, welches das Bundesstrafgericht einführen und ihm die neuen Zuständigkeiten, wie im Projekt "Wirksamkeit" vorgesehen, zuweisen wird, gleichzeitig mit dem Gesetz über das Bundesgericht in Kraft treten könnte.
- Die Kompetenzen des Bundesstrafgerichts könnten zudem durch eine Änderung der Delegationspraxis an die kantonalen Behörden nach Artikel 18 BStP ausgedehnt werden. Diese Praxis ist heute sehr grosszügig (vgl. Ziff. 5.1.2.). Gemäss den Statistiken der Bundesanwaltschaft wurde 1996 in 398 Fällen davon Gebrauch gemacht (1995: 454 Fälle). Der grösste Teil davon betrifft jedoch geringfügige Delikte (Fälschung von Transport- oder Postdokumenten, kleinere Gesetzesverstösse betreffend explosive Stoffe, Kriegsmaterial oder Falschgeld etc.). Für diese zahlreichen Fälle, welche den Kantonen ohne vorgängige gerichtspolizeiliche Untersuchung zugewiesen wurden, wäre ein Verzicht auf die Delegation wohl nicht angebracht. Andernfalls würde das Bundesstrafgericht zu einer Art Polizeigericht, was nicht dessen Rolle sein soll. Die gleiche Statistik zählt aber im jährlichen Durchschnitt auch 20 - 30 komplexere und wichtigere Fälle, die erst nach einer Untersuchung delegiert werden können (grosse Fälle von Falschgeld- oder Kriegsmaterialdelikten, Beamtendelikte etc.). Bei Bestehen eines Bundesstrafgerichts (und reorganisierter Untersuchungsorgane) rechtfertigt es sich zweifellos, in diesen Fällen - oder in den meisten von ihnen - von einer Delegation an die kantonalen Gerichtsbehörden abzusehen. Es ist jedoch nicht an der Expertenkommission, solche Fragen zu entscheiden; diese sind im Rahmen der Projekte zur Änderung des Strafprozessrechtes zu prüfen.

- Die Ausdehnung der Bundesstrafgerichtsbarkeit durch Zuweisung neuer Zuständigkeiten und durch eine restriktivere Delegationspraxis wird sich direkt auf das Arbeitsvolumen der *Anklagekammer* des Bundesgerichts auswirken. Dies in einem Ausmass, dass zusammen mit den schon bestehenden Aufgaben der Anklagekammer möglicherweise drei vollamtliche Richter erforderlich wären. Aber auch diesbezüglich kann die Expertenkommission nur Schätzungen vornehmen, da die effektive Zunahme des Arbeitsvolumens von anderen Projekten abhängt, in die sie nicht involviert ist.

Hingegen können die Wirkungen einer Übertragung der heutigen Aufgaben der Anklagekammer besser ermittelt werden. Die Anklagekammer setzt sich aus drei Richtern zusammen, die nicht dem Bundesstrafgericht angehören. Sie hat die Aufgabe, als Aufsichtsbehörde und Beschwerdeinstanz zugleich zu garantieren, dass sich die Strafuntersuchung rechtmässig abwickelt. Sie behandelt vor allem Beschwerden gegen strafprozessuale Amtshandlungen und Zwangsmassnahmen, die vom Bundesanwalt, vom Untersuchungsrichter oder von Verwaltungsbehörden des Bundes verfügt oder bestätigt worden sind (Art. 102<sup>ter</sup>, 105<sup>bis</sup> Abs. 2 und Art. 214 ff. BStP, Art. 26 und 27 VStrR), sodann Beschwerden gegen die Einstellung der Ermittlungen nach Artikel 106 Absatz 1<sup>bis</sup> BStP oder der Untersuchung nach Artikel 120 Absatz 2 BStP. Sie entscheidet im weiteren bei interkantonalen Streitigkeiten über den Gerichtsstand (Art. 351 StGB und Art. 264 BStP) und über die Rechtshilfe (Art. 357 StGB und Art. 252 Abs. 3 BStP). Schliesslich besitzt sie Entscheidkompetenzen im Rahmen verschiedener Untersuchungshandlungen, darunter namentlich bei der Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft (Art. 51 Abs. 2 BStP), der Beschlagnahme, der Durchsuchung und der Einziehung (Art. 66 ff. BStP), der Post- und Telefonüberwachung (Art. 72 BStP) sowie der Zulässigkeit einer Voruntersuchung (Art. 110 BStP).

Zwischen 1984 und 1993 hatte die Anklagekammer durchschnittlich 63 Geschäfte im Jahr zu erledigen. Ihre Belastung ist als Folge der beiden Änderungen des BStP, welche am 1. Januar bzw. am 1. Juli 1993 in Kraft getreten sind (AS 1992 2471, 1993 1993), spürbar angestiegen (insbesondere als Beschwerdeinstanz gegen Amtshandlungen, die der Bundesanwalt angeordnet oder bestätigt hat). Schon 1994 hat sich die Zahl der Eingänge praktisch verdoppelt und erreichte 1994 125 und 1996 112 Fälle. Ferner ist festzustellen, dass sich in der gleichen Zeit die durchschnittliche Verfahrensdauer ebenfalls spürbar verlängert hat, von durchschnittlich 30 bis 35 Tagen 1994 auf 55 Tage 1996. Die vorhandenen Angaben erlauben keine sichere Aussage darüber, wie gross die Arbeitsbelastung ist, welche aus der Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Anklagekammer resultiert. Die Statistiken sind nicht genügend detailliert, und zudem üben die Richter der Kammer diese Aufgabe neben denjenigen aus, die sich innerhalb ihrer angestammten Gerichtsabteilung stellen. Es ist jedoch anzunehmen, dass diese Belastung im Jahresdurchschnitt ungefähr einer vollamtlichen Beschäftigung eines Richters und eines Gerichtsschreibers entspricht. Die Übertragung der Funktionen der Anklagekammer auf ein erstinstanzliches Bundesstrafgericht erlaubt somit eine nicht zu unterschätzende Entlastung des Bundesgerichts, auch wenn

möglicherweise die interkantonalen Gerichtsstands- und Rechtshilfestreitigkeiten vorbehalten bleiben müssen (Art. 264 BStP, Art. 357 StGB).

Im Rahmen der Bundesgerichtsbarkeit erster oder zweiter Instanz könnten dem Bundesstrafgericht zudem zusätzliche Kompetenzen in zwei weiteren Bereichen anvertraut werden: zum einen im Bereich der *internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, zum andern im Bereich der *Militärstrafgerichtsbarkeit*. Angesichts des Standes diesbezüglicher Studien werden diese Möglichkeiten hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt; gegebenenfalls werden sie in einem späteren Stadium Gegenstand von speziellen Gesetzesprojekten bilden.

- Hinsichtlich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sei daran erinnert, dass der Bundesrat seit September 1996 mit einem Postulat des Nationalrates (P 96.3377) befasst ist, welches einem formulierten Vorschlag einer Motion des Ständerates (M 96.3009) entspricht. Dieses Postulat verlangt vom Bundesrat zu prüfen, ob es zweckmässig ist, auf diesem Gebiet die kantonalen Rekursinstanzen aufzuheben und an ihrer Stelle eine eidgenössische Rekursinstanz zu schaffen, welche direkt über Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide eidgenössischer und kantonalen Behörden befindet. Die Expertenkommission teilt die vom Bundesrat gegenüber dem Parlament vertretene Meinung. Wie dieser schätzt sie, dass diese Kompetenzübertragung zu einer wünschbaren Verkürzung des heute übermässig langen Verfahrens führen dürfte. Vorausgesetzt wäre aber eine Vereinheitlichung des Strafprozessrechtes in dem Sinne, dass in derselben Beschwerde auch mögliche Verfahrensfehler gerügt werden könnten.
- Die Militärstrafjustiz bildet ebenfalls Gegenstand von parlamentarischen Interventionen, die deren ganze oder teilweise Aufhebung verlangen. Ausserdem hat die Arbeitsgruppe Schoch in ihrem 1990 vorgelegten Bericht "Armeereform" dem Bundesrat vorgeschlagen (Vorschlag Nr. 101), die Militärgerichte durch kantonale Gerichte zu ersetzen. Die mit der Prüfung dieses Vorschlags beauftragte, von Herrn Prof. F. Riklin präsidierte Arbeitsgruppe legte im Juni 1993 ihren Bericht vor. Im Kern kommt sie zum Schluss, wegen des spezifisch militärischen Charakters von 96 Prozent der Fälle sei die Beibehaltung der Militärgerichte als Fachgerichte gerechtfertigt. Die Militärjustiz weise Vorteile in bezug auf die militärische Sachkenntnis der Richter, den gut ausgebauten Rechtsschutz des Angeklagten und das schnelle, kostengünstige und in der Sprache des Angeklagten durchgeführte Verfahren auf.

Die Prüfung der Frage einer ganzen oder teilweisen Abschaffung der Militärjustiz gehört nicht zum Auftrag der Expertenkommission. Es ist für sie jedoch vorstellbar, dass das Bundesstrafgericht die Funktion der derzeitigen Militärappellationsgerichte übernehmen könnte. Das hätte zur Folge, dass im Bereich der Militärgerichtsbarkeit als Fachgerichte nur noch die Divisionsgerichte bestehen blieben. Die Beschwerde an das Bundesstrafgericht und die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht würden die Appellation und die Nichtigkeitsbeschwerde im derzeitigen Militärstrafprozess ersetzen. Ohne sich zur Stichhaltigkeit der Argumente im Bericht Riklin zu äussern, kann davon ausgegangen werden, dass die mit einer



Spezialgerichtsbarkeit verbundenen Vorteile vor allem bei der ersten Instanz ins Gewicht fallen. Die gleichen Argumente erklären im übrigen auch das Bestehen anderer erstinstanzlicher Fachgerichte, namentlich auf dem Gebiet des Arbeitsrechts oder des Mietrechts. Dabei ist festzuhalten, dass auch in diesen Bereichen das Rechtsmittelverfahren wiederum vor den allgemeinen Gerichten stattfindet. Die Statistiken zeigen, dass die Militärappellationsgerichte 1996 durch Urteil 30 Appellationen (1995: 59) und 49 Disziplinarverfahren erledigt haben (1995: 44) und dafür 21 (29) Sitzungstage einsetzten. Das Militärkassationsgericht hat 1996 an 5 (4) Sitzungstagen 16 (20) Fälle durch Urteil erledigt. Diese letzteren würden das Bundesgericht wohl kaum merklich belasten, insbesondere weil sie der Vorprüfung unterstellt wären, da sie sich gegen vom Bundesstrafgericht in zweiter Instanz gefällte Entscheide richten (Art. 94 Abs. 2 E-BGG).

- Die Expertenkommission hat schliesslich die Möglichkeit geprüft, dem Bundesstrafgericht - analog dem deutschen Modell - die Zuständigkeit zu übertragen, im Rahmen der heutigen Kassationsbeschwerde anstelle des Bundesgerichts Fälle von untergeordneter Bedeutung endgültig zu entscheiden. Sie hat jedoch davon abgesehen in der Meinung, dass es für den Moment vorzuziehen ist, die Zuständigkeiten des Bundesstrafgerichts auf die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehenden Fälle zu beschränken. Im übrigen wäre es nicht einfach, in Strafsachen Kriterien zu definieren, die es erlauben würden, eine Grenze zwischen den weniger wichtigen Fällen und den anderen zu ziehen. Dennoch soll damit nicht die Möglichkeit einer späteren Neuurteilung dieser Frage ausgeschlossen werden, insbesondere angesichts der Entwicklungen, welche die Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bringen wird.

### **5.8.2. Organisation des Bundesstrafgerichts**

Allgemein gibt die Expertenkommission einem selbständigen, einzigen und zentralisierten Bundesstrafgericht den Vorzug. Dieses würde vorab die Funktion eines erstinstanzlichen Gerichts übernehmen, andererseits - soweit möglich - aber auch jene der heutigen Anklagekammer des Bundesgerichts.

Im einzelnen sind aufgrund von Tragweite und Natur der zukünftigen Aufgaben des Bundesstrafgerichts verschiedene Modelle denkbar. Wie ausgeführt, bedingt allein schon die Ausweitung der Bundesgerichtsbarkeit auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität und des organisierten Verbrechens die Schaffung eines selbständigen Gerichts mit vollamtlichen Richtern. Das gilt um so mehr, als diesem Gericht dann auch noch andere Aufgaben übertragen werden sollen, so auf dem Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen und der Militärjustiz, oder durch Begrenzung der Delegation an die kantonalen Gerichtsbehörden. Dagegen würde die Übertragung der heutigen Aufgaben der Bundesassisen und des Bundesstrafgerichtes die Einrichtung eines solchen Gerichtes allein nicht rechtfertigen.

Die gleichen Überlegungen gelten für die Anklagekammer, deren künftige Kompetenzen davon abhängen, welche Aufgaben dem Bundesstrafgericht übertragen werden. So könnte eine aus drei vollamtlichen Richtern bestehende Anklagekammer innerhalb des Bundesstrafgerichts geschaffen werden, sofern

diesem nicht nur die derzeitigen Aufgaben der Anklagekammer des Bundesgerichtes übertragen werden. Andernfalls wären - wie ausgeführt - lediglich eine Richter- und eine Gerichtsschreiberstelle notwendig.

Im weitem bleibt zu berücksichtigen, dass die Funktionen des Richters, der sich mit der Untersuchung bzw. mit Beschwerden gegen Untersuchungshandlungen befasst, von jenen des Sachrichters zu trennen sind, da die gleiche Gerichtsperson im gleichen Fall nicht beide Funktionen ausüben darf (vgl. u.a. BGE 112 Ia 290, 114 Ia 57, 140, 148). Soll für beide Funktionen ein Spruchkörper von mindestens drei Richtern zur Verfügung stehen, so bedeutet dies, dass die dem Bundesstrafgericht übertragene Arbeitslast gross genug sein muss, um die Einsetzung zweier Abteilungen mit drei Mitgliedern zu rechtfertigen.

Doch besteht letztlich noch einige Unsicherheit über die neuen Kompetenzen des Bundesstrafgerichts, sowohl hinsichtlich des Umfanges als auch bezüglich des Zeitpunktes ihrer Verwirklichung. Die Expertenkommission kann diese Unsicherheiten nicht selber ausräumen, da die Entwicklung diesbezüglich von anderen Gesetzgebungsprojekten abhängt. Daher wäre es offensichtlich verfrüht, die Organisation des Bundesstrafgerichts und das Verfahren schon im jetzigen Zeitpunkt im einzelnen zu regeln. Wie schon ausgeführt, ist es von Vorteil, die Regelung darüber in jenem Gesetzesprojekt vorzunehmen, welches das neue Bundesstrafgericht einführt, wobei auch die neuen Bundeskompetenzen des Projektes "Wirksamkeit" zu berücksichtigen sein werden.

Sollte dieses Projekt hingegen nicht zum Ziel führen, müsste die Schaffung des neuen Bundesstrafgerichts aufgeschoben werden. Denkbar wäre jedoch auch die Lösung, beim Bundesverwaltungsgericht eine besondere Kammer zu schaffen, deren Aufgabe die erstinstanzliche Bundesstrafgerichtsbarkeit wäre. Gleiches könnte im übrigen auch mit der Anklagekammer des Bundesgerichtes geschehen: Sie könnte problemlos ins Bundesverwaltungsgerichts integriert werden.

## **6. Verworfenne Massnahmen**

### **6.1. Obligatorische Vertretung, zugelassene Anwälte**

Von den möglichen Massnahmen zur Entlastung des Bundesgerichtes hat die Expertenkommission die obligatorische Vertretung durch einen patentierten Anwalt oder sogar durch einen speziell zugelassenen (akkreditierten) Anwalt geprüft und verworfen.

Es entspricht in der Schweiz einer festen Tradition, dass eine Partei ihren Prozess bis zum Bundesgericht selbst führen kann. Das schweizerische Prozessrecht kennt das System der obligatorischen Vertretung nicht. Ein solches System besteht darin, dass ein Gericht nur auf Eingaben eintritt, die von einem Anwalt oder - je nach Ausgestaltung - von einem akkreditierten Anwalt verfasst worden sind.

Ein Vertretungsobligatorium vor dem Bundesgericht brächte den Vorteil, dass die Laienbeschwerden wegfallen würden. Es steht ausser Zweifel, dass gerade die recht hohe Zahl von Laienbeschwerden (beim EVG mehr als die Hälfte aller Beschwerden) wesentlich zur Überlastung des Bundesgerichts beiträgt. Dennoch verhält es sich nicht so, dass nur Laien schlecht begründete, unübersichtliche oder aussichtslose Beschwerden einreichen würden. Die Kommission vertritt daher die Auffassung, dass ein Anwaltszwang nur dann die gewünschte Wirkung haben könnte, wenn der Parteivertreter einem begrenzten Kreis von Anwälten angehören müsste, die beim Bundesgericht akkreditiert sind. Ist die Zahl der mangelhaften Beschwerden, die von zu wenig erfahrenen Anwälten verfasst werden, zu gross, gefährdet dies nicht nur die Interessen der betroffenen Parteien, sondern auch das Ansehen der Rechtspflege und speziell des Anwaltsstandes. Die Zunahme der Beschwerden beim Bundesgericht ist unter anderem auch eine Folge der gestiegenen Zahl der praktizierenden Anwälte und der wachsenden Beliebtheit der Rechtsschutzversicherungen.

Die Nachteile eines solchen Systems sind jedoch zu gewichtig, als dass es empfohlen werden könnte.

Die Tatsache, dass der Zwang zum Beizug eines akkreditierten Anwalts nicht der schweizerischen Rechtstradition entspricht, muss ernst genommen werden, auch wenn sie für sich allein nicht massgebend sein kann. Eine solche Lösung würde aus politischen und psychologischen Gründen zweifelsohne vielerorts auf Kritik stossen. Insbesondere würde der Einwand erhoben, der Rechtssuchende müsse für den Weiterzug einer Sache an das Bundesgericht einen neuen Vertreter bestellen, was mit Blick auf die Prozesskosten und das entstandene Vertrauensverhältnis zum bisherigen Vertreter unerwünscht sei. Zuweilen könnte es sich sogar als notwendig erweisen, das Mandat des bisherigen Vertreters noch zusätzlich weiterzuführen, wenn dieser im Verlauf des Prozesses besondere Kenntnisse erworben hat. Ferner ist die Stellung des akkreditierten Anwalts nicht unproblematisch, da er Gefahr läuft, in einen Konflikt zwischen den Erwartungen des akkreditierenden Gerichts und den Interessen seines Klienten zu geraten.

Die Kommission hat vergeblich versucht, ein befriedigendes und praktikables Auswahlverfahren für die Akkreditierung zu finden. Die Schwierigkeiten beginnen bereits bei der Frage, welche beruflichen Qualifikationen verlangt werden müssten. Eine bestimmte Dauer der Berufsausübung garantiert noch nicht Vertrautheit mit den Verfahren vor dem Bundesgericht; und die Modalitäten einer allfälligen Zusatzausbildung wären nur schwer zu umschreiben. Ausserdem müsste den Rechtssuchenden für jeden Kanton eine genügend grosse Auswahl von akkreditierten Anwälten zur Verfügung stehen, welche das einschlägige kantonale Prozessrecht kennen. Schliesslich müsste ein Organ gefunden werden, das über die Akkreditierung zu entscheiden hätte und die Funktion der Aufsichtsbehörde wahrnehmen würde. Wollte man diese Aufgaben dem Bundesgericht übertragen, so sähe sich dieses mit einer zusätzlichen, möglicherweise nicht unbedeutenden Belastung konfrontiert, die nicht seinem eigentlichen Auftrag entspräche.

Hinzu kommt, dass im Rahmen einer umfassenden Reform der Bundesrechtspflege die Bedingungen für den Zugang zum obersten Gericht ohnehin in wesentlichen Punkten neu umschrieben werden müssen. Ein Anwaltszwang verliert grösstenteils seine Bedeutung als Instrument zur

Entlastung des Bundesgerichts, wenn ein Vorprüfungsverfahren geschaffen wird. Ferner erschiene es widersprüchlich, einerseits die Laienbeschwerden zu verbieten und den Kreis der zugelassenen Anwälte zu beschränken und andererseits das Rechtsmittelsystem zu vereinfachen, insbesondere durch die Einführung der Einheitsbeschwerde. Die heute ziemlich grosse Zahl von unzulässigen Beschwerden dürfte nämlich viel eher auf die Komplexität des Rechtsmittelsystems zurückzuführen sein als auf das Unvermögen der Autoren dieser Beschwerden, seien es Anwälte oder Laien.

## 6.2. Generalanwälte

Die Kommission befasste sich noch mit zwei Institutionen, die - obwohl voneinander verschieden - beide unter der Bezeichnung "Generalanwalt" bekannt sind. Sie existieren in der Schweiz nirgends.

Einige Länder kennen ein Organ, das in einem Verwaltungsverfahren als Anwalt der Verwaltung auftreten kann, ähnlich wie der Staatsanwalt im Strafverfahren. In Deutschland ist dies der sogenannte "Vertreter des öffentlichen Interesses". Im geltenden schweizerischen Recht gibt es oft keine *Partei*, die das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung wahrnimmt. Diese Problematik hängt eng zusammen mit dem Parteibegriff und der Beschwerdelegitimation. Gegen einen Generalanwalt im soeben beschriebenen Sinn können zwar kaum grundsätzliche rechtsdogmatische Einwendungen erhoben werden, doch ist eine derartige Einrichtung entbehrlich, weil die gleichen Wirkungen auch mit einer - der schweizerischen Tradition besser entsprechenden - Erweiterung der Legitimation zur Behördenbeschwerde erreicht werden können.

Im EU-Recht hat der Generalanwalt eine andere Funktion. Er ist dort eine Hilfsperson des Europäischen Gerichtshofs nach dem Vorbild der Regierungskommissare beim französischen Conseil d'Etat. Nach Artikel 166 des EG-Vertrags hat der Generalanwalt öffentlich und in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu den dem Gerichtshof unterbreiteten Rechtssachen zu stellen, um den Gerichtshof bei der Erfüllung seiner Aufgabe zu unterstützen. Er ist somit weder Prozesspartei, noch hat er die Aufgabe, die Interessen der Verwaltung oder einer Regierung zu vertreten. Seine Rolle gleicht vielmehr derjenigen eines richterlichen Referenten, mit dem Unterschied allerdings, dass er an der Urteilsberatung nicht teilnimmt. Die Schlussfolgerungen des Generalanwalts werden am Ende der mündlichen Verhandlungen verlesen und im Anschluss an das Urteil publiziert. Es kommt sogar vor, dass das Urteil ganz einfach auf die Begründung dieser Schlussfolgerungen verweist.

Bedeutung und Einzigartigkeit der Institution des Generalanwalts sind allgemein anerkannt. Die Unterstützung durch den Generalanwalt erleichtert und beschleunigt die Arbeit der Richter, trägt zur Verbesserung der Qualität und Kohärenz der Rechtsprechung bei und ermöglicht es dem Gerichtshof, Entscheide mit verhältnismässig kurzer Begründung zu erlassen. Das Verfahren insgesamt wird durch seine Intervention hingegen eher verlängert. Nach Ansicht der Expertenkommission könnte der Generalanwalt in dieser Form auch in unserer Gerichtsorganisation zur Gewährleistung einer

einheitlichen und richtigen Rechtsanwendung beitragen und die Richter bei ihrer Arbeit unterstützen. Doch kann man sich fragen, ob der Generalanwalt nicht die Rolle der Richter abwerten würde, indem ihm in der Praxis nahezu die Rolle eines Einzelrichters zukommen würde, vor allem wenn er auch noch die Instruktion zu leiten hätte. Ferner leuchtet es nicht recht ein, dass derjenige, der das Dossier am gründlichsten studiert hat, an der Urteilsberatung nicht teilnehmen soll. Am stärksten gegen die Einführung dieser Institution spricht aber die Tatsache, dass die Organisation des Bundesgerichts von Grund auf verändert werden müsste. Neben den Aufgaben der Generalanwälte müssten auch jene der Bundesrichter, der nebenamtlichen Richter und der Gerichtsschreiber grundsätzlich neu definiert werden, ohne dass sich übrigens an der Arbeit, die das Gericht als Ganzes zu leisten hat, etwas ändern würde. Die Kommission empfiehlt daher, auf die Einführung von Generalanwälten zu verzichten.

## **7. Verfassungsgrundlagen**

### **7.1. Die Vorschläge des Bundesrates im Rahmen der Justizreform als Grundlage**

Die Reformanliegen der Expertenkommission können nur dann vollständig realisiert werden, wenn das geltende Verfassungsrecht im Bereich der Justizorganisation (Art. 106 ff. BV) geändert wird, sei es, dass bisher nicht bestehende Verfassungsgrundlagen geschaffen, sei es, dass geltende Verfassungsbestimmungen aufgehoben werden. Dies gilt namentlich für die folgenden hier vorgeschlagenen Reformschritte:

- Ausdehnung der Normenkontrolle auf Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse
- Einführung von Zugangsbeschränkungen an das Bundesgericht
- Verpflichtung der Kantone zur Errichtung gerichtlicher Vorinstanzen des Bundesgerichts, namentlich im Bereich des kantonalen öffentlichen Rechts
- Abschaffung von Direktprozessen
- Abschaffung der Bundesassisen.

Der Entwurf der Expertenkommission geht in der vorliegenden Fassung davon aus, dass die geltende "Justizverfassung" durch die vom Bundesrat im Rahmen der Verfassungsreform vorgeschlagene Justizreform abgelöst wird. Im einzelnen wird somit folgende neue Rechtslage vorausgesetzt:

- Ausdrückliche Verankerung des Grundsatzes der Selbstverwaltung des Bundesgerichts (Art. 176 VE 96 Justizreform).
- Ausdehnung der konkreten Normenkontrolle durch das Bundesgericht auf Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse (Art. 178 VE 96 Justizreform).

- Verfassungsgrundlage für eine Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht, verbunden mit einer Zugangsgarantie bei Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung und bei schwerwiegenden Folgen für eine Partei (Art. 178 a VE 96 Justizreform).
- Ermöglichung des generellen Ausschlusses bestimmter Sachgebiete aus der Zuständigkeit des Bundesgerichts, verbunden mit einem Vorlageverfahren zur Klärung von bestimmten rechtlichen Zweifeln (Art. 178a VE 96 Justizreform).
- Verfassungsgrundlage für die Schaffung eines organisatorisch selbständigen, erstinstanzlichen Bundesstrafgerichts (Art. 179 Abs. 1 VE 96 Justizreform); Bestellung weiterer richterlicher Behörden des Bundes, namentlich für die Beurteilung von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung (Art. 179 Abs. 2 VE 96 Justizreform).
- Verpflichtung der Kantone, für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen *richterliche Behörden* zu bestellen (Art. 179a VE 96 Justizreform), verstärkt durch eine allgemeine Rechtsweggarantie (Art. 25a VE 96 Justizreform).
- Ausdrückliche Verankerung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 180 VE 96 Justizreform).
- Abschaffung von zivilrechtlichen Direktprozessen vor dem Bundesgericht (Art. 110 Absatz 1 Ziffern 2 und 4 sowie 111 BV).
- Verzicht auf die Bundesassisen (Art. 106 Abs. 2 und 112 BV).
- Abschaffung von Direktprozessen vor dem Bundesgericht betreffend Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht (Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 4 BV).

## **7.2. Verringerter Handlungsspielraum bei einem allfälligen (partiellen) Ausbleiben der Justizreform**

Sollte die Justizreform nicht in vollem Umfang oder nicht rechtzeitig realisiert werden können, so wäre eine Reform der Bundesrechtspflege deswegen nicht verunmöglicht. Einige Reformanliegen der Expertenkommission - wie etwa die Vereinfachung des Rechtsmittelsystems (Einheitsbeschwerde), eine Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege auf Bundesebene, die Integration des EVG in das Bundesgericht, die Einführung der Stimmrechtsbeschwerde auf Bundesebene (eidgenössische Wahlen und Abstimmungen) - könnten gleichwohl, d.h. ohne vorgängige Verfassungsänderung, auf Gesetzesstufe angegangen werden. Je nach Realisierungsgrad der Justizreform müssten allerdings am Entwurf der Expertenkommission, wie er jetzt vorliegt, mehr oder weniger gewichtige Abstriche in Kauf genommen werden. Die Konsequenzen wären im wesentlichen die folgenden:

### *Normenkontrolle*

Bei einer Beibehaltung der Massgeblichkeit der Bundesgesetze und der allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse, wie sie heute in Artikel 113 Absatz 3 und in Artikel 114<sup>bis</sup> Absatz 3 BV vorgesehen ist, würde die erforderliche Verfassungsgrundlage für Artikel 89 E-BGG sowie für damit zusammenhängende Bestimmungen (z.B. Art. 19 E-BGG) fehlen.

### *Zugangsbeschränkungen*

Wird die im Rahmen der Verfassungsreform vorgeschlagene Verfassungsgrundlage für eine Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht (Art. 178 a VE 96 Justizreform) nicht geschaffen, so verringert sich der Handlungsspielraum des Gesetzgebers wie folgt:

- Auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts könnte ein generelles Annahmeverfahren, wie es von der Expertenkommission geprüft, aber mehrheitlich verworfen wurde (vgl. Ziff. 5.3.3.2.), nicht eingeführt werden, denn Artikel 113 Absatz 1 Ziffer 3 BV statuiert (unter Vorbehalt von Art. 113 Abs. 2 BV) nach heute überwiegender Rechtslehre für verfassungsmässige Rechte eine eigentliche Rechtsweggarantie (vgl. z.B. WALTER HALLER in Kommentar BV, Art. 113, Rz. 87 m.H. in Fn. 90; vgl. zu dieser Frage auch, mit teilweise anderer Gewichtung, die Ausführungen des Bundesrates in der OG-Botschaft vom 29.5.1985, BBl 1985 II 777 ff.).
- Ein *Vorprüfungsverfahren* könnte demgegenüber grundsätzlich auch auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts eingeführt werden (vgl. die gescheiterte OG-Teilrevision vom 23.6.1989, mit der ein besonderes Vorprüfungsverfahren hätte eingeführt werden sollen: Art. 92 in Verbindung mit Art. 36a, BBl 1989 II 879, und dazu AB S 1988 243, N 1989 121). Die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit, eine Beschwerde für unzulässig zu erklären, weil sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt bzw. weil der Verfahrensausgang keine schwerwiegenden Folgen hat (Art. 95 Abs. 2 E-BGG), setzt jedoch (angesichts der bestehenden Rechtsweggarantie im Bereich der verfassungsmässigen Rechte) eine vorherige Verfassungsänderung voraus.
- Der *generelle Ausschluss* der Beschwerde an das Bundesgericht, wie er in Artikel 77 E-BGG für bestimmte Sachbereiche vorgesehen ist, könnte nicht ohne eine Änderung der heutigen Verfassungsgrundlagen (Art. 113 BV) verwirklicht werden; dies jedenfalls insoweit, als die vorgeschlagenen Ausnahmen dazu führen, dass eine *kantonale* Instanz endgültig entscheidet.
- Ein *Vorlageverfahren* zur höchstrichterlichen Klärung bestimmter rechtlicher Zweifelsfragen könnte grundsätzlich auch auf der Grundlage des heute geltenden Verfassungsrechts eingerichtet werden. Nach dem Konzept des Entwurfs ist das in Artikel 107 ff. E-BGG vorgesehene Vorlageverfahren indessen als ein *Korrektiv* für den generellen Ausschluss bestimmter Sachgebiete aus der Zuständigkeit des Bundesgerichts gedacht (vgl. auch Art. 178a VE 96 Justizreform). Wird auf diese Neuerung verzichtet, so ist das Vorlageverfahren - das dem schweizerischen Justizsystem bisher fremd ist - seiner Hauptfunktion beraubt und entbehrlich.

### *Richterliche Vorinstanzen in den Kantonen*

Die im Entwurf statuierte Verpflichtung der Kantone, im Bereich der öffentlichrechtlichen Streitigkeiten *allgemein*, d.h. nicht nur in Angelegenheiten des Bundesverwaltungsrechts (vgl. Art. 98 a OG), sondern auch im Bereich des *kantonalen* öffentlichen Rechts, *richterliche Behörden* als Vorinstanzen einzusetzen (Art. 78 Abs. 2 E-BGG; vgl. auch Art. 103 E-BGG), stellt einen einschneidenden Eingriff in die Organisationsautonomie der Kantone dar und setzt eine Änderung der heutigen Justizverfassung voraus. Aus entsprechenden Überlegungen könnte eine vorherige Verfassungsänderung möglicherweise auch erforderlich werden, wenn man die Kantone ausnahmslos verpflichten will, gerichtliche Vorinstanzen im *ganzen* Bereich des Straf- und Zivilrechts (einschliesslich des Schuldbetriebs- und Konkursrechts) zu errichten, wie dies in Artikel 71 Absatz 2 und Artikel 74 Absatz 2 E-BGG vorgesehen ist (vgl. auch Zwischenbericht, Ziff. 6.2., Bst. b.).

### *Abschaffung von Direktprozessen*

Im Bereich des Zivilrechts und des Strafrechts soll das Bundesgericht nach dem Entwurf der Expertenkommission künftig grundsätzlich nur noch als Beschwerdeinstanz fungieren (Art. 70 ff. E-BGG; vgl. immerhin die direkte Klagemöglichkeit gemäss Art. 106 Bst. b. E-BGG bei zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen bzw. zwischen Kantonen). Die weitgehende Abschaffung zivilrechtlicher Direktprozesse vor dem Bundesgericht setzt die Aufhebung verschiedener Bestimmungen der geltenden Justizverfassung voraus (Art. 110 Abs. 1 Ziffern 2 und 4 sowie 111 BV). Entsprechendes gilt für die Abschaffung der Bundesassisen (Art. 106 Abs. 2 und 112 BV). Auch Direktprozesse betreffend Streitigkeiten aus dem kantonalen Verwaltungsrecht sollen nach den Vorstellungen der Expertenkommission nicht mehr möglich sein. Dies erfordert eine Streichung des Artikels 114<sup>bis</sup> Absatz 4 BV, wie sie im Rahmen der Verfassungsreform vorgeschlagen wird.

### *Selbstverwaltung*

Bei einem Verzicht auf Artikel 176 Absatz 3 VE 96 Justizreform, der für das Bundesgericht den Grundsatz der Selbstverwaltung festschreibt, wäre näher zu prüfen, ob die im Entwurf vorgesehenen Elemente der höchstrichterlichen Selbstverwaltung ohne weiteres verwirklicht werden können (vgl. insb. Art. 3 E-BGG betreffend das Budget).

Ohne unmittelbare Konsequenzen für den vorliegenden Entwurf bliebe hingegen:

- der Verzicht auf die ausdrückliche Verankerung des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 180 VE 180): Die im Entwurf ausgesprochenen Unabhängigkeitsgarantien (insb. Art. 2 E-BGG; vgl. auch Art. 7 ff., Art. 32 ff. E-BGG) finden bereits im heute geltenden geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes sowie in Garantien des internationalen Rechts eine Stütze.



- der Verzicht auf die ausdrückliche Erwähnung der Befugnis, richterliche Behörden des Bundes für die Beurteilung von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung zu schaffen (Art. 179 Abs. 2 VE 96 Justizreform): Ein Ausbau der eidgenössischen verwaltungsgerichtlichen Vorinstanzen (Rekurskommissionen) bzw. die Zusammenfassung zu einem Bundesverwaltungsgericht ist schon nach geltendem Verfassungsrecht grundsätzlich möglich (WALTER HALLER in Kommentar BV, Art. 106, Rz. 8 und Art. 114<sup>bis</sup>, Rz. 20; Gutachten des Bundesamtes für Justiz, in: VPB 49 Nr. 36, S. 253 f.; vgl. auch Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 5 BV; BBl 1991 II 483). Immerhin erscheint es wünschbar, für die zweistufige Bundesverwaltungsgerichtsbarkeit eine klare Verfassungsgrundlage zu schaffen, wie dies im Rahmen der Justizreform vorgesehen ist (Art. 179 VE 96 Justizreform).

Anders als Artikel 176 VE 96 (Vorlage A und C) geht der Wortlaut des Artikels 106 BV noch von der Vorstellung aus, dass es sich beim Bundesgericht um das einzige Gericht des Bundes handle. In Anbetracht der heutigen Rechtswirklichkeit steht indessen der Bezeichnung des Bundesgerichts als "oberste rechtsprechende Behörde des Bundes" (Art. 1 E-BGG) auch im Falle einer Beibehaltung des Artikels 106 BV nichts entgegen.

### **7.3. Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen**

Der Entwurf der Expertenkommission sieht an mehreren Stellen eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an das Bundesgericht vor (vgl. Art. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 13, Art. 22, Art. 65 Abs. 2 E-BGG). Das Bundesgericht besitzt nebst seiner Stammfunktion, der Rechtsprechung, seit jeher auch gewisse Rechtssetzungsbefugnisse. Der Entwurf sieht eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen für Fragen der inneren Organisation und Verwaltung des Gerichts (vgl. insb. Art. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 13 E-BGG), für die Geschäftsverteilung (Art. 22) und für die anzuwendenden Tarife (Gerichtsgebühren im Rahmen des Art. 64 E-BGG, Parteientschädigungen gemäss Art. 65 Abs. 2 E-BGG) vor. Der Entwurf bewegt sich im Rahmen dessen, was bereits im geltenden Recht vorgesehen ist und nach allgemein geteilter Auffassung als zulässig gilt. Die vorgeschlagenen Delegationsnormen werfen deshalb keine besonderen verfassungsrechtlichen Fragen auf.

## **8. Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Massnahmen mit dem europäischen Recht**

Die Bundesrechtspflege entspricht, was die Gerichtsorganisation und die Verfahren betrifft, schon heute weitgehend den Anforderungen des internationalen und europäischen Rechts und insbesondere der EMRK. Zu diesem Ergebnis gelangten mit Bezug auf das europäische Recht die Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (BBl 1992 IV 433 ff.) und die Botschaft II vom 15. Juni 1992

über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (BBI 1992 V 725 ff.). Angesichts des Vorrangs und der direkten Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts hätten damals nur vereinzelte landesrechtliche Bestimmungen angepasst werden müssen. Mit Blick auf die EMRK sollten vor allem einige Bestimmungen geändert werden, die für Fälle, in denen nach Artikel 6 EMRK ein Anspruch auf Zugang zu einem Gericht besteht, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ausschliessen, ohne den Beschwerdeweg an eine andere richterliche Instanz zu öffnen. Ferner hat sich gezeigt, dass das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde für sich allein die Garantien von Artikel 6 EMRK wegen der beschränkten Kognition manchmal nicht abdeckt.

Nach dem EU-Recht bleiben die Mitgliedstaaten in der Regelung der Gerichtsorganisation und der Verfahren grundsätzlich autonom. Eine Totalrevision des OG kann deshalb an sich unabhängig vom Gemeinschaftsrecht vorgenommen werden. Immerhin hat ein Staat, der dem Sinn und Zweck des europäischen Rechts gerecht werden will, einige Verfahrensgrundsätze zu beachten, die durch die EMRK und die Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften umschrieben werden.

Die Expertenkommission hat dem internationalen Recht, dessen Umsetzung immer mehr zu den Aufgaben des schweizerischen Richters gehört, seit Beginn ihrer Arbeiten Rechnung getragen. Die in diesem Bericht vorgeschlagenen Massnahmen sind daher ausnahmslos mit den Anforderungen des europäischen Rechts vereinbar.

Sie bewirken ganz allgemein eine *Klärung des Verhältnisses zwischen dem internationalen und dem innerstaatlichen Recht*. Dazu trägt insbesondere die Einführung einer vorfrageweisen Überprüfung von Bundesgesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsmässigen Rechten und dem internationalen Recht bei (Ziff. 5.4.). Nach dem europäischen Recht darf eine ihm widersprechende nationale Norm nicht angewendet werden. Diese Regel hat zu den bekannten Schwierigkeiten geführt: Die Tatsache, dass das Bundesgericht die Übereinstimmung der Bundesgesetze mit der EMRK prüfen muss (BGE 118 Ia 353 E. 5, 117 Ib 373 E. f), während es die Verfassungsmässigkeit der gleichen Gesetze nicht prüfen darf, wirkt mehr und mehr stossend. Die Bundesverfassung wird dadurch entwertet, da nicht mehr sie, sondern das internationale Recht als Massstab dient.

Zur erwähnten Klärung trägt auch die Einführung der *Einheitsbeschwerden* (Ziff. 5.2.) bei, insofern als es künftig stets möglich sein wird, die Verletzung internationalen Rechts mit dem ordentlichen Rechtsmittel zu rügen. Im heutigen System wird dem Rechtssuchenden die Berufung auf internationales Recht durch eine zu grosse Zahl von Rechtsmitteln und unterschiedlichen Vorschriften erschwert. Die neuen Einheitsbeschwerden werden die Transparenz des Verfahrensrechts merklich verbessern und damit eine Forderung des europäischen Rechts erfüllen.

Der *Ausbau der gerichtlichen Vorinstanzen* auf eidgenössischer und kantonaler Ebene (Ziff. 5.1.) und die weitgehende Abschaffung der Rechtsprechungskompetenzen des Bundesrates (Ziff. 5.7.3.) haben zur Folge, dass das in Artikel 6 EMRK umschriebene Recht, ein unabhängiges Gericht anzurufen, besser gewährleistet sein wird. Eine umfassende gerichtliche

Prüfung wird auch in den Fällen sichergestellt sein, in denen sich heute die staatsrechtliche Beschwerde als ungenügend erweist (BGE 120 Ia 30; vgl. auch BBl 1992 IV 436 f.).

Dieser Ausbau der Vorinstanzen, der sowohl im Bund wie in den Kantonen einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz garantieren wird, vermag die Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht bei weitem auszugleichen. Auch in dieser Hinsicht ist der vorliegende Gesetzesentwurf daher mit dem europäischen Recht vereinbar.

## **9. Erläuterungen zum Gesetzesentwurf**

### **Erstes Kapitel: Gerichtsverfassung**

#### **1. Abschnitt: Stellung des Bundesgerichts**

##### *Artikel 1 Oberste rechtsprechende Behörde*

Das Bundesgericht wird in *Absatz 1* als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes bezeichnet. Damit ist ein Vierfaches gesagt:

- Es ist das Bundesgericht und nicht etwa der Bundesrat oder die Bundesversammlung, welches auf höchster Ebene Recht spricht.
- Es gibt kein dem Bundesgericht übergeordnetes Verfassungsgericht.
- Es gibt nur *ein* oberstes Gericht des Bundes, das Bundesgericht. Das Eidgenössische Versicherungsgericht wird nicht wie heute bloss formell, sondern auch faktisch und vollständig ins Bundesgericht integriert.
- Die übrigen Gerichte des Bundes sind dem Bundesgericht im Instanzenzug untergeordnet (von den Militärgerichten abgesehen).

*Absatz 2* legt den Rahmen für die Zahl der ordentlichen Richter fest. Anders als heute (vgl. Art. 1 Abs. 1 OG) wird der Bestand der Bundesrichter nicht auf einer bestimmten Zahl fixiert. Der Rahmen vermittelt der Bundesversammlung die wünschbare Flexibilität, um diejenige Anzahl Bundesrichter zu wählen, die aufgrund der Geschäftslast erforderlich ist.

Mit 30 - 39 Richtern weist das Bundesgericht eine organisierbare Grösse auf, bei der insbesondere die Einheit der Rechtsprechung gewährleistet bleibt. Die obere Grenze des Rahmens (39) entspricht dem heutigen Bestand (Bundesgericht plus Eidgenössisches Versicherungsgericht). Die Öffnung nach unten signalisiert, dass infolge der mit dieser Gesetzesvorlage eingeführten Entlastungsmassnahmen eine Reduktion der heutigen Richterzahl in Betracht kommt. Die Entlastung soll indessen auch bewirken, dass die amtierenden Richter nicht mehr - wie heute - in unzumutbarer Weise belastet bleiben, sondern wieder Zeit für die notwendige Reflexion gewinnen. Auch muss sichergestellt sein, dass genügend Richter vorhanden sind, um die nach Artikel 16 E-BGG vorgesehenen Abteilungen zu bilden. Das Gesetz schreibt daher mit 30 ordentlichen Richtern eine Mindestausstattung des Bundesgerichts vor.

*Absatz 3* hält am Institut der Ersatzrichter fest. Die Expertenkommission hat diskutiert, ob sich ein partielles Milizsystem für das oberste Gericht weiterhin rechtfertigen lässt, zumal die Schweiz damit im Rechtsvergleich alleine steht. Sie hat sich für Festhalten entschieden, weil sich das System in der Vergangenheit bewährt hat und die Möglichkeit eröffnet, potentielle Kandidaten für ein ordentliches Richteramt kennenzulernen.

Der Wechsel in der Terminologie von "nebenamtliche Richter" (vgl. Art. 1 OG) zu "Ersatzrichter" ist einerseits Angleichung an die französische Fassung "suppléants". Andererseits wird dadurch eine Trendwende angekündigt. Die Funktion der "Milizrichter" soll wieder diejenige eigentlicher Ersatzmitglieder annehmen. D. h., sie vertreten ausgefallene ordentliche Richter und werden zur Bewältigung spezieller Belastungen eingesetzt. Sie sollen nicht - wie dies aus Überlastungsgründen heute auf die nebenamtlichen Richter zutrifft - regelmässig praktisch ein Teilzeitpensum erfüllen und damit eine gewisse Anzahl ordentlicher Richter ersetzen.

Die Zahl der Ersatzrichter darf diejenige der ordentlichen Richter nicht übersteigen. Heute fungieren aufgrund des Bundesbeschlusses vom 23. März 1984 über die Erhöhung der Zahl der nebenamtlichen Richter des Bundesgerichts (SR 173.110.1) am Bundesgericht deren 30 und am Eidgenössischen Versicherungsgericht deren 9, insgesamt also 39. In dieser Zahl nicht inbegriffen sind die zusätzlichen nebenamtlichen Richter, die gestützt auf Artikel 1 Absatz 3 und 123 Abs. 2 OG gewählt worden sind. Letztere Möglichkeit soll künftig wegfallen.

## *Artikel 2            Unabhängigkeit*

Die Vorschrift deckt sich inhaltlich mit Artikel 21 Absatz 3 des geltenden OG. Absatz 1, der den wichtigen Grundsatz der Unabhängigkeit des Bundesgerichts herausstreicht, übernimmt die Formulierung von Artikel 180 VE 96 Justizreform.

## *Artikel 3            Gerichtsverwaltung*

Mit *Absatz 1* wird dem in Artikel 176 Absatz 3 VE 96 Justizreform statuierten Grundsatz der Selbstverwaltung des Bundesgerichts nachgelebt. Das Bundesgericht besorgt seine Administration selber; es ist nicht in die Bundesverwaltung eingebunden, hat aber selbstverständlich einschlägige gesetzliche Bestimmungen zu beachten. Es bestellt die zur Ausübung der Justizverwaltung erforderlichen Verwaltungsorgane und regelt das Nötige in einem Reglement.

Ein wichtiges Element der Selbstverwaltung ist die Finanzautonomie des Bundesgerichts. Es kann über die ihm vom Parlament bewilligten Mittel innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen selbständig verfügen. Gemäss *Absatz 2* führt das Bundesgericht seine eigene Rechnung. Diese bildet zwar in Nachachtung des Grundsatzes der Einheit der Staatsrechnung formell Teil der Staatsrechnung, wird aber materiell vom Bundesgericht direkt zuhanden der Bundesversammlung erstellt (vgl. auch Art. 4 Abs. 2 E-BGG).

#### *Artikel 4 Oberaufsicht der Bundesversammlung*

*Absatz 1* entspricht Artikel 21 Absatz 1 des geltenden OG. Schon heute ist klar, dass es sich bei der parlamentarischen Beaufsichtigung der Justiz nicht etwa um eine Dienstaufsicht, sondern um eine Oberaufsicht handelt, welche ihre Grenzen an der richterlichen Unabhängigkeit findet.

Gemäss *Absatz 2* hat das Bundesgericht der Bundesversammlung jährlich Bericht über seine Geschäftsführung zu erstatten. Neu im Gesetz angesprochen werden die Finanzvorlagen, für die das Bundesgericht ebenfalls direkt der Bundesversammlung verantwortlich ist. Der Bundesrat hat in bezug auf die Budgeteingaben und Nachtragskreditbegehren des Bundesgerichts kein Korrekturrecht.

#### *Artikel 5 Sitz*

Der Sitz des Bundesgerichts bleibt in Lausanne. Als Folge der Totalintegration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ins Bundesgericht (vgl. Ziff. 5.6.2.) befindet sich neu auch die sozialversicherungsrechtliche Abteilung in Lausanne. Der bisher separate Sitz in Luzern entfällt.

### **2. Abschnitt: Richter**

#### *Artikel 6 Wahl*

Wahlbehörde für die Bundesrichter bleibt die Bundesversammlung (*Absatz 1*). Die Expertenkommission hat sich überlegt, ob die Bundesversammlung bei Ersatz- und Ergänzungswahlen neu verpflichtet werden soll, das Bundesgericht anzuhören. Damit würden aber faktisch Elemente einer Kooptation eingeführt. Die Expertenkommission hat daher auf eine solche Konsultationspflicht verzichtet.

Einziges Wählbarkeitsvoraussetzung bildet nach *Absatz 2* - wie heute - das Stimm- und Wahlrecht in eidgenössischen Angelegenheiten. Letzteres steht nur Schweizer Bürgern zu. Das Erfordernis des "weltlichen Standes" (vgl. Art. 108 Abs. 1 BV, Art. 2 Abs. 1 OG i.V.m. Art. 75 BV und Art. 133 VE 96) wird gemäss herrschender Lehre und Praxis seit jeher als Unvereinbarkeitsregel aufgefasst und erscheint demzufolge in Artikel 7 Absatz 2 E-BGG als Verbot der Ausübung eines geistlichen Amtes.

#### *Artikel 7 Unvereinbarkeit*

*Absatz 1* sichert das personelle Gewaltentrennungsprinzip. Er entspricht dem geltenden Recht (Art. 108 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 2 OG).

*Absatz 2* gilt wie Absatz 1 sowohl für die ordentlichen Richter wie für die Ersatzrichter. Das Verbot, eine Tätigkeit auszuüben, welche die Erfüllung der Amtspflichten, die Unabhängigkeit oder das Ansehen des Gerichts beeinträchtigt, aktualisiert sich freilich vor allem für die Ersatzrichter. Ihnen kann, da sie nur sporadisch zum Einsatz gelangen, die Ausübung eines Hauptberufs und sonstiger Nebenerwerbstätigkeiten nicht verwehrt sein. Dabei haben sie die hier festgelegten Kriterien zu beachten. Die Ausübung eines

geistlichen Amtes verletzt an sich die genannten Kriterien nicht, bleibt den Bundesrichtern aber aus Traditionsgründen schon von Verfassungs wegen weiterhin verboten (vgl. Art. 133 VE 96 und die Erläuterung zu Art. 6 Abs. 2 E-BGG).

*Absatz 3* statuiert für die ordentlichen Bundesrichter weitere Unvereinbarkeiten, wie sie schon im geltenden Recht bestehen (Art. 108 Abs. 3 BV, Art. 3 OG).

#### *Artikel 8            Nebenbeschäftigung*

Die Vorschrift entspricht Artikel 3a des geltenden OG.

#### *Artikel 9            Verwandtschaft*

Diese Vorschrift legt fest, inwieweit Personen, die miteinander in bestimmter Weise verbunden sind, von der gleichzeitigen Innehabung von gewissen Ämtern ausgeschlossen sind. Sie gilt sowohl für die ordentlichen Bundesrichter als auch für die Ersatzrichter; der im Gesetz verwendete Begriff "Richter" bezieht sich auf beide Kategorien.

*Absatz 1* regelt den Verwandtenausschluss innerhalb des Bundesgerichts. Die Regelung übernimmt das geltende Recht (vgl. Art. 4 Abs. 1 OG). In einem Punkt wird eine Verschärfung vorgeschlagen, indem neu nicht nur Ehegatten, sondern auch in dauerhafter Gemeinschaft lebende Partner ausgeschlossen sein sollen. Gedacht ist an das qualifizierte Konkubinat, wie es das Bundesgericht in Zusammenhang mit Artikel 153 Absatz 1 ZGB (Wegfall der Rente bei Wiederverheiratung) definiert hat (BGE 118 II 237 m.H.). Eine solche Gemeinschaft weist eine mit der Ehe vergleichbare Intensität auf und gefährdet damit das Prinzip der Kollegialität nicht minder.

*Absatz 2* erstreckt den Verwandtenausschluss auf weitere Behörden, beschränkt ihn aber - was diese weiteren Behörden angeht - in der Seitenlinie auf Geschwister. Wo es um den gleichzeitigen Einsitz in verschiedene Behörden geht, darf der Kreis der inkompatiblen Verwandtschaftsverhältnisse nicht zu weit gezogen werden, will man die Möglichkeit zur Ausübung von Ämtern nicht unverhältnismässig beschränken. Erfasst sind zum einen - wie heute - die eidgenössischen Untersuchungsrichter und die Vertreter der Bundesanwaltschaft (vgl. Art. 4 Abs. 1 OG). Explizit angeführt werden neu die anderen richterlichen Behörden des Bundes. Die Unabhängigkeit im Instanzenzug ist gefährdet, wenn zum Beispiel zwei Geschwister am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht amten. Eine wichtige Neuerung bringt diese Vorschrift im weiteren insofern, als der Verwandtenausschluss auf die beiden anderen Gewalten ausgedehnt wird. Diese Neuerung erheischen Gründe der personellen Gewaltentrennung. Letztere wird in Frage gestellt, wenn zum Beispiel ein Ehegatte Bundesrichter, der andere Bundesrat ist. In bezug auf die Bundesversammlung kommt als weitere Rechtfertigung die unbefangene Ausübung des parlamentarischen Wahl- und Obergerichtsrechts gegenüber dem Bundesgericht hinzu.

*Artikel 10      Amtsdauer*

Die Bestimmung entspricht Artikel 5 des geltenden OG. Die sechsjährige Amtsdauer wird im übrigen neu schon in der Verfassung festgelegt (vgl. Art. 135 Satz 2 VE 96).

*Artikel 11      Amtseid*

Heute werden die Bundesrichter in der Regel durch das Bundesgericht vereidigt (Art. 9 Abs. 2 OG). Neu leisten die Bundesrichter den Eid oder das Gelübde immer vor der Bundesversammlung. Dadurch wird die Feierlichkeit dieses Aktes erhöht und Gleichstellung mit dem Bundesrat erreicht, der ebenfalls durch die Bundesversammlung vereidigt wird.

*Artikel 12      Wohnort*

Die Vorschrift entspricht Artikel 19 Absatz 2 OG.

### **3. Abschnitt: Organisation**

*Artikel 13      Grundsatz*

Das Gesetz regelt die wichtigsten Punkte der Organisation. Innerhalb dieses Rahmens obliegt die interne Gerichtsorganisation dem Bundesgericht. Als Ausfluss der Selbstverwaltungskompetenz bestellt es selber die notwendigen Dienste und wählt sein Personal.

*Artikel 14      Präsidium*

Die Bestimmung entspricht Artikel 6 des geltenden OG, ergänzt durch den Zusatz, dass der Bundesgerichtspräsident den Vorsitz im Gesamtgericht führt (Absatz 2 Satz 2). Letzteres ist aufgrund des Reglements schon heute der Fall (vgl. Art. 22 Abs. 1 Reglement für das Bundesgericht, SR 173.111.1).

*Artikel 15      Gesamtgericht*

*Absatz 1* definiert zunächst das Gesamtgericht als die Gesamtheit der ordentlichen Richter, dies in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht (vgl. Art. 19 Abs. 1 Reglement für das Bundesgericht, SR 173.111.1). Seine Befugnisse umfassen alle wichtigen Geschäfte der Justizverwaltung, einschliesslich Wahlen. Sodann fällt der Erlass von Reglementen in die Zuständigkeit des Gesamtgerichts.

*Absatz 2* räumt neu im Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit ein, dass das Gesamtgericht auf dem Zirkulationsweg beschliesst. Im geltenden Recht ist diese Möglichkeit erst im Reglement enthalten (Art. 20 Abs. 1 Reglement für das Bundesgericht, SR 173.111.1).

### *Artikel 16      Abteilungen*

Nach *Absatz 1* zerfällt das Bundesgericht in Abteilungen: mehrere öffentlichrechtliche, zwei oder mehrere Zivilabteilungen und eine Abteilung in Strafsachen. Damit präsentiert sich die Gliederung des Bundesgerichts im neuen Recht wesentlich einfacher als nach geltender Ordnung (vgl. Art. 12 und 122 OG). Insbesondere entfallen mit der geplanten Bildung des Bundesstrafgerichts die Strafgerichtsbehörden nach Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben d, e und f sowie Absatz 2 des geltenden OG. Auch gibt es keine besondere Sozialversicherungsabteilung mehr. Die Rechtsprechung in Sozialversicherungssachen wird von den öffentlichrechtlichen Abteilungen wahrgenommen. Im einzelnen wird der Zuständigkeitsbereich der Abteilungen durch Reglement festgelegt. Dies hat den Vorteil, dass die Aufteilung der Geschäfte ohne Gesetzesänderung modifiziert werden kann.

Die Bildung der Abteilungen obliegt wie nach geltendem Recht dem Bundesgericht. Nach *Absatz 2* hat es dabei die fachlichen Kenntnisse der Richter angemessen zu berücksichtigen. Die Bestimmung ist neu; sie löst das heute beachtete Anciennitätsprinzip ab. Es erscheint kaum effizient, wenn ein in einem Fachbereich bestens ausgewiesener Richter in einem anderen Bereich eingesetzt wird. Die Bestimmung will dies verhindern.

*Absatz 3* entspricht Artikel 12 Absatz 3 des geltenden OG. Er ermöglicht einen Ausgleich unterschiedlicher Arbeitsbelastung.

### *Artikel 17      Abteilungsvorsitz*

Die Bestimmung entspricht Artikel 13 Absatz 1 und 2 des geltenden OG.

### *Artikel 18      Besetzung*

Die Bestimmung über die Besetzung der Spruchkörper knüpft an das geltende Recht an (vgl. Art. 15 OG).

Nach *Absatz 1* gilt in der Regel die Dreierbesetzung. Der Passus "in der Regel" berücksichtigt die Ausnahmen gemäss den Absätzen 2 und 3 sowie Artikel 19 E-BGG. Ausserhalb der dort erwähnten Fälle darf von der Dreierbesetzung nicht abgewichen werden.

Die Fünferbesetzung kommt zur Anwendung für die Entscheidung über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Anordnung des Abteilungspräsidenten (*Absatz 2*). Im Interesse der gebotenen Raschheit des Verfahrens gilt diese Vorschrift nicht für Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbtreibungs- und Konkursachen. Über sie ist stets in Dreierbesetzung zu befinden. Die Fünferbesetzung dürfte künftig prozentual häufiger zum Zuge kommen, da aufgrund der neuen Zugangsregelung zum Bundesgericht (Art. 94 ff. E-BGG) die Zahl der zu beurteilenden Fälle, in denen sich keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen, deutlich abnehmen wird.

*Absatz 3* enumeriert in Übereinstimmung mit Artikel 15 Absatz 3 des geltenden OG diejenigen Fälle, in denen die Abteilungen in Siebnerbesetzung urteilen. Es sind dies zum einen Beschwerden, in denen es um die Gültigkeit



referendumspflichtiger kantonaler Erlasse geht. Keinen Unterschied macht, ob - mangels kantonsinterner Rechtsmittelmöglichkeit - direkt der Erlass angefochten wird oder ob sich die Beschwerde gegen einen kantonalen Entscheid über Beschwerden gegen solche Erlasse richtet. Weiterhin mit sieben Richtern entscheiden die Abteilungen sodann über Beschwerden gegen kantonale Entscheide über die Zulässigkeit einer Initiative oder das Erfordernis eines Referendums.

### *Artikel 19 Überprüfung von Bundesgesetzen*

Die Bestimmung sieht für die mit Artikel 178 VE 96 Justizreform und Artikel 89 E-BGG neu eingeführte konkrete Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen eine besondere Zuständigkeits- und Verfahrensordnung vor. Sie bewirkt faktisch einen gewissen Schutz von Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen, indem diese Akte nur in einem erschwerten Verfahren für verfassungs- oder völkerrechtswidrig und deshalb im Einzelfall für nicht anwendbar erklärt werden können. Die besondere Ordnung kommt nur zum Zuge, wenn die für den betreffenden Streitfall zuständige Abteilung *begründete Zweifel* hat, ob eine anwendbare Bestimmung eines Bundesgesetzes oder eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses mit den verfassungsmässigen Rechten, dem Völkerrecht oder den verfassungsmässig gewährleisteten Zuständigkeiten der Kantone vereinbar ist. Hegt sie diesbezüglich keine solchen Zweifel, greift Artikel 19 E-BGG nicht; es bleibt bei der ordentlichen Besetzung nach Artikel 18 E-BGG. *Absatz 1* bringt dies in der Einleitung zum Ausdruck.

Die besondere Ordnung umfasst folgende Elemente:

- Die für den betreffenden Streitfall zuständige Abteilung vereinigt sich mit einer öffentlichrechtlichen Abteilung (*Absatz 1*). Es muss nicht stets die gleiche öffentlichrechtliche Abteilung sein; alle kommen in Frage.
- Der Spruchkörper umfasst elf Richter, fünf aus der für den Streitfall zuständigen Abteilung und fünf aus der beigezogenen öffentlichrechtlichen Abteilung. Hinzu kommt der Bundesgerichtspräsident, der den Vorsitz führt (*Absatz 2*). Der grosse Spruchkörper schafft ein gewisses Gegengewicht zum Gesetzgeber.
- Es gibt zwei Referenten, wobei der zweite vom Bundesgerichtspräsidenten aus der beigezogenen öffentlichrechtlichen Abteilung bestimmt wird (*Absatz 3*).
- Der erweiterte Spruchkörper entscheidet nicht nur über die Frage der Verfassungs- bzw. Völkerrechtswidrigkeit der fraglichen Bestimmung, er befindet über den ganzen Streitfall (*Absatz 1 in fine*). Die beiden Dinge lassen sich nicht immer strikte trennen, zumal das Bundesgericht gemäss Artikel 178 Absatz 3 VE 96 Justizreform ein breites Entscheidungsspektrum hat und sich insbesondere darauf beschränken kann, in Abweisung der Beschwerde die Verfassungs- bzw. Völkerrechtswidrigkeit bloss festzustellen.

*Artikel 20 Abstimmung*

Die Bestimmung entspricht Artikel 10 OG.

*Artikel 21 Einzelrichter*

Diese Bestimmung nimmt die geltende Praxis ins Gesetz auf. Über Verfahren, die gegenstandslos geworden sind, gleich aus welchen Gründen, entscheidet der Instruktionsrichter als Einzelrichter. Erfasst ist auch die Abschreibung zufolge Rückzugs der Beschwerde oder Vergleichs. Abgesehen von den Kostenfolgen verbleibt in solchen Fällen kaum Entscheidungsspielraum, so dass sich die Erledigung durch den Einzelrichter rechtfertigen lässt und aus Gründen der Speditivität aufdrängt. Wer als Instruktionsrichter gilt, wird in Artikel 30 Absatz 1 E-BGG definiert.

*Artikel 22 Geschäftsverteilung*

Geschäftsverteilungsfragen stellen sich beim Bundesgericht in mehrerer Hinsicht: Zunächst sind die eingehenden Fälle den verschiedenen Abteilungen zuzuweisen. Sodann sind innerhalb der zuständigen Abteilung die Richter zu bestimmen, die an der Entscheidung des Falles mitwirken (Bildung des Spruchkörpers). Unter ihnen ist der Instruktionsrichter, der eine gewichtige Funktion wahrnimmt, zu bezeichnen. Allenfalls sind Ersatzrichter beizuziehen. Die Geschäftsverteilung kann wegen der Gefahr von Manipulationen nicht ins freie Ermessen einzelner Amtsträger gestellt werden. Soweit möglich, ist sie im Reglement, also durch generell-abstrakte Vorschriften, festzusetzen bzw. es sind die Kriterien festzulegen, nach denen sie vorzunehmen ist. Artikel 22 E-BGG macht - anders als Artikel 14 des geltenden OG - deutlich, dass sich das Reglement namentlich auch zur Bildung der Spruchkörper und zum Einsatz der Ersatzrichter zu äussern hat.

*Artikel 23 Änderung der Rechtsprechung*

*Absatz 1* deckt sich inhaltlich mit Artikel 16 Absatz 1 des geltenden OG.

*Absatz 2* führt neu ausdrücklich die Möglichkeit ein, Zirkulationsbeschlüsse zu fällen. Die Beschlussfassung auf dem Zirkulationsweg wird heute teilweise bereits praktiziert. Sie vereinfacht das Verfahren und entspricht einem praktischen Bedürfnis vor allem in Fällen, in denen Einigkeit herrscht.

*Artikel 24 Gerichtsschreiber und persönliche Mitarbeiter*

Nach *Absatz 1* wählt das Bundesgericht - wie heute - die Gerichtsschreiber und die persönlichen Mitarbeiter der Richter selber. Das Verwaltungspersonal einschliesslich wissenschaftliche Mitarbeiter (z.B. Dokumentationsdienst) wird hier nicht erwähnt; seine Wahl fällt nach Artikel 3 Absatz 1 E-BGG in die Kompetenz des Bundesgerichts. Als Ausfluss der Selbstverwaltungskompetenz (Art. 3 Abs. 1 E-BGG) bestimmt das Bundesgericht künftig die Zahl seiner Gerichtsschreiber, persönlichen Mitarbeiter der Richter und der übrigen wissenschaftlichen Mitarbeiter selber. Die Vorschrift von Artikel 7 Absatz 1 OG,

wonach die Bundesversammlung mit dem Voranschlag die Zahl der Gerichtsschreiber, der Sekretäre und der übrigen wissenschaftlichen Mitarbeiter, einschliesslich der persönlichen Mitarbeiter der Richter, bestimmt, wird nicht beibehalten. Das Bundesgericht kann selbst am besten abschätzen, wie gross sein Personalbedarf ist und wieviel es von den ihm bewilligten finanziellen Mitteln dafür einsetzen will. Die Budgethoheit verbleibt bei der Bundesversammlung.

Die Vorschrift enthält eine weitere Neuerung: Das geltende Recht unterscheidet Gerichtsschreiber und Sekretäre (vgl. etwa Art. 7 OG). Da ein Unterschied in der Funktion nicht besteht, wird im E-BGG auf die Kategorie der Sekretäre verzichtet. Es ist durchwegs nur noch von Gerichtsschreibern die Rede. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass diese Kategorie Juristen verschiedener Besoldungsklassen umfasst.

*Absatz 2* hält an der sechsjährigen Amtsdauer für die Gerichtsschreiber (im hier verwendeten Sinne, also einschliesslich der Sekretäre) fest (vgl. Art. 7 Abs. 2 OG).

#### *Artikel 25      Generalsekretär*

Die Leitung der Gerichtsverwaltung liegt in der Hand des Generalsekretärs. Er hat auch die Funktion eines Personalchefs wahrzunehmen. Ferner gewährleistet er das Sekretariat des Gesamtgerichts und der Verwaltungsorgane. Mit Blick auf diese wichtigen Funktionen rechtfertigt es sich, diesen Posten im Gesetz zu verankern und auch für den Generalsekretär die sechsjährige Amtsdauer vorzusehen. Heute findet sich die Rechtsgrundlage erst auf Reglementsstufe (Art. 29 Reglement des Bundesgerichts, SR 173.111.1; Art. 11a Reglement für das Eidgenössische Versicherungsgericht, SR 173.111.2).

#### *Artikel 26      Information*

*Absatz 1* verpflichtet das Bundesgericht, die Öffentlichkeit über seine Rechtsprechung zu informieren. Dieser Pflicht kommt mit Blick auf die Präjudizwirkung höchstrichterlicher Urteile grosse Bedeutung zu. Sie wird daher im Gesetz statuiert. Heute ist die Information der Öffentlichkeit für das Bundesgericht bloss auf Reglementsstufe vorgesehen (Art. 18 Reglement des Bundesgerichts, SR 173.111.1), für das Eidgenössische Versicherungsgericht besteht eine Gesetzesvorschrift (Art. 127 Abs. 5 OG; vgl. auch Art. 22 Reglement für das Eidgenössische Versicherungsgericht, SR 173.111.2). Publikationsorgan muss nicht zwingend die amtliche Sammlung bleiben. Neu ist die Rede von "amtlich veröffentlichen", um den Weg für moderne Publikationsmöglichkeiten offen zu halten. Jede Abteilung bestimmt, welche ihrer Entscheidungen veröffentlicht werden.

*Absatz 2* vermittelt dem Bundesgericht die gesetzliche Grundlage, um für die Gerichtsberichterstattung eine Akkreditierung vorzuschreiben. Die Voraussetzungen für eine Akkreditierung und das Verfahren kann das Reglement bestimmen.

## **Zweites Kapitel: Allgemeine Verfahrensbestimmungen**

### **1. Abschnitt: Zuständigkeit**

#### *Artikel 27 Prüfung*

Dass ein angerufenes Gericht seine sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen hat (*Abs. 1*), entspricht einem allgemeinen Grundsatz. Nach der Zuständigkeitsordnung bestimmt sich zudem der verfassungsmässige Richter (Art. 58 BV; Art. 26 VE 96).

Bei Zweifeln über die Zuständigkeit führt das Bundesgericht nach *Absatz 2* einen Meinungs austausch mit der Behörde durch, deren Zuständigkeit in Frage kommt. Eine ähnliche Vorschrift gilt heute für die Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 96 Abs. 2 und Art. 113 OG). Neu kann ein Meinungs austausch auch mit kantonalen Behörden durchgeführt werden (z.B. wenn unklar ist, ob der kantonale Instanzenzug erschöpft ist).

#### *Artikel 28 Unzuständigkeit*

Nach *Absatz 1* trifft das Bundesgericht einen Nichteintretensentscheid, wenn es sich für unzuständig hält. Dies gilt auch dann, wenn eine andere Behörde zuständig erscheint oder sich im Meinungs austausch zur Beurteilung der Sache bereit erklärt hat. Vorbehalten bleibt allerdings Art. 85 Ziff. 13 BV (Art. 161 Abs. 1 Bst. h VE 96).

*Absatz 2* sieht vor, dass die durch Nichteintreten erledigte Sache gegebenenfalls der zuständigen Behörde überwiesen wird (vgl. Art. 32 Abs. 5 und Art. 96 Abs. 1 OG).

#### *Artikel 29 Vorfragen*

Die Bestimmung entspricht Artikel 96 Absatz 3 OG.

### **2. Abschnitt: Prozessleitung**

#### *Artikel 30 Instruktionsrichter*

Die Verfahrensleitung obliegt dem Instruktionsrichter. Als solcher gilt der Abteilungspräsident oder ein von ihm bezeichneter Richter. Über vorsorgliche Massnahmen entscheidet neu ebenfalls der Instruktionsrichter (Art. 98 Abs. 3 und Art. 99 E-BGG) und nicht mehr in jedem Fall der Abteilungspräsident (Art. 14 Abs. 2, 70 Abs. 2, 94, 111 Abs. 2, 142 OG; Art. 272 Abs. 7 BStP).

#### *Artikel 31 Disziplin*

Die Bestimmung entspricht inhaltlich weitgehend dem geltenden Recht (Art. 31 und Art. 13 Abs. 5 OG). Die Bussenmaxima werden heutigen Massstäben

angepasst. Was die Mittel der Sitzungspolizei in *Absatz 3* angeht, wird die kaum je praktizierte Inhaftnahme des Störers fallengelassen.

### **3. Abschnitt: Ausstand von Gerichtspersonen**

#### *Artikel 32 Ausstandsgründe*

Die vom geltenden Recht getroffene Unterscheidung zwischen zwingenden Ausschliessungs- und disponiblen Ablehnungsgründen wird aufgegeben. Die Ausstandsgründe werden in *Absatz 1* ähnlich wie im VwVG aufgezählt und durch eine Generalklausel (*Bst. d*) ergänzt. Sie sind von Amtes wegen zu berücksichtigen.

#### *Artikel 33 Mitteilungspflicht*

Die Bestimmung sieht wie das geltende Recht (Art. 24 OG) eine Mitteilungspflicht für Gerichtspersonen vor, die von den Ausstandsvorschriften betroffen sind.

#### *Artikel 34 Ausstandsbegehren*

Die *Absätze 1* und *2* übernehmen weitgehend das geltende Recht (Art. 25 Abs. 1 und 2 OG). Wird das Ausstandsbegehren zu spät gestellt, so kann dies nach *Absatz 3* ein Nichteintreten zur Folge haben statt wie bisher nur eine Verurteilung zu Kosten (Art. 25 Abs. 3 OG).

#### *Artikel 35 Entscheid*

Wird der nach den Artikeln 33 oder 34 geltend gemachte Ausstandsgrund von einer Partei oder von einem Richter bestritten, so hat die Abteilung über den Ausstand zu entscheiden. Die betroffene Gerichtsperson wirkt bei dieser Entscheid nicht mit und ist durch eine andere zu ersetzen. Diese Regelung deckt sich mit dem geltenden Recht (Art. 26 Abs. 1 OG).

#### *Artikel 36 Verletzung der Ausstandsvorschriften*

Gemäss *Absatz 1* muss die Aufhebung von Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Person mitgewirkt hat, sofort nach Kenntnis des Ausstandsgrundes verlangt werden. Das bisherige Recht sieht dafür eine dreissigtägige Frist vor (Art. 28 Abs. 1 OG).

Falls eine Beweismassnahme nicht wiederholt werden kann, beispielsweise weil der angehörte Zeuge verstorben ist, darf sie nach *Absatz 2* vom urteilenden Gericht trotz der seinerzeitigen Verletzung der Ausstandsvorschriften berücksichtigt werden.

Der Vorbehalt der Revision in *Absatz 3* entspricht dem bisherigen Recht.

#### 4. Abschnitt: Parteien, Parteivertreter, Rechtsschriften

##### *Artikel 37 Zustellungsdomizil*

Die Regelung für das Zustellungsdomizil wird aus dem geltenden Recht übernommen (Art. 29 Abs. 4 OG) und lediglich redaktionell leicht angepasst.

##### *Artikel 38 Parteivertreter*

Es entspricht in der Schweiz einer festen Tradition, dass eine Partei ihren Prozess bis zum Bundesgericht auch selbst führen kann. Will sie sich aber vertreten lassen, so muss sie in Zivil- und Strafsachen die Vertretung einem patentierten Anwalt oder allenfalls einem Universitätsprofessor übertragen. Die Belastung der Gerichte durch unzulässige Beschwerden ist nicht zu unterschätzen und kann mit der Einführung eines Anwaltszwangs oder durch eine Ausdehnung des Vertretungsmonopols der Anwälte auf alle Rechtsbereiche reduziert werden. Schon die Expertenkommission Dubs hat sich deshalb intensiv mit den Vor- und Nachteilen dieser beiden Massnahmen befasst. Den Anwaltszwang lehnte sie als mit der schweizerischen Rechtstradition nicht vereinbar ab. Sie befürwortete hingegen die Ausdehnung des Anwaltsmonopols auf sämtliche Rechtsvorkehren vor Bundesgericht und erhoffte sich davon insbesondere eine gewisse "Siebwirkung" (Schlussbericht vom Januar 1982; Ziff. 232). Gestützt auf das negative Ergebnis der Vernehmlassung liess der Bundesrat das Anwaltsmonopol als mögliche Entlastungsmassnahme fallen (BBl 1985 II 800 ff., 1991 II 477). Die Kommission hat die beiden Massnahmen noch einmal eingehend geprüft und ist - entgegen der im Zwischenbericht geäusserten Meinung - zur Auffassung gelangt, es sei richtig, das Anwaltsmonopol auszudehnen (*Abs. 1*). Sachlich ist diesbezüglich eine Differenzierung nach Rechtsgebieten nicht gerechtfertigt und gerade das vorgeschlagene Vorprüfungsverfahren (Art. 94 ff. E-BGG) verlangt von einem Parteivertreter, dass er sich in verfahrensrechtlichen Belangen auskennt.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Anwälte mit ausländischem Patent zuzulassen sind (*Abs. 2*), ist nicht im E-BGG, sondern im Rahmen meist bilateraler Abkommen (etwa mit der EU) zu regeln. Bis solche Abkommen vorliegen, kann die recht offene Ausnahmeklausel des geltenden Rechts (Art. 29 Abs. 3 OG) beibehalten werden. Allerdings ist der Gegenrechtsvorbehalt zu streichen, da dessen GATS-Konformität zweifelhaft ist.

Kein Änderungsbedarf besteht bei den Vorschriften der *Absätze 3 und 4* über das Erfordernis der schriftlichen Vollmacht für jede Parteivertretung (vgl. Art. 29 Abs. 1 OG) und über den Entscheid des Gerichts bei streitigen Anwaltshonoraren (vgl. Art. 161 OG).

##### *Artikel 39 Fehlen der Postulationsfähigkeit*

Die Bestimmung über den Vertretungszwang im Falle, dass jemand offensichtlich nicht imstande ist, seine Sache selber zu führen, wird unverändert aus dem geltenden Recht übernommen (Art. 29 Abs. 5 OG).

#### *Artikel 40      Rechtsschriften*

Die Vorschriften über die Anforderungen an die Rechtsschriften und die Verbesserung mangelhafter Eingaben lehnen sich an die Artikel 30 und 108 des geltenden OG an.

Die in *Absatz 1* verankerte *Begründungspflicht* ist an sich nicht neu. Rechtsschriften sollen sich mit den prozessualen Formanforderungen und den geltend gemachten Rechtsverletzungen auseinandersetzen. Was speziell die *Beschwerden* angeht, erhält die Begründungspflicht im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Entwurfs eine besondere Bedeutung: In der Beschwerdeschrift ist darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt eine Rechtsnorm nach Artikel 88 E-BGG verletzt oder auf einer Sachverhaltsfeststellung beruht, welche nach Artikel 90 E-BGG beanstandet werden kann. Das Bundesgericht tritt auf eine Beschwerde nur soweit ein, als sie einen zulässigen Beschwerdegrund enthält. Falls es sich nicht von selbst versteht, hat der Beschwerdeführer ausserdem aufzuzeigen, dass die gerügte Rechtsverletzung einen Einfluss auf den Endentscheid hat (Art. 95 Abs. 1 Bst. d E-BGG). Rügen, die nicht ausdrücklich vorgebracht worden sind, braucht das Bundesgericht nicht zu prüfen (Art. 101 Abs. 2 E-BGG); und solche, die zwar erhoben, aber nicht hinreichend begründet worden sind, kann es für unzulässig erklären (Art. 95 Abs. 1 Bst. c E-BGG). Da das Bundesgericht Beschwerden auch für unzulässig erklären kann, wenn sie weder Grundsatzfragen noch einen Streit mit schwerwiegenden Folgen betreffen (Art. 95 Abs. 2 E-BGG), muss sich der Beschwerdeführer zu diesen Punkten ebenfalls äussern.

Wird eine Rechtsschrift, die einen verbesserungsfähigen Mangel aufweist (*Abs. 4 und 5*) nicht innert der angesetzten Frist geändert, so tritt das Bundesgericht auf die Eingabe nicht ein oder weist sie aus den Akten, je nachdem ob es sich um ein Rechtsmittel oder um eine Vernehmlassung handelt.

### **5. Abschnitt: Fristen (Art. 41 - 47)**

Der Abschnitt über die Fristen wird beinahe unverändert vom geltenden Recht übernommen. Die Neuerungen beschränken sich auf Redaktionelles und Systematisches, von den folgenden Ausnahmen abgesehen.

Bei der Berechnung der Frist wird präzisiert, dass die Frage, ob ein kantonaler Feiertag vorliegt, nach dem Recht jenes Kantons zu beurteilen ist, in dem der angefochtene Entscheid gefällt worden ist (*Art. 41 Abs. 3*).

Gesetzlich nach Tagen bestimmte Fristen sollen neu einen Tag länger, nämlich nicht bloss bis und mit dem 1., sondern dem 2. Januar still stehen (*Art. 42 Abs. 1 Bst. c*). Der Wortlaut von *Artikel 44* schliesst die Möglichkeit, Rechtsschriften per Fax oder Internet zu übermitteln, nicht aus. Auf eine ausdrückliche Regelung dieser Frage im Gesetz wird verzichtet, damit sich die Praxis des Bundesgerichts laufend der technischen Entwicklung anpassen kann. Die Frist für die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs wird von 10 auf 30 Tage nach Wegfall des unverschuldeten Hindernisses verlängert (*Art. 46 Abs. 1*), nicht zuletzt, weil innert gleicher Frist auch die versäumte Rechtshandlung nachgeholt werden muss.

Soweit in Schuldbetreibungs- und Konkursachen die Aufsichtsbehörden entscheiden (Art. 17 ff. SchKG), kommt den Fristenregelungen des SchKG Vorrang zu (Art. 47).

## **6. Abschnitt: Streitwert (Art. 48 - 50)**

Wie bisher spielen Fragen im Zusammenhang mit der Bestimmung des (Geld-)Wertes des Streitgegenstands vorab im Zivilprozess eine Rolle. Im vorgeschlagenen Vorprüfungsverfahren darf eine Beschwerde in Zivilsachen dann nicht als unzulässig erklärt werden, wenn der Streitwert 100'000 Franken erreicht (Art. 95 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2 E-BGG). Die Vorschriften des geltenden Rechts über die Berechnung des Streitwerts können annähernd unverändert übernommen werden. Die Anpassungen sind redaktioneller Natur.

Präzisierend wird allerdings festgehalten, dass der durch das Rechtsbegehren des Klägers bei der Vorinstanz bestimmte Streitwert auch für das Beschwerdeverfahren massgebend ist (Art. 48 Abs. 1).

## **7. Abschnitt: Verfahrenssprache (Art. 51)**

Den Vorschriften über die Verfahrenssprache wird neu eine eigene Bestimmung gewidmet. Zwar erwähnte das geltende Recht bloss die Sprache der Rechtsschriften (Art. 30 Abs. 1 OG) und diejenige des Urteils (Art. 37 Abs. 3 OG). Das Recht einer Partei, sich einer der Amtssprachen zu bedienen, galt aber schon von Verfassungs wegen für das ganze Verfahren.

Änderungen ergeben sich aber aus dem neuen Sprachenartikel der Bundesverfassung, der unter gewissen Voraussetzungen auch das Rätoromanische als Amtssprache anerkennt (Art. 116 Abs. 4 BV). Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zumindest in einem Beschwerdeverfahren einer romanischen Gemeinde oder Person gegen den Entscheid einer Instanz des Kantons Graubünden (BGE 122 I 95 E. 1). Gestützt auf Artikel 14 Absatz 3 des Publikationsgesetzes und Artikel 11 der dazugehörigen Verordnung hat sich das Bundesgericht im erwähnten Entscheid des Rumantsch Grischun bedient, dann aber eine Übersetzung ins Deutsche gleich mitpubliziert.

Wie schon im geltenden Recht bestimmt der angefochtene Entscheid die Sprache des Beschwerdeverfahrens, ausser die Parteien sprechen eine andere Amtssprache (Abs. 1). Im Klageverfahren soll die (Amts-)Sprache der Parteien berücksichtigt werden (Abs. 2). Ist eine Partei der Verhandlungssprache nicht mächtig, so ordnet das Gericht eine Übersetzung aller Schriftstücke und mündlichen Äusserungen an, auf deren Verständnis sie angewiesen ist (vgl. dazu BGE 118 Ia 462 ff.). Diese in Absatz 3 enthaltene Vorschrift entspricht der Regel von Artikel 4 Absatz 2 BZP.



## 8. Abschnitt: Beweisverfahren

### *Artikel 52 Grundsatz*

Eigenständige Vorschriften über das Beweisverfahren sind nicht notwendig. Es kann auf die Bestimmungen im siebenten Titel des Bundeszivilprozesses verwiesen werden (*Abs. 1*).

*Absatz 2* übernimmt inhaltlich Artikel 95 Absatz 1 OG (vgl. auch Art. 113 und 143 Abs. 4 OG).

*Absatz 3* wiederholt der Vollständigkeit und besseren Übersichtlichkeit halber Artikel 5 Absatz 3 BZP.

### *Artikel 53 Anwesenheit der Parteien und Urkundeneinsicht*

Die *Absätze 1* und *2* decken sich weitgehend mit dem - nicht in den Verweis von Artikel 52 E-BGG eingeschlossenen - Artikel 38 BZP. Zusätzlich erwähnt werden die öffentlichen Interessen, welche ebenso wie die privaten Interessen (insb. Geschäftsgeheimnisse) den Ausschluss einer Partei von der Beweiserhebung oder Urkundeneinsicht rechtfertigen können.

*Absatz 3* statuiert in Anlehnung an Artikel 28 VwVG, wie zu verfahren ist, wenn zum Nachteil der ausgeschlossenen Partei auf das entsprechende Beweismittel abgestellt werden soll.

## 9. Abschnitt: Urteilsverfahren

### *Artikel 54 Parteiverhandlung*

Eine allfällige Parteiverhandlung ist vom Abteilungspräsidenten anzuordnen (vgl. Art. 62 Abs. 1, 112, 143 Abs. 3 OG; Art. 276 Abs. 2 BStP). Wie bisher wird die Durchführung einer Parteiverhandlung die Ausnahme bilden, um so mehr als das Bundesgericht grundsätzlich keine Sachverhaltskontrolle mehr ausüben wird (Art. 100 E-BGG).

### *Artikel 55 Mündliche Beratung*

Obwohl die Systematik des geltenden OG den Eindruck erweckt, die mündliche Beratung bilde den hauptsächlichen Weg der Entscheidungsfindung, trifft das Bundesgericht heute den weit überwiegenden Teil seiner Entscheide in einem Zirkulationsverfahren (Art. 36a und 36b OG). Ohne massive Zugangsbeschränkungen wäre es angesichts der aktuellen Geschäftszahlen völlig unrealistisch, das Schwergewicht wieder auf die mündliche Beratung zurück verlagern zu wollen. *Absatz 1* erklärt deshalb den Entscheid auf dem Zirkulationsweg zur Regel. Einstimmigkeit ist - anders als im geltenden Recht - nicht erforderlich. Damit entfallen die nicht unproblematischen Bemühungen, in möglichst vielen Fällen Einstimmigkeit herbeizuführen.

Wie bisher kann jeder Richter eine mündliche Beratung verlangen (*Abs. 2*). Der Abteilungspräsident trägt eine besondere Verantwortung dafür, dass zumindest Grundsatzentscheide mündlich beraten werden. Er wird daher in dieser Vorschrift ausdrücklich erwähnt.

#### *Artikel 56      Öffentlichkeit*

Für den Fall, dass die Abteilungen nicht auf dem Zirkulationsweg entscheiden, schreibt *Absatz 1* die Öffentlichkeit der Beratungen, Abstimmungen und - soweit solche angeordnet werden - der Parteiverhandlungen vor. Diese Regel entspricht dem geltenden Recht (Art. 17 Abs. 1 OG); ihre Tragweite ist aber insofern stark eingeschränkt, als die Entscheide normalerweise auf dem Zirkulationsweg getroffen werden (Art. 55 E-BGG).

Dass die Beratungen und Abstimmungen des Bundesgerichts öffentlich sind, beruht auf einer langen Tradition. Das Publikum und namentlich die Medien können auf diese Weise eine gewisse Kontrolle ausüben und dadurch allfälligem Misstrauen gegenüber einer zu grossen Machtfülle der höchsten Richter im demokratischen Staat vorbeugen. Umgekehrt wird das Verantwortungsbewusstsein des einzelnen Richters gestärkt, wenn er sich direkt der Öffentlichkeit stellen muss. In der öffentlichen Beratung besteht ferner Gelegenheit, eine Minderheitsmeinung publik zu machen, was im schriftlichen Entscheid nicht oder höchstens sehr beschränkt möglich ist. Für die Parteien kann es vertrauensfördernd wirken, wenn sie mitverfolgen können, wie das Gericht über ihre Argumente debattiert.

*Absatz 2* übernimmt inhaltlich Artikel 17 Absatz 3 OG. Diese Vorschrift eröffnet zusammen mit Artikel 55 E-BGG genügend Spielraum, um das Urteilsverfahren unter Ausschluss der Parteien oder der breiteren Öffentlichkeit durchzuführen, wenn dies angezeigt ist. Die Ausnahmen, die heute in Artikel 17 Absätze 1 und 2 OG vorgesehen sind, brauchen deshalb nicht mehr ausdrücklich erwähnt zu werden.

Im Vorprüfungsverfahren (Art. 94 ff. E-BGG) würden öffentliche Beratungen der gebotenen Beschleunigung zuwider laufen. *Absatz 3* sieht deshalb eine entsprechende Ausnahme vor.

#### *Artikel 57      Eröffnung des Entscheids*

*Absatz 1* übernimmt inhaltlich Artikel 37 Absatz 2 OG.

Im Falle einer mündlichen (öffentlichen) Urteilsberatung ist den Parteien sofort das Dispositiv mitzuteilen (*Abs. 2*). Der Entscheid steht in diesem Zeitpunkt fest; bis die definitive schriftliche Begründung vorliegt, kann es aber noch eine gewisse Zeit dauern.

#### *Artikel 58      Rechtskraft*

Die Bestimmung entspricht Artikel 38 OG.

### **10. Abschnitt:      Kosten (Art. 59 - 65)**

Die Vorschriften über Gerichtskosten und Parteientschädigungen können materiell weitgehend unverändert übernommen werden. Redaktionelle Anpassungen stehen im Vordergrund.

Leistet eine Partei, die das Gericht angerufen hat, der Aufforderung des Instruktionsrichters, einen Kostenvorschuss zu bezahlen oder eine Parteientschädigung sicherzustellen, nicht fristgerecht Folge, so wird nach *Artikel 59 Absatz 3* auf ihre Rechtsvorkehr nicht eingetreten, ohne dass noch eine Nachfrist anzusetzen wäre (vgl. auch Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden nicht geändert (*Art. 61*), der Entscheid darüber aber ausdrücklich in die Kompetenz des Instruktionsrichters gestellt.

Auch die Grundsätze der Kostentragungspflicht vor Bundesgericht (*Art. 62*) und vor der Vorinstanz (*Art. 63*) werden vom geltenden Recht übernommen. Kostenpflichtig ist grundsätzlich die unterliegende (*Art. 62 Abs. 1*) oder die unnötige Kosten verursachende (*Art. 62 Abs. 3*) Partei, ausser es handle der Bund, ein Kanton, eine Gemeinde oder neu auch eine mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betraute Organisation im amtlichen Wirkungskreis und ohne eigentliches Vermögensinteresse (*Art. 62 Abs. 4*).

Bei der Frage der Bemessung der Gerichtskosten (*Art. 64*) wird der Kostenrahmen vereinfacht und die Höchstgrenze für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse auf 100'000 Franken heraufgesetzt.

### **11. Abschnitt: Vollstreckung (Art. 66 - 68)**

Der Entwurf enthält neu explizit eine Artikel 40 VwVG und Artikel 75 BZP analoge Bestimmung, wonach Entscheide, die auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gehen, nach den Regeln des SchKG zu vollstrecken sind (*Art. 66*).

Für andere Entscheide werden die Vorschriften des geltenden Rechts übernommen, mit der bekannten Verpflichtung der Kantone, Entscheide des Bundesgerichts wie eigene zu vollstrecken (*Art. 67 Abs. 1*). Geht die erstinstanzliche Verfügung von einer Bundesverwaltungsbehörde aus, so richtet sich die Vollstreckung nach den Artikeln 41 - 43 VwVG (*Art. 67 Abs. 2*) und bei einem Entscheid des Bundesgerichts auf Klage nach den Artikeln 74 - 78 BZP (*Art. 67 Abs. 3*).

Immer bleibt wie bis anhin die Beschwerde an den Bundesrat wegen mangelhafter Vollstreckung eines Bundesgerichtsurteils vorbehalten (*Art. 68*).

### **12. Abschnitt: Ergänzendes Recht (Art. 69)**

Der Entwurf verweist in verschiedenen Artikeln direkt auf einzelne Bestimmungen des Bundeszivilprozesses (vgl. Art. 52 Abs. 1, Art. 67 Abs. 3, Art. 106 Abs. 2 E-BGG). Als ergänzendes Recht können wie heute (*Art. 40 OG*) auch andere Bestimmungen des BZP herangezogen werden. Das Wort "sinngemäss" macht deutlich, dass jeweils sorgfältig geprüft werden muss, ob und wie eine Vorschrift des BZP angewendet werden kann, ohne dass ein Widerspruch zur ratio legis des Bundesgerichtsgesetzes entsteht.

## **Drittes Kapitel: Das Bundesgericht als**

## Beschwerdeinstanz

### 1. Abschnitt: Beschwerde in Zivilsachen

#### *Artikel 70 Grundsatz*

Die Beschwerde in Zivilsachen hat ein sehr weites Arbeitsfeld. Es unterliegen ihr nicht nur die eigentlichen Zivilsachen, sondern auch gewisse öffentlichrechtliche Angelegenheiten, die einen unmittelbaren Bezug zum Zivilrecht aufweisen (vgl. Abs. 2), sowie - als weiteres Sammelbecken - die sog. Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Dieses Konglomerat mag rechtsdogmatisch erstaunen, es ist aber keineswegs zufällig, sondern beruht auf pragmatisch-praktischen Überlegungen.

Im Vordergrund stehen jedoch die *Zivilsachen*; dieser Begriff ist gleich zu verstehen wie im geltenden Recht. Somit fallen darunter die Zivilrechtsstreitigkeiten (vermögens- und nichtvermögensrechtliche), aber auch die nichtstreitigen Zivilsachen (Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie z.B. die Kraftloserklärung eines Wertpapiers). *Absatz 1* weist der Beschwerde also zunächst die Sachgebiete der heutigen Berufung und der Nichtigkeitsbeschwerde zu. In der Bundesrechtspflege wird dadurch die nicht immer leicht zu treffende Unterscheidung von streitigen und nichtstreitigen Zivilsachen künftig entbehrlich.

Im gleichen Zug nennt Absatz 1 auch die *Schuldbetreibungs- und Konkursachen*. Das will nicht heissen, dass diese Vollstreckungssachen neuerdings als zivilrechtlich zu qualifizieren wären, sondern nur, dass sie der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen. Als Schuldbetreibungs- und Konkursachen gelten zunächst die *betreibungsrechtlichen* Streitigkeiten, die vor *Gericht* ausgetragen werden: also einmal die *rein betreibungsrechtlichen* (d.h. die gerichtlichen Summarsachen nach Art. 25 Ziff. 2 SchKG wie Rechtsöffnung, Konkursöffnung, Arrestbewilligung, Nachlassverfahren, aber auch die Klage des beschleunigten Prozesses auf Feststellung des neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 4 SchKG), sodann die betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit sog. *Reflexwirkung* auf das materielle Recht (z.B. die gerichtlichen Widerspruchs-, Aussonderungs- und Kollokationsstreitigkeiten). Auf der andern Seite stehen die *Beschwerdesachen*, die von den Aufsichtsbehörden entschieden werden (Art. 17 ff. SchKG).

Keine solchen Betreuungssachen sind demgegenüber die *materiellrechtlichen* Streitigkeiten, die durch eine Betreuung hervorgerufen werden können (z.B. An- oder Aberkennungsklage): Betrifft der Streit eine privatrechtliche Forderung, liegt eine echte Zivilsache vor; geht es um Feststellung einer öffentlichrechtlichen Forderung (z.B. einer Steuerforderung im Anerkennungsverfahren nach Art. 79 Abs. 2 SchKG), handelt es sich um eine öffentlichrechtliche Angelegenheit, so dass die öffentlichrechtliche Beschwerde (Art. 76 ff. E-BGG) zur Anwendung kommt.

Sämtliche "SchKG-Sachen" - Gerichtssachen und Beschwerdesachen - sind zwar an sich öffentlichrechtlicher Natur. Dennoch werden sie allesamt der "zivilrechtlichen Beschwerde" zugeschlagen, weil das Zivilrecht praktisch immer *vorfrageweise* angewendet werden muss: Vollstreckt wird stets ins Privatvermögen des Schuldners, in seine absoluten und relativen privaten

Vermögensrechte; Durchführung der Zwangsvollstreckung ist ohne Anwendung des Privatrechts undenkbar (dieses spielt z.B. bei der Feststellung des Vollstreckungssubstrates, bei der Rangordnung von beschränkten dinglichen Rechten im Rahmen einer Lastenbereinigung usw.). Die Zuordnung der Schuldbetreibungs- und Konkursachen zur öffentlichrechtlichen Beschwerde wäre somit - obwohl dogmatisch an sich richtig - ein rechtstheoretisches Konstrukt geblieben. Ihr Unterbringen unter das einheitliche Dach der zivilrechtlichen Beschwerde bewirkt demgegenüber eine grosse Vereinfachung des Rechtsmittelsystems.

Die zivilrechtliche Beschwerde übernimmt nach dem Gesagten somit insbesondere auch die Aufgabe der heutigen *Schuldbetreibungs- und Konkursbeschwerde ans Bundesgericht* (Art. 19 SchKG, 76 ff. OG). Dies hätte im Vergleich zum heutigen Rechtszustand einen markanten Abbau an Rechtsschutz und Rechtssicherheit zur Folge, sofern auch die betreffenden *SchKG-Aufsichtssachen* dem vorgeschlagenen *Vorprüfungsverfahren* uneingeschränkt unterliegen würden (Art. 94 ff. E-BGG). Gerade im Bereiche der Zwangsvollstreckung aber hat das Bundesgericht als oberste Beschwerdeinstanz und *Oberaufsichtsbehörde* (Art. 15 Abs. 1 SchKG) zur einheitlichen Rechtsanwendung, zur Rechtsfortbildung und zur raschen Rechtsdurchsetzung in höchstem Masse beigetragen - ein Beitrag, auf den unsere Volkswirtschaft auch in Zukunft nicht verzichten kann. Die Expertenkommission gelangte daher zur Überzeugung, dass im sachlich klar beschränkten Bereich der heutigen *SchKG-Beschwerdesachen* (Art. 17 ff. SchKG, 76 ff. OG) die bundesgerichtliche Oberaufsicht und Rechtspflege im bisherigen Umfang zu erhalten ist.

Ausser Frage stand eine "Retrozession" dieser Oberaufsicht an den Bundesrat oder an eine andere (noch zu findende) Bundesbehörde, denn in der Praxis hat sich das geltende System sehr gut bewährt. Dem fortbestehenden Bedürfnis danach wird in der Weise Rechnung getragen, dass Entscheide der oberen kantonalen Aufsichtsbehörden *nur einer beschränkten höchstrichterlichen Vorprüfung* unterliegen (nämlich nur jener nach Art. 95 Abs. 1 E-BGG, nicht aber nach Abs. 2 dieser Bestimmung). Doch sei wiederholt: Diese sachlich enge Ausnahme gilt nicht für alle Schuldbetreibungs- und Konkursachen, sondern nur für die *Aufsichtssachen*, die heute der Beschwerde nach Artikel 76 ff. OG unterliegen, *nicht* also für die Streitigkeiten, die vor Gericht auszutragen sind; für diese gilt die integrale Vorprüfung. Die Ausnahme vom Vorprüfungsverfahren erlaubt es, für die Belange der SchKG-Aufsicht auf eine eigene Beschwerde zu verzichten; sodann erübrigt sich die Konstituierung einer neuen SchKG-Oberaufsichtsbehörde an Stelle des Bundesgerichts.

Für das *Kostenrecht* hingegen gelten auch in den Belangen der SchKG-Aufsicht die Artikel 59 ff. E-BGG; von der heutigen allgemeinen Kostenlosigkeit ist daher Abschied zu nehmen - aus naheliegenden Gründen auch auf der Ebene des kantonalen Beschwerdeverfahrens (vgl. Art. 20a Abs. 1 SchKG, der insoweit aufzuheben ist).

Die *Verordnungskompetenz* in SchKG-Sachen gibt das Bundesgericht freilich auf, wie in den Grundsätzen der Justizreform festgehalten (Botschaft BV-Revision, BBl 1997 I 489). Für *Kreisschreiben* bleibt es - als oberstes

Aufsichtsorgan - hingegen zuständig (Art. 15 Abs. 3 SchKG; Abs. 2 dieser Bestimmung ist aufzuheben).

Nach *Absatz 2* unterliegen sodann noch weitere öffentlichrechtliche Sachen der zivilrechtlichen Beschwerde. Sie alle haben das gemeinsame Merkmal, mit dem Zivilrecht in engem Konnex zu stehen. Die gesetzliche Aufzählung ist nicht abschliessend; das Gesetz exemplifiziert den erforderlichen engen Konnex zum materiellen Recht: Es geht um seine Vollstreckung (Bst. a), um die Rechtsfürsorge im Sinne der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Registersachen nach Bst. b, Namensänderung nach Bst. c), um Aufsicht über Stiftungen und privatrechtliche Vertreter (Bst. d und e), um vormundschaftsrechtliche Massnahmen und um den familienrechtlichen Kinderschutz (Bst. f und g). Wie bei den meisten SchKG-Sachen wäre dogmatisch an sich die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zutreffend, doch sprechen auch hier Gründe der sachlichen Konnexität und Praktikabilität für die zivile Rechtspflege. Bei der Aufsicht über die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge hingegen kommt die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zum Zuge (s. den Vorbehalt in Bst. d).

#### *Artikel 71 Vorinstanzen*

Statuiert wird der Grundsatz der "double instance". Die Beschwerde ans Bundesgericht ist - dies der Hauptfall - erst gegen letztinstanzliche *kantonale Entscheide* gegeben (*Abs. 1*); dem Beschwerdeführer darf somit kein kantonales Rechtsmittel mehr offenstehen, mit dem dieselben Rügen wie vor Bundesgericht erhoben werden könnten (Art. 88 ff. E-BGG). Vorinstanz kann in der Zivilrechtspflege aber auch das *Bundesverwaltungsgericht* sein, nämlich bei gewissen Registersachen (so bei Verfügungen des Institutes für Geistiges Eigentum und Verfügungen des Eidgenössischen Handelsregisteramtes).

*Absatz 2* führt den genannten Grundsatz näher aus: Die letzte kantonale Instanz muss ein *oberes Gericht* sein, welches *als Rechtsmittelinstanz* entscheidet. Das bedeutet vor allem den Abschied von unteren Zweitinstanzen (s. noch Art. 48 Abs. 2 Bst. a OG), aber auch Abschaffung einziger kantonaler Instanzen, soweit sie einzig auf *kantonalem* Prozessrecht beruhen (z.B. erstinstanzliche Zuständigkeit eines kantonalen Obergerichts ab gewissem Streitwert). Ferner sind davon auch einziginstanzliche Fachgerichte betroffen (etwa ein Handelsgericht), soweit seine erst- und einziginstanzliche Zuständigkeit nicht unmittelbar auf Bundesrecht gründet (wie z.B. im Immaterialgüterrecht). Von solchen bundesrechtlichen Ausnahmen abgesehen haben die Kantone - anders als nach geltendem OG - in Zukunft also für eine zweistufige Zivilgerichtsbarkeit besorgt zu sein. Doch sind die Kantone nicht etwa gehalten, immer ordentliche und vollkommene Rechtsmittel vorzusehen; bundesrechtlich verlangt wird lediglich ein Instanzenzug mindestens im Rahmen der möglichen Rügen vor Bundesgericht (insb. volle Rechtskontrolle in Bezug auf Verletzungen von Bundesrecht und Völkerrecht; Art. 88 i.V.m. 104 Abs. 2 E-BGG).

Auch im Bereiche der *Schuldbetreibungs- und Konkursachen* wird eine "double instance" verwirklicht. Das gilt ohne weiteres für die Gerichtssachen; bei den Aufsichtssachen (Beschwerdefälle nach Art. 17 ff. SchKG) bedarf es hingegen auch künftig keiner zweistufigen Aufsicht im Sinne oberer und unterer

Aufsichtsbehörden im Kanton: Das Vollstreckungsorgan - so das Betreibungs- oder Konkursamt, aber auch atypische Organe wie eine ausseramtliche Konkursverwaltung, ein Sachwalter oder ein Liquidator -, dessen Anordnung angefochten wird (z.B. eine Pfändung oder ein Verwertungsakt), gilt als *verfügende Behörde*, mithin bereits als erste Instanz. Doch haben die Kantone dafür zu sorgen, dass die Funktionen einer oberen oder einzigen Aufsichtsbehörde (Beschwerdeinstanz) von einem *Gericht* wahrgenommen wird - ein Postulat, das bereits heute von praktisch allen Kantonen realisiert ist.

*Schiedsgerichte* gelten wie bisher nicht als Vorinstanzen, jedenfalls soweit ein Fall schweizerischer Binnenschiedsgerichtsbarkeit vorliegt. Als Vorinstanz fällt hier aber die richterliche Behörde nach Artikel 3 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit (SR 279) in Betracht.

Beim *internationalen* Streit, der von einem schweizerischen Schiedsgericht beurteilt wird, gilt Artikel 191 IPRG, auf den *Absatz 3* Bezug nimmt. Die genannte Bestimmung sieht gegen den Schiedsentscheid eine direkte *Beschwerde* ans Bundesgericht vor, mit eigenen beschränkten Rügen (Art. 190 IPRG). Diese Beschwerdemöglichkeit bleibt unverändert bestehen, doch ist Artikel 191 IPRG insoweit zu modifizieren, als er auf das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde verweist.

#### *Artikel 72      Beschwerderecht*

Die Rechtsmittel der geltenden Zivilrechtspflege - Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde - definieren die Legitimation zum Verfahren, das Beschwerderecht, grundsätzlich nicht. Sie halten lediglich fest, dass auch allfällige Nebenparteien legitimiert seien, soweit sie nach kantonalem Prozessrecht Parteirechte ausüben können (Art. 53 und 74 OG). Die neue Beschwerde in Zivilsachen bedarf hingegen einer Definition des Beschwerderechts, denn dieser Beschwerde unterliegen ja nicht nur die echten Zivilsachen, sondern auch namhafte konnexe öffentlichrechtliche Angelegenheiten (s. die Ausführungen zu Art. 70 E-BGG).

*Absatz 1* regelt den Grundsatz. Die Beschwerdebefugnis setzt vorgängige (ganz oder teilweise erfolglose) *Teilnahme* am Verfahren bei der Vorinstanz voraus (*Bst. a*). Befugt ist jedoch auch, wem die Möglichkeit zur Teilnahme verwehrt blieb, also Personen, welche die Vorinstanz zu Unrecht nicht als Partei oder Nebenpartei anerkannt oder gar formlos übergangen hat. Diese sog. formelle Beschwer allein genügt aber nicht. Materielles Kriterium ist das *rechtlich geschützte Interesse* des Beschwerdeführers: Er muss durch den angefochtenen Entscheid in eigenen Rechtspositionen betroffen sein (*Bst. b*).

Nach der Formel des Entwurfs sind somit insbesondere legitimiert: die Haupt- und Nebenparteien eines streitigen Verfahrens, die Gesuchsteller in Verfahren auf einseitigen Antrag (freiwillige Gerichtsbarkeit), Behörden oder Dritte, denen das materielle Recht trotz fehlender Sachlegitimation Parteirechte einräumt (z.B. Verbände, der "Jedermann" oder ein Prozessstandschafter, welchen das Zivilrecht Klagebefugnisse verleiht, vgl. etwa Art. 78, 89, 108, 121, 260a, 482 ZGB, Art. 7 GIG, 56 MSchG, 10 UWG).

Dieselbe Legitimationsformel spielt auch in Schuldbetreibungs- und Konkursachen: ohne weiteres gilt sie für die Streitigkeiten, die vor Gericht

ausgetragen werden (s. dazu den Kommentar zu Art. 70 E-BGG). Zur Anwendung kommt sie künftig aber auch bei den bisherigen Rekursachen, was indessen zu keiner nennenswerten Schmälerung des heutigen Beschwerderechts führt.

Nach *Absatz 2* steht das Beschwerderecht auch gewissen Bundesbehörden zu, soweit öffentlichrechtliche Angelegenheiten nach Artikel 70 Absatz 2 E-BGG in Frage stehen und die Bundesbehörde in ihrem spezifischen Aufgabenbereich berührt ist (so z.B. bei registerrechtlichen Fragen).

## 2. Abschnitt: Beschwerde in Strafsachen

Als Rechtsmittel in Strafsachen tritt diese Beschwerde einerseits an die Stelle der Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts (Art. 268 ff. BStP), wobei ihr Anwendungsgebiet erweitert wird (Art. 73 Abs. 2 E-BGG). Sodann übernimmt sie - als Einheitsbeschwerde - fortan auch die Aufgaben der staatsrechtlichen Beschwerde, die heute in jenen Strafsachen zulässig ist, die nicht der Nichtigkeitsbeschwerde unterliegen.

Die neue Beschwerde in Strafsachen bringt somit eine wichtige formale Neuerung: Sie verwirklicht das zentrale Revisionspostulat, wonach sämtliche Rechtsmittel, die ans Bundesgericht führen, in ein und demselben Gesetz zu regeln sind. Entsprechend sind die Artikel 268 ff. BStP aufzuheben.

### *Artikel 73 Grundsatz*

In erster Linie hat die Beschwerde in Strafsachen im wesentlichen dasselbe Anfechtungsobjekt wie die heutige Nichtigkeitsbeschwerde, also letztinstanzliche Entscheide über Strafen und Massnahmen. Der Beschwerde unterliegen somit insbesondere letztinstanzliche kantonale Einstellungsbeschlüsse und Urteile - unabhängig von ihrer konkreten Bezeichnung (wie Strafbescheid, Strafverfügung, Entscheidung) -, sofern sie von einer zutreffenden Vorinstanz stammen (Art. 74 E-BGG). Der angefochtene Entscheid kann eine materiellrechtliche (z.B. Verurteilung, Freispruch, Widerruf des bedingten Strafvollzuges, zivilrechtliche Folgen) oder eine verfahrensrechtliche Frage zum Gegenstand haben. Er kann auch Massnahmen sowie den Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 42 ff., 91 StGB) betreffen, wenn es sich dabei um richterliche Entscheide handelt.

Künftig können aber sogar *Administrativentscheide* über den Vollzug von Strafen und Massnahmen Gegenstand der Beschwerde in Strafsachen sein, Entscheide also, die heute der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen (vgl. BGE 100 Ib 324; Art. 73 Abs. 2 Bst. c). Dasselbe gilt auch für die Entscheide bzgl. Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 73 Abs. 2 Bst. a), gegen die heute die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist, sofern der Entscheid von einer erstinstanzlichen Bundesbehörde (Bundesamt für Polizeiwesen, Bundesanwaltschaft) oder einer letztinstanzlichen kantonalen Behörde stammt (Art. 25 Abs. 1 IRSG). Der Entwurf weist hier der Strafrechtspflege zwei an sich öffentlichrechtliche Rechtsgebiete zu, die indessen in einem sehr engen Bezug zum Strafrecht stehen.



Gegen einen Entscheid über Zivilansprüche ist die Nichtigkeitsbeschwerde heute nur gegeben, wenn sich der Entscheid auch über die strafrechtlichen Folgen ausspricht (Art. 271 Abs. 1 BStP; BGE 118 II 410). Nach Artikel 73 Absatz 2 *Buchstabe b* ist dies nicht mehr entscheidend. Der Entwurf verallgemeinert vielmehr das System von Artikel 8 und 9 des Opferhilfegesetzes (SR 312.15), so wie es vom Bundesgericht verstanden wird: Der Rechtsunterworfenen hat Anspruch darauf, dass ein Gericht rasch über seine Zivilansprüche entscheidet, und zwar schon im Rahmen des Strafprozesses, sofern dies möglich und gerechtfertigt ist (BGE 122 IV 37, 121 IV 207, 120 IV 44). Das Bundesgericht wird somit die Bestimmung von Buchstabe b anwenden, wenn immer es der Auffassung ist, dass die Zivilansprüche gleichzeitig mit dem Strafpunkt zu beurteilen sind, unabhängig davon, ob der angefochtene Entscheid tatsächlich beides behandelt. Die Beschwerde in Strafsachen ist hingegen nicht zulässig, wenn nur der Zivilpunkt in Frage steht.

Wegen der engen Umschreibung der Nichtigkeitsbeschwerde und der beschränkten Rügen vor Bundesgericht steht heute in Strafsachen vielfach nur gerade die staatsrechtliche Beschwerde offen (Art. 269 BStP). Das ist insbesondere der Fall, wenn kantonales Strafrecht - materielles oder formelles - , ausländisches Recht, die Beweiswürdigung oder eine direkte Verletzung der EMRK in Frage steht (BGE 112 IV 138; eine indirekte Verletzung ist demgegenüber im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen, BGE 114 Ia 377), ferner wenn die letzte kantonale Instanz nur mit beschränkter Kognition die Anwendung von Bundesrecht überprüft hat (BGE 114 IV 73). Wenn also nach geltendem Recht sowohl eine Verletzung von Strafrecht des Bundes als auch eine Verletzung der Bundesverfassung geltend gemacht wird, dann hat der Beschwerdeführer eine Nichtigkeitsbeschwerde und eine staatsrechtliche Beschwerde zu formulieren, wenn es ihm nicht gelingt, beide Rügen in der nämlichen Rechtschrift - gehörig separiert - zu präsentieren (BGE 113 IV 45); ohne solch getrennte Präsentation drohte Nichteintreten auf die Beschwerden (BGE 118 IV 293). Die vorgeschlagene Einheitsbeschwerde vereinigt nun diese Rechtsmittel, wodurch das Bundesgericht so gut wie die Rechtsunterworfenen von heiklen Abgrenzungsfragen entlastet werden.

#### *Artikel 74 Vorinstanzen*

Nach Auffassung der Expertenkommission soll sich das Bundesgericht grundsätzlich auf die Rechtskontrolle bezüglich letztinstanzlicher kantonalen Gerichtsentscheide beschränken. Wie schon für die Zivilrechtspflege (Art. 71) und für die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (Art. 78) werden auch für den Bereich des Strafrechts die Vorinstanzen entsprechend diesem Grundsatz definiert.

*Absatz 1* schreibt zunächst die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges vor. Die Beschwerde in Strafsachen kann jedoch auch gegen Entscheide des künftigen Bundesstrafgerichts, dem insbesondere die Befugnisse der Bundesassisen, des heutigen Bundesstrafgerichts und der Anklagekammer zu übertragen sind, erhoben werden. Falls hingegen das neue Bundesstrafgericht erst später eingeführt werden könnte, würde der geltende Rechtszustand Übergangsrechtlich aufrechterhalten (vgl. oben Ziff. 5.1.4.).

*Absatz 2* enthält eine doppelte Verpflichtung für die Kantone: Als letzte Instanzen sind obere Gerichte einzusetzen, die zudem als Rechtsmittelinstanzen entscheiden. Die Beschwerde in Strafsachen ist also weder zulässig gegen Entscheide unterer Gerichte noch gegen Verfügungen von Verwaltungsbehörden. Das Bundesrecht schreibt den Kantonen somit einen Instanzenzug vor, was nicht nur aus Gründen der Entlastung des Bundesgerichts, sondern auch im Lichte von Artikel 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07) gerechtfertigt ist. Die neue Bestimmung erlaubt es im übrigen der Schweiz, auf den Vorbehalt zu Artikel 14 Absatz 5 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, AS 1993 747) zu verzichten.

#### *Artikel 75*      *Beschwerderecht*

Das geltende Recht bezeichnet die einzelnen beschwerdeberechtigten Personen, ohne eine allgemeine Definition des Beschwerderechts zu geben (Art. 270 BStP). Das neue Recht holt dies nach, weil sich eine Definition nicht zuletzt wegen der Ausdehnung des Arbeitsfeldes der Beschwerde auf konnexe Rechtsgebiete aufdrängt (Art. 73 Abs. 2 E-BGG). Substantiell entfernt sich die Definition indessen nicht vom geltenden Rechtszustand.

*Formelles* Kriterium ist die Teilnahme am Verfahren bei der Vorinstanz (*Abs. 1 Bst. a*), *materiell* ist zudem ein rechtlich geschütztes Interesse an der Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheids gefordert, was dem geltenden Recht entspricht (*Bst. b*). In den nachfolgenden *Ziffern 1 - 5* zählt das Gesetz die Personen beispielartig auf, bei denen dieses Interesse grundsätzlich anzunehmen ist; die gesetzlichen Beispiele entsprechen im wesentlichen dem Artikel 270 BStP. Das neue Recht gibt dem Richter einen gewissen - im Hinblick auf die Einheitsbeschwerde notwendigen - Ermessensspielraum und bringt auch eine gewisse Erweiterung des Beschwerderechts: so insbesondere für den Privatkläger, der künftig auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen kann, was nach geltendem Recht dem Opfer vorbehalten war. Trotzdem ist deswegen keine Mehrbelastung für das Bundesgericht zu befürchten - dank des Vorprüfungsverfahrens, in dem Fälle ohne gewisse Bedeutung rasch und einfach erledigt werden können. Aber auch der öffentliche Ankläger des Kantons und der Bundesanwalt werden die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen können, wodurch eine Unbilligkeit des geltenden Rechts behoben und die einheitliche Anwendung des Bundesrechts verstärkt wird.

*Absatz 2 Buchstabe a* übernimmt die geltende Regel von Artikel 270 Absatz 6 BStP; sodann wird bestimmten Bundesbehörden das Beschwerderecht zuerkannt (*Bst. b*; z.B. Rechtshilfe in Strafsachen).

### **3. Abschnitt: Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten**

Die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten löst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 ff. OG) und weitestgehend auch die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 ff. OG) ab. Zulässig ist sie gegen Akte, die

in Art. 76 E-BGG definiert sind, vorausgesetzt, sie betreffen erstens kein ausgeschlossenes Rechtsgebiet (Art. 77 E-BGG), stammen zweitens von einer Vorinstanz gemäss Artikel 78 - 80 E-BGG und der Beschwerdeführer sei drittens legitimiert (Art. 81 f. E-BGG). Vorbehalten ist ferner das Vorprüfungsverfahren nach Artikel 94 ff. E-BGG.

#### *Artikel 76 Grundsatz*

Das Anfechtungsobjekt kann in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten in drei Kategorien unterteilt werden: Entscheide, Erlasse und schliesslich Akte, welche die politischen Rechte betreffen.

#### *a) Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts*

Da die vorgeschlagene öffentlichrechtliche Beschwerde als Einheitsbeschwerde die Funktion sowohl der Verwaltungsgerichtsbeschwerde als auch der staatsrechtlichen Beschwerde übernimmt, spielt es für die Zulässigkeit keine Rolle mehr, ob der angefochtene Entscheid auf öffentlichem Recht des Bundes oder eines Kantons beruht. In beiden Fällen steht nur *eine* Beschwerde offen, nämlich die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

Der Begriff Entscheid (Bst. a) ist ein autonomer Begriff des Bundesgerichtsgesetzes. Er umfasst einerseits die Verfügung gemäss Artikel 5 VwVG, andererseits aber auch das entsprechende Anfechtungsobjekt der staatsrechtlichen Beschwerde, wie es von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung definiert worden ist. Er hindert jedoch keineswegs den Weiterzug auch von Angelegenheiten, bei denen es um Akte geht, die - wie etwa Informationen - keine Entscheidqualität aufweisen. Soweit sich das Bundesgericht nach Artikel 78 grundsätzlich nur über letztinstanzliche gerichtliche Entscheide ausspricht, hängt die Anfechtbarkeit solcher Realakte davon ab, wie das Anfechtungsobjekt auf Stufe der Vorinstanzen definiert ist. Wenn dort die Anfechtbarkeit ebenfalls nur Entscheiden vorbehalten ist, kann die betroffene Person von der Verwaltungsbehörde eine Feststellungsverfügung verlangen, die alsdann als Entscheid anfechtbar ist.

Nur Entscheide in *öffentlichrechtlichen* Angelegenheiten sind mit dieser Beschwerde anfechtbar. Die Unterscheidung öffentliches Recht einerseits und Privatrecht bzw. Strafrecht andererseits beruht in der Schweiz auf langer Tradition. Lehre und Rechtsprechung haben mehrere Abgrenzungskriterien entwickelt, doch bietet die Zuordnung einer Norm zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht in aller Regel keine Probleme. Hinzuweisen ist diesbezüglich auch auf Artikel 70 E-BGG, der möglichen Konflikten vorbeugt, indem öffentlichrechtliche Angelegenheiten ausdrücklich der Beschwerde in Zivilsachen zugewiesen werden, sofern sie zu diesen einen engen Konnex aufweisen. Der entscheidende Zuordnungsfaktor ist im übrigen die Natur des Rechtes, das den Streitfall in der Sache regelt. So macht ein rein prozessrechtlicher Entscheid die Angelegenheit noch nicht zur öffentlichrechtlichen: Eine Verhaftung im Rahmen eines Strafverfahrens z.B. wäre mit der Beschwerde in Strafsachen anzufechten. Wenn sich die Vorinstanzen über das in der Sache anwendbare Recht ausgesprochen haben,

namentlich unter Anwendung des kantonalen öffentlichen Rechts, so ergibt sich aus der Entscheidung zugleich das zutreffende Rechtsmittel an das Bundesgericht. Dies gilt sogar dann, wenn der Beschwerdeführer die Anwendbarkeit des betreffenden Rechts bestreitet.

#### *b) kantonale Erlasse*

Buchstabe b gibt eine Beschwerdemöglichkeit unmittelbar gegen kantonale Erlasse, dies entsprechend einer Rechtsprechung, die seit 1876 etabliert ist (BGE II 484) und vom Gesetzgeber übernommen wurde. Kantonale Erlasse sind alle kantonalen Gesetze und Verordnungen, unabhängig davon, ob sie von kantonalen oder kommunalen Organen stammen, eingeschlossen gewisse Verwaltungsverordnungen, die Aussenwirkung entfalten (vgl. BGE 122 I 44). Ausgeschlossen sind demgegenüber die kantonalen Verfassungen, denn diese werden bereits im Gewährleistungsverfahren nach Artikel 6 und 85 Ziffer 7 BV von der Bundesversammlung abstrakt überprüft.

Buchstabe b gilt nicht nur im Falle, dass ein kantonaler Erlass binnen 30 Tagen seit Veröffentlichung ans Bundesgericht weitergezogen wird (Art. 79 Abs. 1 und 93 E-BGG), sondern auch dann, wenn er zuvor Anfechtungsobjekt eines kantonalen Rechtsmittels war (Art. 79 Abs. 2 E-BGG). Die abstrakte Normenkontrolle bezüglich kantonalen Erlasse ist demnach der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten vorbehalten, sogar wenn der angefochtene Erlass zivil- oder strafrechtlicher Natur ist. Daneben bleibt selbstverständlich möglich, die Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeit eines kantonalen Erlasses im Rahmen der Anfechtung eines Anwendungsaktes vorzubringen.

Dagegen ist die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheit unzulässig unmittelbar gegen Erlasse des Bundes (s. auch Artikel 178 VE 96 Justizreform, BBl. 1997 I 505 ff., 532 ff.). Nur bei Anfechtung eines konkreten Anwendungsaktes ist das Bundesgericht befugt, ein Bundesgesetz, einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss oder eine Verordnung des Bundes auf die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu überprüfen (Art. 89 E-BGG).

#### *c) Beschwerde betreffend politische Rechte*

Buchstabe c übernimmt die Regel des geltenden Artikels 85 Bst. a OG und unterstellt daher sämtliche Akte, welche die politische Stimmberechtigung der Bürger sowie Volkswahlen und -abstimmungen betreffen, der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten. Anfechtungsobjekte sind hier naturgemäss nicht nur Entscheide, sondern insbesondere auch Realakte des Parlamentes oder der Regierung des Kantons (vgl. Art. 80 E-BGG).

#### *Artikel 77 Ausnahmen*

Das geltende Recht kennt viele Ausnahmen von der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sei es nach dem Gegenstand der Verfügung oder nach Sachgebieten (vgl. Art. 99, 100 und 129 OG). Demgegenüber finden sich bei der staatsrechtlichen Beschwerde keine solchen Beschränkungen. Zur

Entlastung des Bundesgericht hat nun die Expertenkommission einen Ausnahmekatalog entwickelt, der sowohl im öffentlichen Recht des Bundes wie auch des Kantons Anwendung finden soll. Es erscheint geboten, das oberste Gericht einerseits von Angelegenheiten zu entlasten, bei denen Fragen der Opportunität im Vordergrund stehen, sowie von solchen, bei denen eine einmalige Rekursmöglichkeit ausreicht.

Der Ausnahmekatalog besteht im wesentlichen aus Teil-Generalklauseln, welche die Beschwerde in ganzen Sachgebieten ausschliessen - unter ausdrücklichem Vorbehalt punktueller Gegennahmen. Trotzdem bestehen auch in den ausgeschlossenen Gebieten Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesgerichts. *Absatz 2* gibt einmal eine Beschwerdemöglichkeit wegen Verletzung des Anspruchs auf Zugang zu einer richterlichen Behörde (vgl. auch Art. 25a VE 96 Justizreform). Darüberhinaus ist eine endgültig entscheidende Vorinstanz verpflichtet, dem Bundesgericht gewisse Fragen im Rahmen des neuen Vorlageverfahrens zu unterbreiten (Art. 107 ff. E-BGG).

Der Entwurf hat nicht alle Ausnahmen des geltenden OG (Art. 99, 100 und 129) übernommen. Zum einen sind gewisse Akte, die Artikel 99 OG nennt, gar keine Entscheide (Verfügungen) i.S. von Artikel 5 VwVG, weshalb insofern keine echten Ausnahmen vorliegen. Sodann erübrigen sich nach Auffassung der Expertenkommission etliche der geltenden Ausnahmen wegen des neuen Vorprüfungsverfahrens (Art. 94 - 96 E-BGG): Das Bundesgericht braucht Streitigkeiten, die weder Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung aufwerfen noch schwerwiegende Folgen haben, nicht zu beurteilen. Die Vorprüfung ist ein feinerer Filter als eine blosser Ausnahme von der Zulässigkeit der Beschwerde.

Angelegenheiten, welche die Bundesgesetzgebung noch dem Bundesrat zum letztinstanzlichen Entscheid zuweisen wird (vgl. oben Ziff. 5.7.3.), sind von der Beschwerde ans Bundesgericht von vornherein ausgenommen (Art. 78 E-BGG). Artikel 77 E-BGG sollte der späteren Rechtsetzung jeweils angepasst werden, damit der Ausnahmekatalog weiterhin als abschliessend verstanden werden kann.

### *Artikel 78 Vorinstanzen im allgemeinen*

Eine der wichtigsten Massnahmen zur Entlastung des Bundesgerichts besteht im Ausbau der Kontrolle durch richterliche Vorinstanzen in allen Streitigkeiten, die nach Lausanne weitergezogen werden könnten. Dies wird die Anzahl Beschwerden ans Bundesgericht reduzieren, weil richterliche Unabhängigkeit den Rechtsschutz verbessert. Sodann kann das Bundesgericht auch von der vollen Überprüfung des Sachverhaltes entlastet werden (vgl. Art. 100 E-BGG). Schliesslich wird dadurch, dass als Vorinstanz bereits eine richterliche Behörde das Recht von Amtes wegen angewendet hat, auch die Rechtskontrolle erleichtert.

In bezug auf Akte von Bundesbehörden überprüft das Bundesgericht künftig grundsätzlich nur Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. oben Ziff. 5.7.). Es wird daher keine direkte Beschwerdemöglichkeit gegen Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden mehr geben, mit Ausnahme der Entscheide der Bundeskanzlei betreffend die politischen Rechte (Art. 80 E-BGG). Das

Bundesverwaltungsgericht wird daher der erste Garant für eine korrekte und einheitliche Rechtsanwendung durch die Bundesbehörden sein.

Immerhin bleibt das Bundesgericht für Beschwerden gegen Entscheide der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen zuständig (*Abs. 1 Bst. b*). Eine vorgängige Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist hier ausgeschlossen.

Auch auf kantonaler Ebene sind die Parteien gemäss *Absatz 1* zur vorgängigen Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs verpflichtet (vgl. Art. 86 und 98 Bst. g OG). *Absatz 2* hält diesbezüglich die Kantone an, in allen Angelegenheiten, die nach Artikel 76 f. E-BGG der Beschwerde ans Bundesgericht unterliegen, als letzte Instanz ein Gericht vorzusehen. Somit wird die Regel, die jetzt im Bereich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt (Art. 98a Absatz 1 OG), auch auf jene Fälle ausgedehnt, in denen bisher nur die staatsrechtliche Beschwerde gegeben ist. Das entspricht der Überzeugung der Expertenkommission, wonach künftig jeder Kanton eine Verwaltungsgerichtsbarkeit haben muss, ausgestattet mit einer Generalkompetenz und voller Kognition (vgl. Art. 103 - 105 E-BGG; oben Ziff. 5.1.; s. auch Art. 179a VE 96 Justizreform). *Absatz 2 Satz 2* lässt es den Kantonen immerhin unbenommen, für Angelegenheiten mit vorwiegend politischem Charakter auf eine gerichtliche Vorinstanz zu verzichten (z.B. betr. Richtpläne oder der Erteilung des Bürgerrechts).

#### *Artikel 79 Vorinstanzen bei Beschwerden gegen Erlasse*

Gegen kantonale Erlasse ist die Beschwerde unmittelbar zulässig (vgl. auch Art. 93 E-BGG). Die Kantone sind daher nicht verpflichtet, selber eine gerichtliche Instanz für die abstrakte Normenkontrolle vorzusehen. Sofern aber eine solche Instanz besteht, ist die direkte Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen.

#### *Artikel 80 Vorinstanzen in Stimmrechtssachen*

*Absatz 1* entspricht Artikel 86 OG und verpflichtet die Bürger, auch in politischen Angelegenheiten vor Anrufung des Bundesgerichts zunächst die Rechtsmittel auszuschöpfen.

In *kantonalen Angelegenheiten* sind die Kantone künftig durch *Absatz 2* gehalten, gegen behördliche Akte, welche die politischen Rechte verletzen können, eine Beschwerdemöglichkeit vorzusehen. So muss z.B. die Intervention einer Gemeindebehörde bei einer Abstimmungskampagne (etwa die finanzielle Unterstützung eines Komitees) einem Rechtsmittel an eine kantonale Behörde unterliegen, bevor der Weiterzug ans Bundesgericht in Frage kommt. Ob diese kantonale Beschwerdeinstanz ein Gericht sein soll, wird durch *Absatz 2* nicht festgesetzt, sondern der zukünftigen Interpretation der Rechtsweggarantie überlassen (Art. 25a VE 96 Justizreform).

Heute schliessen die meisten Kantone auf dem Gebiet der politischen Rechte eine (kantonale) Beschwerde gegen Akte der Regierung oder des Kantonsparlamentes aus. Nach Meinung der Expertenkommission besteht hier kein Grund, die Kantone zu einer Änderung dieses Systems zu veranlassen.

Nach Artikel 80 können diese Akte somit weiterhin direkt beim Bundesgericht angefochten werden.

Bei den *eidgenössischen Angelegenheiten* statuiert *Absatz 1 Buchstabe b* die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Überprüfung aller Entscheide der Kantonsregierungen und der Bundeskanzlei. Die Beschwerde an den Bundesrat bzw. an den Nationalrat geht daher in der neuen Beschwerde ans Bundesgericht auf (vgl. Art. 81 f. des Bundesgesetzes über die politischen Rechte, SR 161.1). Eine vorgängige Anrufung des Bundesverwaltungsgerichts ist ausgeschlossen. Andererseits enthält der Entwurf keine Bestimmung über die Zuständigkeit zur Prüfung der Gültigkeit von Volksinitiativen, denn diese Frage soll zunächst auf verfassungsrechtlicher Ebene entschieden werden (vgl. Art. 177a VE 96 Reform der Volksrechte).

### *Artikel 81      Allgemeines Beschwerderecht*

Die Umschreibung des Beschwerderechts ist ein zentraler Punkt eines jeden Verfahrensrechts, denn von ihr hängt ab, wer einen Akt anfechten darf, wem mithin letztlich Zugang zur Justiz zu gewähren ist. Es bestehen in der Schweiz im öffentlichen Recht dafür zwei verschiedene Grunddefinitionen: Nach der einen ist ein rechtlich geschütztes Interesse, nach der andern ein lediglich schutzwürdiges Interesse gefragt.

Bei der staatsrechtlichen Beschwerde hat der Beschwerdeführer darzutun, dass der angefochtene Akt seine rechtlich geschützten Interessen verletzt (Art. 88 OG). Mit andern Worten ist geltend zu machen, dass der Akt eine Norm verletzt, deren Ziel es ist, die Interessen des Beschwerdeführers zu schützen, und die ihm derweise ein subjektives Recht einräumt. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde verlangt demgegenüber nur ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des Aktes (Art. 103 Bst. a OG). Dieses kann in einem rechtlichen oder bloss faktischen Interesse bestehen; der Beschwerdeführer braucht also nicht ausgerechnet in jenen Interessen betroffen zu sein, welche die angeblich verletzte Rechtsnorm schützt. Ebenso wenig ist erforderlich, dass die Rechtsordnung die verletzten Interessen des Beschwerdeführers wenigstens implizite anerkennt.

Trotz ihrer Verschiedenheit führen die beiden Definitionen in der Praxis weitgehend zu ähnlichen Ergebnissen, denn grundsätzlich hat der Entscheidadressat sowohl ein rechtlich geschütztes als auch ein bloss schutzwürdiges Interesse. Tatsächlich spielt das Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses nur in zwei Fällen eine selbständige Rolle: Einmal gegenüber der Rüge der Willkür und der ungleichen Rechtsanwendung (Art. 4 BV), sodann bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Entscheidadressat ist. In beiden Fällen hängt das Beschwerderecht vom im Einzelfall anwendbaren materiellen (Nicht-Verfassungs-)Recht ab: Dieses muss dem Beschwerdeführer ein subjektives Recht einräumen.

Das Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses mag gewiss ein Mittel sein, den Zugang zum Bundesgericht zu beschränken, jedoch nur um einen nach Ansicht der Expertenkommission zu hohen Preis und ohne erheblichen Entlastungseffekt: Der Nachweis dieses Interesses ist oft heikel und das Bundesgericht wird zu vertiefter Analyse der materiellen Normen gezwungen,

bevor es Nichteintreten auf die Beschwerde beschliessen kann. Sodann bleiben gewisse Bereiche der gerichtlichen Kontrolle gänzlich entzogen, selbst im Falle von Willkür (z.B. Entscheide, die einen Vorteil oder einen Anspruch gewähren; Akte, die angeblich eine Norm verletzen, welche nur dem Schutze des Allgemeininteresses dient).

*Absatz 1 Buchstabe c* übernimmt die Regel, die heute für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gilt, und dehnt sie auf die gesamte Rechtspflege in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten aus. Zur Beschwerdeführung bedarf es somit eines *schutzwürdigen Interesses*: Der verlangte Entscheid muss geeignet sein, eine rechtmässige Situation herzustellen und erlittene Nachteile zu beheben. Mit andern Worten ist darzutun, dass der angefochtene Akt einerseits fehlerhaft ist und andererseits dem Beschwerdeführer Nachteile verursacht oder ihn eines Vorteils beraubt.

Nach Auffassung der Expertenkommission läuft dieser Vorschlag dem allgemeinen Anliegen einer Entlastung des Bundesgerichts keineswegs zuwider. Dessen Aufgabe wird durch die Trennung der prozessualen und materiellen Fragen vielmehr erleichtert. Das Bundesgericht braucht sich nicht mehr über den Sinn und Zweck einer Norm zu äussern, nur um über die Zulässigkeit einer Beschwerde schlüssig zu werden. Sodann wird die Erweiterung des Beschwerderechts durch das neue Vorprüfungsverfahren bei weitem kompensiert (Art. 94 ff. E-BGG).

Nach Ansicht der Expertenkommission hat die Praxis indessen das Beschwerderecht Dritter oft zu grosszügig interpretiert, weswegen der Entwurf eine weitere Voraussetzung, nämlich jene des persönlichen Betroffenseins, verschärft: Nach *Absatz 1 Buchstabe b* muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Akt *besonders* berührt sein. Er muss sich also über ein persönliches Interesse ausweisen, das sich vom allgemeinen Interesse der übrigen Bürger klar abhebt. Wenn es sich beim angefochtenen Akt um einen kantonalen Erlass handelt, braucht dieses persönliche Interesse wie bisher nur virtuell zu sein: Eine minimale Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer vom fraglichen Erlass einmal betroffen sein könnte, reicht dafür aus (BGE 122 I 90, 92). In den übrigen Fällen muss es sich um ein aktuelles Interesse handeln, denn es geht im Beschwerdeverfahren letztlich darum, erlittene Nachteile zu beseitigen.

*Absatz 1 Buchstabe a* nennt ausdrücklich ein weiteres Kriterium des Beschwerderechts, das die Praxis aus jenem des schutzwürdigen Interesses abgeleitet hat: Der Beschwerdeführer muss am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen haben bzw. es muss ihm die Teilnahme verweigert worden sein (BGE 121 II 224, 227; vgl. auch Art. 104 E-BGG). Selbstverständlich kommt diese Bestimmung nicht zum Tragen, wenn ein kantonaler Erlass unmittelbar angefochten wird (vgl. Art. 79 Abs. 1 E-BGG).

*Absatz 2* übernimmt die heutige Praxis bei der Stimmrechtsbeschwerde: Jedem Stimmberechtigten der betreffenden Körperschaft kommt das Beschwerderecht zu (vgl. z.B. BGE 121 I 252, 255).



## Artikel 82 *Besondere Beschwerderechte*

Diese Bestimmung regelt die besonderen Beschwerderechte von Behörden oder Körperschaften, welche öffentliche Interessen verfolgen.

*Buchstabe a* will die einheitliche Anwendung des Bundesrechts sicherstellen, indem den Departementen der Bundesverwaltung ein Beschwerderecht zuerkannt wird. Übernommen wird die Regelung von Artikel 103 Buchstabe b OG; sie wird jedoch zugleich ausgedehnt auf die Bundeskanzlei, die damit ebenfalls in die Lage versetzt wird, in Personalangelegenheiten Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts anzufechten. Die Bundesverwaltung geniesst dieses Beschwerderecht jedoch wie bisher nur in Fällen, die ihren spezifischen Aufgabenbereich berühren - die neue Beschwerde erweitert es nicht. Neu besteht für die Bundesverwaltung einzig die Möglichkeit, auch einen kantonalen Erlass anzufechten.

*Buchstabe b* räumt den Gemeinden und andern öffentlichrechtlichen Körperschaften ein Beschwerderecht ein zur Anfechtung von Akten, welche Garantien verletzen, die ihnen eine Kantonsverfassung gewährt (z.B. Verletzung der Autonomie, des Gebietes, der Existenz schlechthin). Die Bestimmung übernimmt die diesbezügliche Rechtsprechung bei der staatsrechtlichen Beschwerde (BGE 119 Ia 214, 216). Sie schliesst nicht aus, dass andere Bundesgesetze den Gemeinden ein weitergehendes Beschwerderecht zur Verteidigung der öffentlichen Interessen anbieten (z.B. Art. 34 Abs. 2 RPG; SR 700); ebensowenig ist ausgeschlossen, dass sich die Gemeinden in bestimmten Fällen auf das allgemeine Beschwerderecht nach Artikel 81 Absatz 1 berufen dürfen.

Seit jeher hat die Rechtsprechung demgegenüber den Kantonsregierungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde das Beschwerderecht abgesprochen. Dieser Praxis liegt die Überlegung zu Grunde, dass die öffentlichrechtlichen Körperschaften keine Träger von verfassungsmässigen Rechten sind (BGE 120 Ia 95, 96 f.). Diese Rechtslage ist unbefriedigend, denn so haben die Kantone keine Möglichkeit, den Entscheid einer kantonalen Justizbehörde anzufechten, welcher einen kantonalen Erlass entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als bundesrechtswidrig erklärt. Deswegen schlägt die Expertenkommission in *Buchstabe c Ziffer 2* ein besonderes Beschwerderecht für die Kantonsregierung vor, wenn die Kompatibilität eines kantonalen Erlasses mit dem Bundesrecht oder mit internationalem Recht in Frage steht.

In Ausführung des Verfassungsentwurfes 1996 (Art. 178 Abs. 2 Justizreform) gewährt *Buchstabe c Ziffer 1* den Kantonsregierungen sodann ein Beschwerderecht, um im Falle der Anwendung eines Bundesgesetzes eine Verletzung der verfassungsmässigen Zuständigkeiten der Kantone zu rügen. Dieses Beschwerderecht hat indessen nur eine beschränkte Tragweite: Es greift erst, wenn der Fall - aus anderen Gründen - vor eine Vorinstanz im Sinne von Artikel 78 E-BGG getragen worden ist, weil die Rüge der Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes ausschliesslich beim Bundesgerichts erhoben werden darf (Art. 178 Abs. 4 VE 96 Justizreform).

*Buchstabe d* übernimmt die Regel von Artikel 103 Buchstabe c OG und verschärft sie insofern, als es ausdrücklich dem Bundesgesetzgeber vorbehalten ist, andern Personen, Organisationen oder Behörden ein Beschwerderecht einzuräumen. Die Bestimmung gilt nicht für eine

Organisation, welche die Interessen ihrer Mitglieder verteidigt: Deren Beschwerderecht ist aufgrund von Artikel 81 E-BGG zu bestimmen.

## **Viertes Kapitel: Beschwerdeverfahren**

### **1. Abschnitt: Anfechtbare Entscheide**

#### *Artikel 83 Endentscheide*

Festgelegt wird der Grundsatz, dass nur gegen Endentscheide Beschwerde geführt werden kann; das Bundesgericht soll sich nur einmal mit einer Sache befassen müssen. Teilentscheide sowie blosse Vor- und Zwischenentscheide unterliegen daher nur ganz ausnahmsweise der Anfechtung (Art. 84 - 86 E-BGG).

Im Unterschied zum geltenden Recht wird der *Begriff* des Endentscheids neu ausdrücklich und für alle Beschwerden einheitlich definiert, was zu einer allgemeinen begrifflichen Vereinfachung führt. Es handelt sich um Entscheide, die das Verfahren vor der betreffenden Vorinstanz abschliessen.

Diese Definition entspricht der heutigen Umschreibung einer Endverfügung in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege; für die Zivilrechtspflege hingegen bedeutet sie Neues: Anders als nach dem geltenden Artikel 48 OG braucht es sich nicht mehr um einen Entscheid zu handeln, welcher die streitige Rechtsfrage materiell einer endgültigen Regelung zuführt; vielmehr genügt künftig auch hier der Abschluss des Verfahrens bei der Vorinstanz (rein verfahrensrechtlicher Aspekt). Die damit verbundene teilweise Erweiterung des Anfechtungsobjekts wird mit dem Vorprüfungsverfahren (Art. 94 ff. E-BGG) jedoch aufgefangen.

Beispiele: Letztinstanzliche Anordnungen in Eheschutzsachen (Art. 172 ff. ZGB), ja sogar die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 839, 961 ZGB) sind künftig als Endentscheide aufzufassen. Gleiches wird auch gelten für Entscheide des vorsorglichen Rechtsschutzes, sofern sie *ausserhalb* eines Hauptverfahrens ergehen (z.B. eine einstweilige Verfügung zum Besitzschutz oder der Arrest nach SchKG). Für die Anfechtbarkeit vorsorglicher Massnahmen hingegen, die mit Anhebung oder gar bei Rechtshängigkeit eines Hauptverfahrens getroffen werden, gelten zusätzlich zu den Vorprüfungskriterien die engen Schranken von Artikel 86 E-BGG.

#### *Artikel 84 Teilentscheide*

In gewissem Sinne eine Spielart des Endentscheids ist nach der Systematik des Entwurfs der Teilentscheid. Er schliesst bei der Vorinstanz nicht das ganze Verfahren ab, sondern erledigt nur eines oder einige mehrerer hängiger Rechtsbegehren. Die Anfechtbarkeit solcher Teilentscheide ist bloss unter engen Voraussetzungen gegeben; diese gelten *zusätzlich* zu den Bedingungen des Vorprüfungsverfahrens (Art. 94 ff. E-BGG) und folgen dem Gebot der Prozessökonomie:

Anfechtbar sind sie zunächst einmal im Falle der *objektiven Klagenhäufung* (z.B. Klage erstens auf Beseitigung und Verbot einer Störung, zweitens auf

Schadenersatz und Genugtuung). Kumulierte Begehren braucht das Gericht nämlich nicht alle gleichzeitig im selben Entscheid zu beantworten; vielmehr kann es das eine Begehren vorweg entscheiden und so das Verfahren aufteilen (z.B. vorgängiger Entscheid über Beseitigung und Verbot der Störung, später Beurteilung der Frage des Schadenersatzes). Wenn nun das mit Teilurteil erledigte Begehren auch Gegenstand eines selbständigen Verfahrens hätte sein können, liegt ein anfechtbarer Teilentscheid im Sinne des Entwurfs vor (*Bst. a*). Das wäre beim genannten Beispiel der Fall.

Aber auch bei *subjektiver Klagenhäufung* (Streitgenossenschaft) kann es zu einem anfechtbaren Teilentscheid kommen, nämlich dann, wenn sich der Entscheid nicht für alle Streitgenossen ausspricht, sondern das Verfahren nur für den einen oder anderen abschliesst (*Bst. b*). Werden z.B. drei angebliche Solidarschuldner A, B, und C eingeklagt, so kann sich das Gericht vorderhand darauf beschränken, nur die Ersatzpflicht von C zu prüfen, weil das beweismässig vielleicht einfacher ist.

Von diesen Teilentscheiden sind nach dem System des Entwurfs die blossen *Vor- oder Zwischenentscheide* zu unterscheiden: Sie erledigen ein Rechtsbegehren nicht vollständig, sondern geben Antwort auf einen formellen oder materiellen *Teilaspekt* desselben (z.B. Frage der örtlichen Zuständigkeit, Bejahen von Verschulden oder Verneinung der Verjährung im Haftpflichtprozess, Frage der UVP-Pflicht). Solche Entscheide sind nicht etwa als Teilentscheide anfechtbar, sondern - wiederum unter eigenen Voraussetzungen - allenfalls als (selbständige) Vor- und Zwischenentscheide (Art. 85 und 86 E-BGG).

Ebenfalls kein Teilentscheid - sondern Endentscheid - wäre der Entscheid auf eine sog. *Teilklage* (eingeklagt ist nur eine Teilsumme des Forderungstotal).

### *Artikel 85 und 86*

Im geltenden Recht ist die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden nicht für alle Rechtsmittel des OG gleich geordnet. Der Entwurf bringt die fällige Rechtseinheit. Dabei gilt es in Bezug auf die *Zugangsbeschränkungen* zu beachten: Soweit die nachfolgenden Bestimmungen besondere Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nennen, gelten diese *zusätzlich* zu den allgemeinen Kriterien des Vorprüfungsverfahrens (Art. 94 ff. E-BGG). Insofern kann also - wie schon oben bei den Teilentscheiden - von "doppelter Beschränkung" gesprochen werden.

Diese gewisse Strenge ist durchaus gerechtfertigt, denn die grundsätzliche Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden und vorsorglicher Massnahmen, wie sie die staatsrechtliche Beschwerde kennt (mit Ausnahme der Beschwerden wegen Verletzung von Art. 4 BV, s. Art. 87 OG), brächte eine zu grosse Belastung des Bundesgerichts mit sich.

### *Vor- und Zwischenentscheide*

Zu unterscheiden sind nach der Terminologie des Entwurfs zwei Arten von Vor- und Zwischenentscheiden, nämlich erstens solche betreffend die *Zuständigkeit* der urteilenden Instanz (Art. 85), zweitens "*andere*" (Art. 86). Wie diese letzten

behandelt der Entwurf dann auch Entscheide über *vorsorgliche Massnahmen*, die im Rahmen eines Hauptverfahrens ergehen.

Neben den allgemeinen Vorprüfungskriterien (Art. 94 ff. E-BGG) hat die Anfechtbarkeit zunächst zur gemeinsamen Voraussetzung, dass der betreffende Vor- oder Zwischenentscheid als *selbständiger* getroffen werden müssen. Die Vorinstanz kann also z.B. die Zuständigkeit nicht nur stillschweigend bejahen, sondern hat zu dieser Vorfrage einen förmlichen Entscheid zu treffen und zu eröffnen.

Die übrigen Anfechtungsvoraussetzungen richten sich nach dem *Inhalt* des (selbständigen) Vor- und Zwischenentscheids:

Betrifft er die *Zuständigkeit*, ist er - im Rahmen der allgemeinen Vorprüfungskriterien von Artikel 94 ff. E-BGG - ohne weiteres anfechtbar (Art. 85 Abs. 1). Für die Anfechtung gilt die allgemeine Beschwerdefrist (Art. 92 E-BGG); wird sie verpasst, kann die Zuständigkeit bei der Anfechtung des Endentscheids nicht mehr bestritten werden (Art. 85 Abs. 2). Das entspricht im wesentlichen der heutigen Regel bei der Berufung (Art. 49 OG).

Betrifft der (selbständige) Vor- oder Zwischenentscheid hingegen eine *andere Vor- oder Zwischenfrage* - diese kann materieller oder formeller Natur sein (z.B. die Frage der Parteifähigkeit, des Ausstandes, der unentgeltlichen Rechtspflege, der Verjährung) -, so gelten neben den Vorprüfungskriterien zusätzliche Voraussetzungen (Art. 86 Abs. 1): Der Entscheid muss entweder einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken (*Bst. a*; das entspricht der heutigen Regel des Verwaltungsverfahren, vgl. Art. 45 VwVG); oder dann muss die Gutheissung der Beschwerde sogleich einen Endentscheid herbeiführen (*Bst. b*). Wird z.B. im Haftpflichtprozess durch Zwischenentscheid die Kausalität bejaht und dagegen Beschwerde geführt, so hiesse deren Gutheissung die Verneinung der Kausalität, so dass die Klage auf Schadenersatz abzuweisen wäre (Endentscheid). Diese letztere Anfechtungsmöglichkeit geht zurück auf die Regel von Artikel 50 Absatz 1 OG.

Werden diese selbständigen "anderen Vor- und Zwischenentscheide" nicht separat angefochten, so hat dies - im Unterschied zu den Vorentscheiden über die Zuständigkeit - keine Präklusionswirkung: sie können dann immer noch mit der Beschwerde gegen den Endentscheid angefochten werden (Art. 86 Abs. 2; s. demgegenüber Art. 85 Abs. 2).

### *Vorsorgliche Massnahmen*

Artikel 86 E-BGG nennt schliesslich auch die Entscheide über *vorsorgliche Massnahmen*. Diese sind daher - wie "andere Vor- und Zwischenentscheide" - nur unter folgenden Voraussetzungen anfechtbar: Erstens muss sich - nach den allgemeinen Vorprüfungskriterien - eine Rechtsfrage von *grundlegender Bedeutung* stellen oder der angefochtene Entscheid für den Betroffenen *schwerwiegende Folgen* haben (Art. 95 Abs. 2), zweitens muss der Entscheid zusätzlich einen *nicht wieder gutzumachenden Nachteil* bewirken (Art. 86 Abs. 1 *Bst. a*). Die Expertenkommission hatte in bezug auf die vorsorglichen Massnahmen sogar ein eigenes Vorprüfungsverfahren erwogen, doch konnte sie schliesslich davon absehen, denn die umschriebenen Zugangskriterien - die genannte "doppelte Beschränkung" - versprechen genügend Entlastung.

Vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Ehescheidungsprozesses (Art. 145 ZGB) beispielsweise werden daher, soweit lediglich die Höhe von Unterhaltsleistungen während des Prozesses betreffend, kaum je selbständig vom Bundesgericht zu überprüfen sein. Eine vorsorgliche Kinderzuteilung für die Prozessdauer hingegen wäre anfechtbar, denn das Provisorium schafft meist ein faktisches Präjudiz - ist also irreparabel - und betrifft die Elternrechte erheblich. Dasselbe gilt auch für andere präjudizierende und insoweit eigentlich "unechte" vorsorgliche Verfügungen; zu denken ist insbesondere an Massnahmen des Persönlichkeitsschutzes nach Artikel 28c ZGB.

Zu beachten ist, dass die zusätzliche Schranke des irreparablen Nachteils nur für solche vorsorglichen Massnahmen gelten, die bei angehobenem oder bereits rechtshängigem Hauptprozess getroffen werden (eben z.B. Unterhaltsregelungen für die Dauer des Scheidungsprozesses, Art. 145 ZGB); letztinstanzliche Entscheide über den vorsorglichen Rechtsschutz, die losgelöst von einem Hauptverfahren ergehen, sind dagegen Endentscheide und unterliegen somit "nur" der allgemeinen Vorprüfung (s. den Kommentar zu Art. 83).

#### *Artikel 87      Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung*

Bei formaler Betrachtung fehlt es hier am Anfechtungsobjekt, denn gemeint ist schlichtes Untätigsein einer Behörde (Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung i.e.S.): Sie lehnt es ausdrücklich oder stillschweigend ab, innert angemessener Frist eine Verfügung zu treffen. Geschieht dies allerdings in einem förmlichen Entscheid, so liegt keine Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung im Sinne dieser Bestimmung vor, sondern ein anfechtbarer Entscheid nach den Artikeln 83 ff. E-BGG. Die Frage ist bedeutsam für die Beachtung der Beschwerdefrist (s. Art. 92 E-BGG).

## **2. Abschnitt      Beschwerdegründe**

#### *Artikel 88      Im allgemeinen*

Im Konzept der Einheitsbeschwerde hat die Rechtsnatur des Rügegrundes keinen Einfluss mehr auf das zu ergreifende Rechtsmittel. Mit andern Worten können künftig mit jeder der drei neuen Beschwerden Rügen erhoben werden, die im heutigen System jeweils besonderen Rechtsbehelfen vorbehalten sind. Insbesondere wird die Rüge einer Verfassungsverletzung nicht nur mit Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten, sondern auch im Rahmen der zivil- oder strafrechtlichen Beschwerde zu prüfen sein.

Die Verletzung von Bundesrecht nach *Buchstabe a* umfasst auch die Verletzung der Bundesverfassung, wobei die Unterscheidung zwischen verfassungsmässigen Rechten und übrigen Verfassungsrecht grundsätzlich keine Rolle spielt. Bei der konkreten Überprüfung von Bundeserlassen hingegen dürften die Verfassungsbestimmungen über die Zuständigkeit des Bundes nur von beschwerdeführenden Kantonen angerufen werden (vgl. Art. 89 E-BGG).

*Buchstabe b* erwähnt eigens das Völkerrecht, denn dieses stellt eine selbständige Rechtsquelle dar. Entsprechend der heutigen Praxis kann der

Beschwerdeführer nur direkt anwendbares Völkerrecht anrufen (vgl. BGE 119 V 174 ff.).

Artikel 88 hält am Grundsatz fest, wonach das Bundesgericht angesichts der Autonomie der Kantone nicht dazu berufen ist, die Anwendung des kantonalen Rechts zu überprüfen. Allerdings kennt dieser Grundsatz bereits heute vier Ausnahmen, welche der Entwurf übernimmt.

Erstens ist die Beschwerde ans Bundesgericht nach *Buchstabe c* bei Verletzung von kantonalen verfassungsmässigen Rechten gegeben (vgl. Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG). Dazu gehören auch die Garantien, welche eine Kantonsverfassung den Gemeinden und andern Körperschaften gewährleistet (vgl. Art. 82 Bst. b E-BGG).

Wenn sodann zweitens ein kantonaler Akt betreffend die politischen Rechte angefochten wird (Art. 76 Bst. c E-BGG), so kann nach *Buchstabe d* die Verletzung jeder kantonalen Bestimmung angerufen werden, die in enger Beziehung zum Wahlrecht oder zur Ausübung der politischen Rechte steht: nach der Rechtsprechung kann es sich um Bestimmungen sowohl der Kantonsverfassung als auch eines Gesetzes oder einer Verordnung handeln.

Drittens öffnet *Buchstabe e* den Beschwerdeweg ans Bundesgericht für die Rüge der Verletzung interkantonalen Rechts (vgl. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, Art. 84 Abs. 1 Bst. b OG). Diese Bestimmung meint nicht nur die Konkordate i.e.S., sondern jede interkantonale Vereinbarung, unabhängig ihrer Form.

Viertens schliesslich kann die Verletzung kantonalen Bestimmungen für eine Bundesrechtsverletzung im Sinne von Buchstabe a (z.B. eines Grundrechts) oder für eine Verletzung von Völkerrecht nach Buchstabe b (z.B. der EMRK) konstitutiv sein.

Die Aufzählung von Artikel 88 E-BGG ist abschliessend; das Bundesgericht kann somit - im Gegensatz zum geltenden Recht (vgl. Art. 104 Bst. c und Art. 132 Bst. a OG) - die *Angemessenheit* einer Verwaltungsverfügung nicht mehr überprüfen. Tatsächlich gehört die Angemessenheitsprüfung kaum zu den Aufgaben eines höchsten Gerichts. Die Rüge rechtsfehlerhafter Ermessensbetätigung in der Anwendung von Bundesrecht hingegen wird das Bundesgericht weiterhin hören, denn in solchen Fällen liegt eine Rechtsverletzung nach Buchstabe a vor.

Ebenfalls nicht mehr überprüfen wird das Bundesgericht - im Gegensatz zum geltenden Recht (vgl. Art. 43a Abs. 2 OG, der 1989 mit dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht eingeführt wurde) - die Anwendung ausländischen Rechts, denn auch diese Aufgabe gehört nach Meinung der Expertenkommission kaum in die Hände des höchsten Gerichts. Damit ist jedoch nicht jegliche Kontrolle ausgeschlossen, denn es liegt eine Verletzung von Bundesrecht i.S. von Buchstabe a vor, wenn das ausländische Recht offensichtlich unrichtig angewendet wurde bzw. wenn seine Regeln, auf welche unser Kollisionsrecht verweist, nicht angewendet wurden. Der Entwurf kehrt mit diesem Vorschlag zu einem System zurück, das sich an das französische und deutsche Modell anlehnt.

### *Artikel 89 Überprüfung von Bundesgesetzen*

Diese Bestimmung entspricht Artikel 178 des Verfassungsentwurfs 1996 (BBl. 1997 I 505 ff., 532 ff.). Hervorzuheben ist, dass diese Prüfung in einem besonderen Entscheidverfahren erfolgt (vgl. Art. 19 E-BGG).

### *Artikel 90 Unrichtige Feststellung des Sachverhaltes*

Dem Bundesgericht kommt nach Meinung der Expertenkommission die Aufgabe der Rechtskontrolle zu. Die Feststellung des Sachverhaltes obliegt grundsätzlich den Vorinstanzen, weshalb die Rüge unrichtiger Feststellung nicht vors Bundesgericht getragen werden kann. Was die kantonalen Instanzen in tatsächlicher Hinsicht feststellen, ist für das Bundesgericht vielmehr verbindlich (vgl. auch Art. 100 E-BGG).

Dieser Grundsatz kennt indessen Ausnahmen: Vor Bundesgericht kann zunächst vorgebracht werden, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden, womit die Vorinstanz willkürlich gehandelt habe. Sodann kann gerügt werden, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in Verletzung einer Rechtsregel nach Artikel 88 festgestellt. Dabei kann es sich um die Verletzung einer einschlägigen Verfahrensbestimmung handeln (z.B. einer Garantie, welche aus Artikel 4 BV abgeleitet wird, wie des rechtlichen Gehörs). Eine Rechtsverletzung kann auch aus einer unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes erfolgen, denn die Vorinstanz verletzt materielles Recht, wenn sie nicht alle rechtswesentlichen Tatsachen für dessen Anwendung etabliert.

Ein Rechtsfehler bei der Sachverhaltsfeststellung genügt für den Weiterzug an das Bundesgericht aber nicht; vielmehr muss dieser Fehler geeignet gewesen sein, den Ausgang des Verfahrens entscheidend zu beeinflussen. Der Beschwerdeführer hat glaubhaft zu machen, dass der angefochtene Entscheid bei rechtskonformer Tatsachenfeststellung anders ausgefallen wäre. Dieses zusätzliche Erfordernis wird unnütze Verfahrensverzögerungen vermeiden, obwohl es durchaus seine Grenzen hat: Wenn sich der angefochtene Entscheid materiell auf kantonales Recht stützt, kann das Bundesgericht die Anwendung dieses Rechts nicht frei überprüfen, es sei denn, die Verletzung komme einer Rechtsverletzung nach Artikel 88 E-BGG gleich; sodann ist die erforderliche Eignung bereits gegeben, wenn bei rechtskonformer Sachverhaltsfeststellung ein anderweitiger Entscheid der Vorinstanz nicht ausgeschlossen erscheint, wenn es m.a.W. nicht geradezu willkürlich wäre, diesfalls anders zu entscheiden. Bei Anfechtung eines Vor- oder Zwischenentscheids schliesslich könnte diese Voraussetzung nicht ohne gleichzeitige Analyse der Hauptsache geprüft werden; deshalb muss sich das Bundesgericht hier mit der Einschätzung begnügen, ob die vorgebrachte Rechtsverletzung irgendwelchen Einfluss auf den möglichen Ausgang der Hauptsache haben könnte.

Der Grundsatz, wonach das Bundesgericht nur Rechtskontrolle ausübt, soll nach Auffassung der Expertenkommission selbst dann gelten, wenn die Vorinstanz als einzige Instanz und sogar als eine nicht-richterliche Behörde entschieden hat (vgl. Art. 78 Abs. 2 Satz 2 und Art. 80 E-BGG). Nur bei der Überprüfung eines erstinstanzlichen Entscheids des Bundesstrafgerichts erfolgt nach Absatz 2 eine freie Überprüfung des Sachverhalts, damit auch für die

Delikte, die der Gerichtsbarkeit des Bundes unterstehen, das Prinzip der doppelten Instanz voll zum Tragen kommt.

### **3. Abschnitt Neue Vorbringen (Art. 91)**

Soweit dem Bundesgericht nur die Rechtskontrolle obliegt, soweit es also die Feststellung des Sachverhaltes nicht überprüfen kann (Art. 90 und 100 E-BGG), sind die Parteien gehalten, alle rechtswesentlichen Tatsachen und tauglichen Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen zu nennen. *Absatz 1* verbietet den Parteien, Tatsachen und Beweismittel erst vor Bundesgericht vorzubringen, wenn dazu im vorgängigen Verfahren Gelegenheit bestand. Dieses Novenverbot ist aber nicht absolut, sondern kennt gewisse Ausnahmen.

Zunächst sind solche neuen Tatsachen zulässig, die allein durch den Entscheid der Vorinstanz rechtswesentlich werden. So kann die Rüge der Verletzung von Verfahrensrecht durch die Vorinstanz selber (z.B. Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beweisverfahren) mit Tatsachen untermauert werden, die bei dieser Instanz nicht vorgebracht wurden. Gleiches gilt, falls der Entscheid der Vorinstanz auf einem neuen rechtlichen Argument beruht, zu dem die Parteien nicht haben Stellung nehmen können: Diesfalls können die Parteien unter den Voraussetzungen von Artikel 90 E-BGG neue Tatsachen vorbringen um zu zeigen, dass die betreffende rechtliche Erwägung unrichtig ist.

Neue Tatsachen sind natürlich auch zulässig, sofern sie Rechtsfragen betreffen, welche die Vorinstanz gar nicht hat prüfen können. So gilt das Novenverbot nicht bezüglich Tatsachen, von denen die Zulässigkeit einer Beschwerde ans Bundesgericht abhängt (z.B. das Datum der Eröffnung des angefochtenen Entscheids). Es gilt ferner nicht für Tatsachen, die sich auf die Verfassungsmässigkeit eines Bundeserlasses beziehen, denn die betreffende Rüge kann überhaupt erst vor Bundesgericht vorgebracht werden (vgl. Art. 178 Abs. 4 VE 96). Es gilt auch nicht, wenn kantonale Erlasse (Art. 79 Abs. 1 E-BGG) oder Akte kantonaler Parlamente bzw. Regierungen, welche politische Rechte betreffen (Art. 80 Abs. 2 a.E. E-BGG), direkt angefochten werden.

Es ist darauf hinzuweisen, dass nur Tatsachen, die anlässlich des vorinstanzlichen Entscheids bereits bestanden, ans Bundesgericht getragen werden können. Nachher eingetretene Tatsachen könnten nur Gegenstand eines Revisionsverfahrens bilden (Art. 116 E-BGG).

Wegen der Subsidiarität der Beschwerde ans Bundesgericht zu andern Rechtsmitteln des Bundesrechts oder des kantonalen Rechts wird der Streitgegenstand naturgemäss immer im Verfahren bei den Vorinstanzen definiert. Deshalb bestimmt *Absatz 2*, dass vor Bundesgericht keine neuen Rechtsbegehren zulässig sind. Ein Rechtsbegehren ist in diesem Sinne neu, wenn es der Vorinstanz nicht vorgelegen hatte *und* wenn es zu einer Erweiterung des Streitgegenstandes führen würde. Demgegenüber ist es den Parteien unbenommen, ihre Rechtsbegehren vor Bundesgericht zu reduzieren (z.B. Reduktion der eingeklagten Summe in einem Haftpflichtprozess). Es kann in der Sache auch ein anderes Rechtsbegehren als bei der Vorinstanz gestellt werden, sofern der Streitgegenstand unverändert bleibt. So kann etwa die Aufhebung des angefochtenen Aktes und Rückweisung an die Vorinstanz statt eine Abänderung verlangt werden.



Artikel 91 E-BGG äussert sich demgegenüber nicht ausdrücklich über die Zulässigkeit neuer *Einreden*. Einreden sind Rechtsbehelfe, welche nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden, sondern vielmehr allein in der Disposition der Parteien stehen (z.B. die Verjährung oder die Verrechnung; vgl. Art. 55 Abs. 1 Bst. c. OG und 273 BStP). Bereits der Vertrauensgrundsatz verbietet es, mit der Erhebung solcher Einreden bis vor Bundesgericht zuzuwarten, denn keine Partei darf einen Entscheid nur wegen eines Fehlers in Frage stellen, für den sie selber verantwortlich ist. Zudem ist der Begriff der Einrede - ausserhalb der Zivilrechtspflege ohnehin unüblich - heikel, denn nicht selten wird er in der Rechtssprache in einem weiteren Sinne verwendet: Er umfasst dann auch prozessuale und materielle Einwendungen, die das Gericht von Amtes wegen berücksichtigen müsste. Diese Einreden i.w.S. sind vor Bundesgericht aber grundsätzlich zulässig.

#### **4. Abschnitt: Beschwerdefrist (Art. 92, 93)**

Eine Beschwerde ans Bundesgericht ist bei diesem einzureichen (*iudex ad quem*); Einreichung bei einer falschen Behörde schadet aber nicht, sofern eine falsche Bundesbehörde oder eine obere kantonale Behörde angegangen wurde (Art. 44 E-BGG). Die Frist dazu beträgt grundsätzlich 30 Tage (Art. 92 Abs. 1, Art. 93 E-BGG). Davon gibt es jedoch Ausnahmen: so die unbefristete Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und -verzögerung (Art. 92 Abs. 3 E-BGG), ferner - in Schuldbetreibungs- und Konkursachen - die bloss 20-, 10- oder gar nur 5-tägige Frist in den Aufsichts- bzw. in gewissen Bankennachlassachen (vgl. Art. 20 SchKG und Art. 19 der Verordnung des Bundesgerichts über das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen; diese Bestimmungen bleiben in Art. 92 Abs. 4 E-BGG vorbehalten).

Die Beschwerdefrist beginnt wie nach bisherigem Recht zu laufen nach Eröffnung des angefochtenen Entscheids bzw. - bei Beschwerden gegen Erlasse - nach Veröffentlichung desselben (Art. 92 Abs. 1 und 2 und Art. 93 E-BGG; s. auch Art. 89 Abs. 3 OG); die Art der Publikation bestimmt das kantonale Recht. Im Falle einer nachgereichten Begründung beginnt die Frist erst mit der Zustellung der Motive zu laufen (Art. 105 Abs. 2 E-BGG).

#### **5. Abschnitt: Vorprüfung**

Dieser Abschnitt führt die wichtige Neuerung des Vorprüfungsverfahrens ein (vgl. auch Ziff. 5.3.3.1. des Berichts). Der Zugang zum Bundesgericht wird damit über ein Instrument geregelt, das dem Bundesgericht erlaubt, anhand gesetzlicher Kriterien die zulässigen von den unzulässigen Beschwerden zu scheiden und letztere in einem raschen Verfahren zu erledigen. Die gesetzliche Regelung stützt sich auf Artikel 178a Absatz 1 VE 96 Justizreform und berücksichtigt insbesondere die in Absatz 2 des genannten Artikels dem Gesetzgeber aufgetragene Zugangsgarantie.

##### *Artikel 94 Geltungsbereich*

Dem Vorprüfungsverfahren unterliegen sämtliche Beschwerden (*Absatz 1*), richten sie sich gegen End-, Teil- oder Zwischenentscheide. Der

Geltungsbereich des Vorprüfungsverfahrens erstreckt sich sodann auf sämtliche Beschwerdearten, somit auf Beschwerden in Zivilsachen, in Strafsachen und in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten.

Ausgenommen sind Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (*Absatz 2*). Diese Ausnahme ist in Nachachtung von Artikel 13 EMRK erforderlich. Die genannte Bestimmung verlangt, dass Konventionsverletzungen innerstaatlich mit einer wirksamen Beschwerde geltend gemacht werden können. Eine weitere Ausnahme von der Vorprüfung ist für die erstinstanzlichen Entscheide des künftigen Bundesstrafgerichts vorzusehen, da Artikel 2 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07) in Strafsachen eine zweistufige Gerichtsbarkeit verlangt.

#### *Artikel 95 Unzulässigkeit der Beschwerde*

In dieser Bestimmung werden die Unzulässigkeitsgründe aufgeführt. Es handelt sich um eine abschliessende Aufzählung, die sowohl formelle wie materielle Gründe umfasst:

Die in *Absatz 1* aufgelisteten Gründe sind alternativ zu verstehen; für eine Unzulässigkeitserklärung genügt es, dass *einer* dieser Gründe erfüllt ist. Die Tatbestände nach den Buchstaben a und b finden sich im geltenden OG in ähnlicher Form als Gründe für die Anwendung des vereinfachten Verfahrens nach Artikel 36a OG.

*Absatz 1 Buchstabe a* nennt zunächst den Fall, dass auf eine Beschwerde offensichtlich nicht eingetreten werden kann. Es ist also schon *prima vista* ersichtlich, dass eine der Sachurteilsvoraussetzungen nicht erfüllt ist, beispielsweise die Frist eindeutig verpasst, die Beschwerdelegitimation klarerweise nicht gegeben oder der angefochtene Akt nicht beschwerdefähig ist.

*Absatz 1 Buchstabe b* sanktioniert die querulatorische oder missbräuchliche Prozessführung mit der Unzulässigkeit. Beschwerden, die bloss aus Streitsucht oder gar aus obstruktiver Motivation heraus ergriffen werden, soll das Bundesgericht nicht behandeln müssen. Heute kann es solche Beschwerden gestützt auf Artikel 36a Absatz 2 OG im vereinfachten Verfahren erledigen.

*Absatz 1 Buchstabe c* verlangt vom Beschwerdeführer, dass er die vorgebrachten Rügen hinreichend begründet, ansonsten seine Beschwerde ganz - oder teilweise - unzulässig ist. Damit ist eine Art Rügeprinzip eingeführt. Wann eine Rüge hinreichend begründet ist, lässt das Gesetz offen. Es wird Sache des Bundesgerichts sein, die Substantiierungsvoraussetzungen zu präzisieren, wobei unterschiedlich strenge Kriterien für die einzelnen Rügen denkbar sind.

Nach *Absatz 1 Buchstabe d* braucht das Bundesgericht gerügte Rechtsverletzungen, die für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend sein können, nicht zu prüfen. Damit ist namentlich die sogenannte formelle Natur des Verbots der formellen Rechtsweigerung relativiert.

*Absatz 2* reiht zu den vier Unzulässigkeitsgründen nach *Absatz 1* einen fünften, welcher zwei Aspekte aufweist (Buchstaben a und b). Beide müssen für eine Unzulässigkeitserklärung kumulativ gegeben sein. Der Text übernimmt in

negativer Formulierung Artikel 178a Absatz 2 VE 96 Justizreform. Wenn sich keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt *und* überdies der Ausgang des Verfahrens keine schwerwiegenden Folgen hat, kann eine Beschwerde für unzulässig erklärt werden. Ist aber das eine oder andere oder beides der Fall, muss das Bundesgericht die Beschwerde behandeln. Damit ist auf Gesetzesstufe der verfassungsrechtlichen Vorgabe nachgelebt, wonach der Zugang zum Bundesgericht zu gewährleisten ist, wenn es um eine grundlegende Rechtsfrage geht oder der Ausgang des Verfahrens für eine Partei schwerwiegende Folgen hat. Die genannten Kriterien werden im Gesetz beispielhaft konkretisiert:

Der Tatbestand der fehlenden Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung nach *Buchstabe a* ist insbesondere erfüllt, wenn der angefochtene Entscheid mit der amtlich veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesgerichts übereinstimmt und kein Anlass besteht, diese zu überprüfen. Damit ist das Hauptbeispiel, in dem dieser Buchstabe gegeben ist, genannt; die gesetzliche Konkretisierung des Kriteriums ist jedoch nicht abschliessend, wie das Wort "insbesondere" zum Ausdruck bringt.

Der Tatbestand der fehlenden schwerwiegenden Folgen nach *Buchstabe b* ist im objektiven Sinne zu verstehen. Das subjektive Empfinden einer Partei spielt keine Rolle. Dies zeigen die Beispiele, welche das Gesetz für die Annahme schwerwiegender Folgen gibt:

- *Ziffer 1* nennt die Tatsache, dass ein Freiheitsentzug von mehr als einem Monat zu beurteilen ist. Ist diese Limite überschritten, darf das Bundesgericht die Beschwerde nicht für unzulässig erklären, es sei denn, es liege ein Unzulässigkeitsgrund nach Absatz 1 vor. Es kann sich um einen strafrechtlichen, fürsorgerischen oder administrativen Freiheitsentzug handeln. Keinen Unterschied macht ferner, ob es um die unbedingte oder bedingte Anordnung geht. Schwerwiegende Folgen sind auch im letzteren Fall anzunehmen, weil die Gewährung des bedingten Vollzugs widerrufen werden kann, wobei dannzumal nur noch die Voraussetzungen für den Widerruf, nicht aber die Strafe selbst, überprüft werden.
- Von schwerwiegenden Folgen und damit von der Zulässigkeit der Beschwerde ist ferner nach *Ziffer 2* stets dann auszugehen, wenn in Zivilsachen der Streitwert 100'000 Franken erreicht. Damit ist umgekehrt *nicht* gesagt, dass Streitigkeiten mit einem Streitwert unter 100'000 Franken regelmässig ausserhalb der bundesgerichtlichen Beurteilung bleiben. Sofern sich eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt, einer Partei ein schwerer Eingriff in ihre Grundrechte droht oder sonstwie schwerwiegende Folgen anzunehmen sind, hat das Bundesgericht solche Streitigkeiten an die Hand zu nehmen, selbst wenn sie einen sehr tiefen Streitwert aufweisen; vorbehalten bleiben selbstverständlich auch hier die Unzulässigkeitsgründe nach Absatz 1.
- *Ziffer 3* bringt für das Gebiet der Sozialversicherung eine spezielle Konkretisierung der schwerwiegenden Folgen. Solche sind insbesondere - das heisst jedenfalls dann, aber nicht ausschliesslich dann - anzunehmen, wenn der Ausgang des Streits für eine Partei von existentieller Bedeutung ist.

- *Ziffer 4* nennt schliesslich den Umstand, dass einer Partei ein schwerer Eingriff in ihre Grundrechte droht. Der Begriff des schweren Grundrechtseingriffs ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung herausgebildet worden (vgl. etwa BGE 109 Ia 190 und die Kasuistik bei Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 180 f.) und wird hier ins Gesetz aufgenommen.

Ist einer der in den Absätzen 1 und 2 genannten Gründe erfüllt, kann das Bundesgericht die Beschwerde ganz oder teilweise für unzulässig erklären. Die Bestimmung ist als "Kann-Vorschrift" gefasst. Die Unzulässigkeitserklärung ist somit ins Ermessen des Bundesgerichts gestellt. Das heisst, das Bundesgericht kann, muss aber nicht, die Beschwerde für unzulässig erklären. Es kann die Beschwerde statt dessen auch im ordentlichen Verfahren behandeln und - je nach gegebener Rechtslage - durch einen Nichteintretens- bzw. einen Abweisungsentscheid erledigen. Hervorzuheben ist die Möglichkeit, eine Beschwerde nur zum Teil für unzulässig zu erklären, etwa wenn bloss einzelne Rügen im Sinne von Absatz 1 Buchstabe c nicht hinreichend begründet sind, andere aber schon.

Eine Einschränkung besteht nach *Absatz 3* für Beschwerden gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Auf sie ist der Unzulässigkeitsgrund nach Absatz 2 nicht anwendbar. Er ist nicht zugeschnitten auf die angesprochenen, rein betriebsrechtlichen Angelegenheiten (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 70 E-BGG).

#### *Artikel 96 Verfahren*

Diese Bestimmung normiert die wichtigsten Verfahrenselemente.

Nach *Absatz 1* gilt im Vorprüfungsverfahren durchwegs Dreierbesetzung. Die drei Richter entscheiden über die Unzulässigkeit in der Regel im Zirkulationsverfahren (Art. 55 Abs. 1 E-BGG). Sofern ausnahmsweise eine mündliche Beratung stattfindet, ist diese nicht öffentlich, auch nicht parteiöffentlich (Art. 56 Abs. 3 E-BGG).

Unter Entlastungsgesichtspunkten von wesentlicher Bedeutung ist *Absatz 2*. Der Entscheid über die Unzulässigkeit muss weder ausführlich noch summarisch begründet werden; das Bundesgericht kann sich darauf beschränken, in der Begründung den zutreffenden Unzulässigkeitsgrund anzugeben. Wo angezeigt, kann es darüber hinausgehen. Damit ist dem Anspruch auf Begründung Genüge getan. Der Betroffene erhält in jedem Fall eine erschöpfende, wenn auch allenfalls eine knappe Antwort auf die Frage, weshalb das Bundesgericht seine Beschwerde für unzulässig erklärt hat.

### **6. Abschnitt: Weiteres Verfahren**

#### *Artikel 97 Schriftenwechsel, Anschlussbeschwerde*

Abgesehen vom Hinweis auf das Vorprüfungsverfahren lehnt sich die Bestimmung an die geltenden Artikel 59 (Berufung), 81 (Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen), 93 (staatsrechtliche Beschwerde) sowie 110 OG (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) an, doch wird - im

Unterschied zur geltenden Verwaltungsrechtspflege - allgemein die Möglichkeit der *Anschlussbeschwerde* eingeführt (Abs. 3). Dies bewirkt keine Komplikation, denn Anschlussbeschwerde kann nur erheben, wer selber auch zu einer eigenen Beschwerde legitimiert wäre. Ein Anschlussrechtsmittel wird sogar nicht selten zur Entlastung des Bundesgerichts führen, denn oft wird die Hauptbeschwerde zurückgezogen, sobald der Gegner Anschlussbeschwerde erhebt (und damit den Weg zu einer *reformatio in peius* freigibt), so dass das Verfahren in der Folge ohne weiteres abgeschrieben werden kann. Absatz 5 hält die Abhängigkeit des Anschlussrechtsmittels von der Hauptbeschwerde ausdrücklich fest.

Das Gesetz sieht weder für die Vernehmlassung zur Hauptbeschwerde (Abs. 1) noch für die Einsendung der Vorakten durch die Vorinstanz (Abs. 2) noch für eine Anschlussbeschwerde (Abs. 3) noch für die Stellungnahme zu derselben (Abs. 4) eine feste *Frist* vor. Der Instruktionsrichter lässt diesbezüglich Ermessen walten, doch ist ihm die Frist zur Hauptbeschwerde (30 Tage) Richtschnur.

Das Verfahren vor Bundesgericht ist im wesentlichen - vorbehaltlich eines möglichen Beweisverfahrens (Art. 52 f. E-BGG), allfälliger mündlicher Parteiverhandlungen (Art. 54) und mündlicher Urteilsberatungen (Art. 55 E-BGG) - *schriftlich*. Dabei soll in aller Regel nur ein einfacher Schriftenwechsel stattfinden (Art. 97 Abs. 4 Satz 2 E-BGG). Repliken und Dupliken, aber auch mündliche Parteiverhandlungen haben im Interesse der Verfahrensökonomie die Ausnahme zu bleiben.

#### *Artikel 98 Aufschiebende Wirkung*

Dem Bundesgericht kommen als Hauptaufgaben die Sorge für die einheitliche Rechtsanwendung, die Rechtsfortbildung und die Wahrung der verfassungsmässigen Ordnung zu. Es ist somit keine letzte Appellationsinstanz für die Parteien, anzurufen durch ein vollkommenes Rechtsmittel. Die Rechtspflege des Einzelfalles soll substantiell vielmehr bei den Vorinstanzen stattfinden. Davon ausgehend sind die Rechtsmittelwirkungen der Beschwerde ans Bundesgericht, insbesondere auch ihr *Suspensiveffekt*, zu definieren.

Im Interesse der Transparenz und Handlichkeit des Verfahrens bringt der Entwurf auch diesbezüglich eine einheitliche Regelung für sämtliche Beschwerden (s. demgegenüber den geltenden Rechtszustand nach Art. 54, 70, 80, 94, 111 OG, 36 SchKG sowie 272 BStP): Die Beschwerde hat nur unter besonderen Voraussetzungen aufschiebende Wirkung (Abs. 1 und 3); *grundsätzlich* besteht somit *kein* Suspensiveffekt, was auch einer falschen Attraktivität des Rechtsmittels wehrt (Abs. 2). Damit beschreitet der Entwurf in der Zivilrechtspflege, aber auch im heutigen Arbeitsgebiet der Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise Neuland.

Nach *Absatz 1* wirkt die Beschwerde nur dann von Gesetzes wegen suspensiv, wenn bei einer *Zivilsache* ein *Gestaltungsurteil* angefochten wird (*Bst. a*; z.B. ein *Vaterschafts-* oder ein *Scheidungs*urteil, die Auflösung einer juristischen Person). Für den Suspensiveffekt sprechen in diesen Fällen naheliegende Gründe der Praktikabilität. Zudem ist auch in *Strafsachen* von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung gegeben, wenn eine unbedingte *Freiheitsstrafe* oder

eine *freiheitsentziehende Massnahme* in Frage steht (*Bst. b*); für einen adhäsionsweise erhobenen Zivilanspruch gelten dann allerdings wieder die Schranken von Buchstabe a.

Der *Instruktionsrichter* kann von dieser gesetzlichen Regel abweichen: Er kann in den Fällen von Absatz 1 die aufschiebende Wirkung entziehen bzw. sie in den übrigen Fällen auf Antrag einer Partei oder sogar von Amtes wegen verfügen (*Abs. 3*). Das erlaubt massgeschneiderte Reaktion auf die Bedürfnisse des Einzelfalles. Wo aufschiebende Wirkung besteht - sei es von Gesetzes wegen oder auf Verfügung des Instruktionsrichters - hat dieser gegebenenfalls vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Art. 99 E-BGG).

#### *Artikel 99      Andere vorsorgliche Massnahmen*

Der Instruktionsrichter ist befugt, von Amtes wegen oder auf Parteienantrag vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Eine solche kann zunächst im Entzug oder in der Erteilung der aufschiebenden Wirkung bestehen (Art. 98 Abs. 3 E-BGG) oder dieselbe im Sinne einer sichernden oder regelnden Anordnung begleiten (z.B. die Auferlegung eines Verässerungsverbots, Fortführung eines Gewerbes nur unter Auflagen).

Anders als nach geltendem Recht ist für derlei Provisorien künftig immer das Bundesgericht (Instruktionsrichter) zuständig, nicht mehr die Vorinstanz wie heute in der Zivilrechtspflege (vgl. Art. 58 OG). Der *Devolutiveffekt* der Beschwerde wird insoweit verstärkt.

#### *Artikel 100      Massgebender Sachverhalt*

Nach Meinung der Expertenkommission kommt dem Bundesgericht die Aufgabe der Rechtskontrolle zu (vgl. auch Art. 90 E-BGG); die Feststellung des Sachverhaltes und deren Überprüfung obliegt demgegenüber den Vorinstanzen (vgl. auch Art. 103 E-BGG). Entsprechend bestimmt *Absatz 1*, dass das Bundesgericht seinem Entscheid grundsätzlich jenen Sachverhalt zu Grunde legt, den die Vorinstanz festgestellt hat. Das Bundesgericht ist an diese Tatsachen gebunden, und zwar neu auch in den Belangen des Sozialversicherungsrechts (vgl. demgegenüber Art. 132 Bst. b OG). Gleiches gilt künftig für den Patentprozess (Art. 67 OG), denn dieser erfordert diesbezüglich keine besondere Behandlung.

Doch besteht dann keine Bindung des Bundesgerichts an den festgestellten Sachverhalt, wenn die Tatsachen offensichtlich unrichtig oder in Verletzung einer Rechtsnorm nach Artikel 88 E-BGG erstellt worden sind: wenn die Vorinstanz bei der Sachverhaltsermittlung also willkürlich gehandelt oder gegen eine Verfahrensvorschrift (wie z.B. das rechtliche Gehör) verstossen hat oder wenn schliesslich wegen unvollständiger Feststellung des Sachverhaltes gar eine Verletzung des materiellen Rechts vorliegt (vgl. den Kommentar zu Art. 90 E-BGG).

Für gewöhnlich führt eine rechtsfehlerhafte Sachverhaltsfeststellung zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (vgl. Art. 102 E-BGG), doch ermächtigt *Absatz 2* das Bundesgericht, den Sachverhalt von Amtes wegen oder auf entsprechendes Begehren zu ergänzen oder zu berichtigen (vgl. Art.

90 E-BGG). Das Bundesgericht kann den Sachverhalt dabei nicht nur aufgrund des Dossiers der Vorinstanz korrigieren, sondern auch gestützt auf die Beweismittel der Parteien, welche im Rahmen des Schriftenwechsels angeboten oder vom Bundesgericht im Beweisverfahren selber angeordnet wurden. Das Bundesgericht ist zur Abnahme solcher neuer Beweismittel freilich nicht verpflichtet; vielmehr wird es von dieser Befugnis nur zurückhaltend Gebrauch machen. Diese flexible Lösung geht auf die geltende Bundesrechtspflege in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten zurück (Art. 93, 95, 108 und 113 OG). Sie unterscheidet sich also vom diesbezüglich sehr restriktiven Modell der geltenden Zivilrechts- und Strafrechtspflege (Art. 64 Abs. 2 OG und 277<sup>bis</sup> Abs. 1 Satz 3 BStP), was aber gerechtfertigt ist: denn systematische Rückweisung der Sache an die Vorinstanz auch in Fällen, in denen die Korrektur des Sachverhaltes einfach ist, wäre unverhältnismässig. Das Interesse der Parteien an rascher und endgültiger Erledigung der Streitsache geht hier der Souveränität der Vorinstanz bezüglich des Sachverhaltes vor.

*Absatz 3* statuiert eine besondere Regel bei Beschwerden gegen erstinstanzliche Urteile des Bundesstrafgerichts: Hier ist die freie Sachverhaltsüberprüfung durch das Bundesgericht geboten, damit das Prinzip der doppelten Instanz auch bei den Delikten, die der Gerichtsbarkeit des Bundes unterstehen, voll zum Tragen kommt.

#### *Artikel 101      Rechtsanwendung*

Diese Norm umschreibt die rechtliche Kognition des Bundesgerichts. *Absatz 1* bestimmt als allgemeine Regel den Grundsatz *iura novit curia*, wonach das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet und dabei an die Begründung der Parteien nicht gebunden ist (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 114 Abs. 1 OG, 277<sup>bis</sup> Abs. 2 BStP). Das Bundesgericht würde seine Aufgabe als oberstes Gericht verfehlen, wenn es wissentlich einen Fehlentscheid trafe, nur weil der Beschwerdeführer nicht die einschlägige Rechtsnorm angerufen hat. Und dennoch kennt dieser Grundsatz drei Ausnahmen.

Zunächst wird er durch *Absatz 2* insofern abgeschwächt, als das Bundesgericht sich auf die Prüfung der vorgebrachten Rügen beschränken *kann*. Diese Lösung - sie geht auf die Praxis zur staatsrechtlichen Beschwerde zurück (Art. 90 Abs. 1 Bst. b OG) - rechtfertigt sich deshalb, weil die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Einheitsbeschwerden aufgeht. Angesichts der ausserordentlichen Vielfalt der verfassungsmässigen Garantien und völkerrechtlichen Normen, die durch einen anfechtbaren Entscheid betroffen sein können, darf das Bundesgericht nicht in allen Fällen zu allumfassender Prüfung gezwungen sein. Es kommt in erster Linie dem Beschwerdeführer zu, die Mängel des angefochtenen Entscheids zu nennen. Wenn z.B. willkürliche Anwendung des kantonalen Rechts gerügt wird, ist es nicht Sache des Bundesgericht, Nachforschungen darüber anzustellen, welche kantonale Vorschrift betroffen sein könnte.

Das Bundesgericht wird sodann keine Rechtsnorm von Amtes wegen anwenden, deren Verletzung die Parteien nach Artikel 88 und 89 E-BGG gar nicht rügen dürfen. So kann die Einhaltung der Kompetenzverteilung zwischen

Bund und Kantone vom Bundesgericht nicht überprüft werden, wenn nicht die betroffene Kantonsregierung selber Beschwerde führt (Art. 89 Abs. 2 E-BGG).

Schliesslich verbietet der Vertrauensgrundsatz den Parteien, den Vorinstanzen ein einschlägiges Argument vorzuenthalten, nur um die Wirkung der Beschwerde ans Bundesgericht gleichsam mit einem Trumpf zu verstärken (vgl. z.B. BGE 120 Ia 24 ff.). Daraus folgt, dass das Bundesgericht keine Norm von Amtes wegen anwenden kann, deren Anrufung im Einzelfall gegen den Vertrauensgrundsatz verstossen hätte.

#### *Artikel 102      Entscheid*

Die Entscheidungsbefugnis des Bundesgerichts ist durch die Rechtsbegehren der Parteien begrenzt. *Absatz 1* nimmt ausdrücklich Bezug auf den Grundsatz *ne eat iudex ultra petita partium* (Dispositionsmaxime; vgl. zum geltenden Recht Art. 63 Abs. 1, 90 Abs. 1 Bst. a und 114 Abs. 1 OG, 277<sup>bis</sup> BStP). Die Tragweite dieses Grundsatzes kann je nach angebehrtem Entscheid verschieden sein (vgl. BGE 116 Ia 60, 64 f.). Im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 114 OG) kennt der Entwurf keine Ausnahme mehr, wonach eine *reformatio in peius* möglich wäre. Eine solche Regel ist heute nicht mehr zeitgemäss, denn der Beschwerdeführer hat das Recht, sein Rechtsmittel sofort zurückzuziehen, wenn eine Verschlechterung angekündigt wird. Immerhin können besondere Bundesrechtssätze den Richter und damit auch das Bundesgericht zu freier Entscheidung ermächtigen - unabhängig von den Parteibegehren (vgl. z.B. Art. 156 ZGB).

Nach *Absatz 2* kann das Bundesgericht, nachdem es die Beschwerde zugelassen hat, in der Sache selbst entscheiden oder die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückweisen; diese Regel wird wörtlich von Artikel 114 Absatz 2 OG übernommen. Die Einheitsbeschwerden sind demnach nicht ausschliesslich kassatorische Behelfe, die in allen Fällen einfach nur zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen. Die Art und Weise, wie das Bundesgericht entscheiden wird - ob kassatorisch oder reformatorisch -, hängt vielmehr von verschiedenen Faktoren ab. So bleibt einzig die Kassation, wenn die Parteien selber nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangen oder wenn die Reformation des Entscheids wegen unvollständiger Feststellung des Sachverhaltes unmöglich ist (vgl. Art. 100 E-BGG). Gleiches gilt, wenn die verletzte Norm den richtigen substantiellen Entscheid, den die Vorinstanz hätte treffen müssen, nicht eindeutig und abschliessend vorgibt; so wird eine begründete Beschwerde wegen Verletzung eines Freiheitsrechts regelmässig zur Kassation des angefochtenen Aktes führen. Keineswegs sodann erweitert Absatz 2 die Entscheidkompetenz des Bundesgerichts im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle kantonaler Erlasse: Soweit das Bundesgericht dem kantonalen Gesetzgeber einen verfassungsmässig garantierten Gestaltungsspielraum zuzubilligen hat, darf es sein eigenes Ermessen nicht darüber stellen und dem Kanton eine neue Regelung diktieren, sonst würde das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt (vgl. BGE 118 Ia 64, 69). Bei der Strafrechtspflege hingegen könnte Absatz 2 eine Neuerung gegenüber der heutigen Praxis bringen, denn nach geltendem Recht führt eine gutgeheissene Nichtigkeitsbeschwerde immer zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zu Rückweisung an die Vorinstanz (Art. 277<sup>ter</sup>



BStP). Nach dem Vorschlag des Entwurfs wird das Bundesgericht bei Spruchreife künftig selber einen reformatorischen Entscheid treffen und die Angelegenheit derweise zum endgültigen Abschluss bringen.

Absatz 2 beschränkt die möglichen Typen von Entscheiden nicht. Das Bundesgericht kann also nicht nur einen reformatorischen oder kassatorischen Entscheid treffen, sondern sein Dispositiv auch mit gewissen Anweisungen oder Feststellungen versehen: so z.B. mit der Anweisung, dem Beschwerdeführer vor den kantonalen Instanzen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (BGE 115 Ia 103), oder mit der Feststellung, ein bestimmtes kantonales Gericht sei zuständig (vgl. Art. 73 Abs. 2 OG). Es obliegt dem Bundesgericht, im Rahmen der Rechtsbegehren jenen Entscheidtyp zu wählen, welcher der verletzten Rechtsnorm am besten zum Durchbruch verhilft. Dies gilt ganz besonders im Verfahren der Normenkontrolle, wenn das Bundesgericht zum Schluss kommt, dass die Behebung der Verfassungswidrigkeit einzig dem Gesetzgeber obliege.

Obwohl der Entwurf die Regeln von Artikel 66 OG und 277<sup>ter</sup> Absatz 2 BStP nicht ausdrücklich übernimmt, steht fest, dass die Vorinstanz bei ihrem neuen Entscheid an die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts, die der Zurückweisung zugrunde liegt, gebunden ist.

Artikel 102 enthält keine besondere Bestimmung über die Entscheidungsmöglichkeiten des Bundesgerichts im Falle der Überprüfung eines Bundesgesetzes oder eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses (vgl. Art. 89 E-BGG und Art. 178 VE 96 Justizreform). Die Verfassungsmässigkeit eines solchen Erlasses des Bundes kann nur vorfrageweise im Rahmen des Anwendungsaktes, der Gegenstand der Beschwerde bildet, überprüft werden (konkrete Normenkontrolle). Im Unterschied zu ausländischen Verfassungsgerichten darf das Bundesgericht aber über die Gültigkeit und die Anwendbarkeit eines Bundesgesetzes ausserhalb des streitigen Rechtsverhältnisses nicht entscheiden. Die Begründetheit der Rüge, ein Bundeserlass sei verfassungswidrig, verschafft daher keine besonderen Entscheidungsbefugnisse; die allgemeinen Regeln von Artikel 102 Absatz 2 E-BGG sind vielmehr auch hier ohne weiteres anwendbar. Demnach ist die Situation dieselbe wie in den Fällen, in denen das Bundesgericht im Rahmen der konkreten Normenkontrolle die Gesetzwidrigkeit einer Bundesverordnung oder die Verfassungswidrigkeit eines kantonalen Gesetzes feststellt.

## **7. Abschnitt: Kantonales Verfahren**

### *Artikel 103 Beurteilung durch richterliche Behörde*

Ein streitiger Anspruch muss im kantonalen Verfahren zumindest *einmal* von einem unabhängigen Gericht sowohl in faktischer wie auch in rechtlicher Hinsicht umfassend und frei geprüft werden können. Diese Bestimmung unterstreicht erneut, dass die Rechtspflege substantiell in den kantonalen Verfahren stattfinden soll. Das Bundesgericht kümmert sich grundsätzlich nicht mehr um den Sachverhalt (Art. 90, 100 E-BGG); und die Rechtskontrolle (Art. 88 E-BGG) steht unter der Bedingung der Vorprüfung (Art. 94 ff. E-BGG).

Es spielt keine Rolle, ob der Streitgegenstand formal dem öffentlichen oder dem Zivilrecht angehört, nur in Bezug auf Entscheide mit vorwiegend

politischem Charakter und in Stimmrechtssachen gelten Ausnahmen vom Gebot der richterlichen Behörde (s. den Kommentar zu Art. 78 E-BGG). Das hat etwa Konsequenzen für die Aufsicht in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, soweit die Aufgaben einer oberen oder einzigen kantonalen Aufsichtsbehörde noch nicht in den Händen eines Gerichts liegen, ferner auch für einzelne Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (s. die betreffenden Fälle unter Art. 70 Abs. 2 E-BGG).

Das kantonale Gericht - sei es ein erstinstanzliches oder in appellatorio die Vorinstanz des Bundesgerichts - wendet das *Recht von Amtes wegen* an. Das ist ein anerkannter Grundsatz des Prozessrechts, der indessen die Parteien nicht etwa von einer gehörigen Begründung ihrer Begehren entbindet. Sodann ist zu beachten, dass "freie Prüfung des Sachverhaltes" nicht etwa allgemein mit dem Untersuchungsgrundsatz gleichzusetzen ist. Frei meint nur, dass der rechtswesentliche Sachverhalt im kantonalen Verfahren zumindest einmal ohne Beschränkung zusammengetragen werden kann.

#### *Artikel 104 Einheit des Verfahrens*

Verallgemeinert und zugleich präzisiert wird die Bestimmung von Artikel 98a Absatz 3 des geltenden OG: Es geht somit um möglichst reibungslosen Anschluss der Bundesrechtspflege an das kantonale Verfahren.

- Die Legitimation zum Verfahren darf im kantonalen Verfahren vor allen Instanzen nicht enger gefasst sein als vor Bundesgericht (*Abs. 1*);
- die unmittelbare Vorinstanz muss mindestens dieselbe Kognition haben wie das Bundesgericht (*Abs. 2*). Wäre sie ausnahmsweise die erste (und einzige kantonale) Instanz, käme dagegen hinsichtlich Kognition Artikel 103 E-BGG zum Zuge: umfassende faktische und rechtliche Prüfung des Streitiges.

#### *Artikel 105 Eröffnung der Entscheide*

*Absatz 1* lehnt sich an Artikel 51 f. OG, 20a SchKG sowie Artikel 1 Absatz 3 VwVG an. Im Ergebnis geht es wiederum um die Einheit des Verfahrens (Gewährleistung des Anschlusses an die Bundesrechtspflege).

Zu beachten ist, dass das Bundesrecht den Kantonen die schriftliche Begründung der Entscheide nicht durchwegs zur Pflicht macht; bei fehlender Begründung ist es Sache der Parteien, innert 30 Tagen eine solche zu verlangen (*Abs. 2*); die Beschwerdefrist läuft dann erst ab Zustellung der Motive (Art. 92 Abs. 1 E-BGG). Entscheide, die den Qualitätserfordernissen nicht entsprechen, kann das Bundesgericht aufheben oder zur Verbesserung zurückweisen (*Abs. 3*).

### **Fünftes Kapitel: Klage (Art. 106)**

Diese Bestimmung beschränkt den Gegenstand des sogenannten Direktprozesses strikte auf Fälle, für deren Beurteilung sachgerechterweise allein das Bundesgericht in Frage kommt - wegen ihrer Rechtsnatur und

Bedeutung. Das gilt zunächst für die Kompetenzkonflikte zwischen dem Bund und den Kantonen (*Bst. a*), sodann aber auch für alle andern (zivil- oder öffentlichrechtlichen) Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder Kantonen unter sich (*Bst. b*; vgl. Art. 113 Abs. 1 und 2 BV, Art. 83 *Bst. a* und *b* OG). Solche Streitigkeiten haben in einem Bundesstaat allergrösste Bedeutung, was nach der Zuständigkeit des höchsten Gericht dieses Staates - des Bundesgerichts - ruft. Diesbezüglich bleibt der Entwurf somit bei der Regelung des geltenden Rechts.

Die Fälle der verwaltungsrechtlichen Klage wurden bereits bei der letzten Revision des OG im Jahre 1991 auf das absolute Minimum reduziert. Sie umfassen heute die Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen sowie die Verantwortlichkeitsansprüche aus Handlungen von Magistratspersonen des Bundes (vgl. Art. 116 und 130 OG). Auch diese Fälle sind in der direkten Zuständigkeit des Bundesgericht zu belassen (*Bst. b und c*).

Artikel 106 zählt die Klagefälle abschliessend auf und stellt für sie einen einzigen Rechtsweg zur Verfügung ("Einheitsklage"); für das Verfahren gilt der Bundeszivilprozess.

### **Sechstes Kapitel: Vorlage (Art. 107 - 113)**

Das Vorlageverfahren ermöglicht es einer unteren Instanz, eine bestimmte Rechtsfrage, die sich in einem laufenden Verfahren stellt, der obersten Instanz zum Entscheid zu unterbreiten. Bekannte Beispiele solcher Verfahren sind das sog. Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (Art. 177 EG-Vertrag) und das Verfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht nach Artikel 100 des Grundgesetzes.

Das Vorlageverfahren setzt an sich nicht zwingend voraus, dass das vorliegende Gericht am Ende des Instanzenzugs steht, sein Urteil also keinem (innerstaatlichen) Rechtsmittel mehr unterliegt. In der Bundesrechtspflege besteht jedoch kein Bedürfnis nach einem Vorlageverfahren, solange die entsprechende Rechtsfrage mit einem Rechtsmittel aufgeworfen werden kann. Hingegen kann das Vorlageverfahren eine Ausgleichsfunktion übernehmen in Bereichen, in denen das Gesetz die Beschwerde ans Bundesgericht vollständig ausschliesst (siehe den Katalog von Art. 77 E-BGG). Es eignet sich somit für Rechtsgebiete, in denen die Funktion des Bundesgerichts wegen der ausserordentlich hohen Zahl von Beschwerden (z.B. Asylwesen) oder der meist geringfügigen Bedeutung der Streitsachen auf die Wahrung überindividueller Interessen beschränkt werden muss.

Nach *Artikel 107* müssen demnach letzte richterliche Instanzen der Kantone und das Bundesverwaltungsgericht, soweit sie eine endgültige Entscheidung zu treffen haben, den Entscheid des Bundesgerichts einholen, falls sie der Auffassung sind, eine auf den konkreten Fall anwendbare Bestimmung eines Bundesgesetzes oder eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses verletze verfassungsmässige Rechte der Bürger oder Völkerrecht (Abs. 1). Das Verfahren wird bis zum Entscheid des Bundesgerichts sistiert. Lediglich fakultativ ist die Vorlage in Fällen, in denen die genannten Instanzen ernsthafte Zweifel über die Auslegung von Bundesrecht oder Völkerrecht haben (Abs. 2).

Das Vorlageverfahren - verankert in Artikel 178a Absatz 3 VE 96 Justizreform - ist neu für unser Rechtssystem. Es bezweckt in erster Linie (*Art. 107 Abs. 1*), dass die Normenkontrolle bezüglich Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen (*Art. 178 VE 96 Justizreform*) auch in Fällen zum Tragen kommen kann, in denen die Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen ist; insofern dient die Vorlage als Korrektiv. Das Vorlageverfahren ist hier eigentlich eine zwingende Folge des konzentrierten Systems, das die Überprüfung gewisser Normen dem Bundesgericht vorbehält. Eine Pflicht zur Vorlage besteht erst, wenn die mit der Sache befasste Instanz zur Auffassung gelangt, die Verfassungsmässigkeit oder Völkerrechtskonformität eines Bundesgesetzes sei nicht gegeben. Blosser Zweifel lösen keine Vorlagepflicht aus; andernfalls würden die betreffenden Instanzen zu rasch von ihrer Verantwortung entbunden, und das Bundesgericht hätte laufend über solche Vorlagen zu entscheiden. Bei ernsthaften Zweifeln über die Auslegung von Bundesrecht oder Völkerrecht ist eine Vorlage möglich, aber nicht obligatorisch (*Art. 107 Abs. 2*). In diesen Fällen dient das Vorlageverfahren nicht der Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern der einheitlichen Anwendung des Rechts.

Wie das Bundesgericht bereits wiederholt und zu Recht betont hat, ist das Verfassen von Rechtsgutachten nicht seine Aufgabe; das Vorlageverfahren hat denn auch gar nicht diesen Zweck. Es kommt vielmehr nur in konkreten laufenden Verfahren zum Tragen, in denen eine spezifische Rechtsfrage, die für den Ausgang dieses Verfahrens wesentlich ist, zu entscheiden ansteht (*Art. 108 Abs. 2*). Funktionsgemäss ist das Vorlageverfahren sodann ausschliesslich ein Verfahren zwischen gerichtlichen Behörden - die Parteien können es nicht einleiten (*Art. 108 Abs. 1*). Hat das betreffende Gericht hingegen die Verfahrenseinleitung beschlossen, so können die Parteien, die Vorinstanz und allfällige weitere Beteiligte dazu Stellung nehmen; diese Stellungnahmen werden dann zusammen mit dem Vorlagegesuch dem Bundesgericht übermittelt (*Art. 109*). Das Bundesgericht kann seinerseits noch weitere Stellungnahmen einholen, soweit dies zur Beantwortung der vorgelegten Frage notwendig ist (*Art. 110*).

In bezug auf den Entscheid des Bundesgerichts betont *Artikel 111* den dargelegten Grundsatz, wonach kein Rechtsgutachten zu verfassen, sondern einzig die vorgelegte Rechtsfrage des Einzelfalles zu entscheiden ist. In seinen rechtlichen Erwägungen ist das Bundesgericht an die Begründung des Vorlagegesuchs selbstverständlich nicht gebunden.

Nach *Artikel 112 E-BGG* wird der (verbindliche) Entscheid des Bundesgerichts einzig dem vorlegenden Gericht eröffnet, denn das Vorlageverfahren ist wie gesagt ein Verfahren zwischen Behörden. Kosten werden keine gesprochen (*Art. 113*). Der Vorlageentscheid kann amtlich publiziert werden (*Art. 26 E-BGG*).

## **Siebentes Kapitel: Revision, Erläuterung und Berichtigung**

### **1. Abschnitt: Revision (Art. 114 - 121)**

Im wesentlichen werden die bewährten Regeln des geltenden Rechts (Art. 136 ff. OG) ohne grosse Änderungen übernommen. Abgesehen von Artikel 115 handelt es sich dabei vorab um redaktionelle und systematische Modifikationen.

Die Revision ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, das zur Aufhebung eines rechtskräftigen Entscheids des Bundesgerichts und zur nochmaligen Beurteilung der Angelegenheit führt. Die klassischen Revisionsgründe werden in Artikel 114 und 116 umschrieben: Es handelt sich einerseits um Verfahrensfehler, andererseits um bestimmte Tatsachen, die nachträglich entdeckt wurden. Der Entwurf vermeidet den Begriff "neue Tatsachen" bewusst, denn es handelt sich nicht um nachträglich eingetretene, sondern lediglich um nachträglich entdeckte Tatsachen.

Diesen klassischen Revisionsgründen hat der Gesetzgeber im Jahre 1991 noch den besonderen nach Artikel 139a OG hinzugefügt, wonach die Revision zulässig ist, wenn eine Individualbeschwerde wegen Verletzung der EMRK von den Strassburger Organen gutgeheissen worden ist. *Artikel 115* übernimmt diese Regel, modifiziert sie aber in zweierlei Hinsicht:

Zunächst wird den Zuständigkeiten besser Rechnung getragen. Wenn den Strassburger Organen ein Bundesgerichtsentscheid vorgelegen hat, ist für die anschliessende Revision immer das Bundesgericht zuständig, auch wenn die Angelegenheit schliesslich an eine Vorinstanz zurückgewiesen werden müsste. Wenn hingegen kein Entscheid des Bundesgerichts ergangen ist (weil die Beschwerde ans Bundesgericht ausgeschlossen war), ist für die Revision die entsprechende andere letzte Instanz zuständig. Der Entwurf zum BGG hat sich nur mit der Revision von Entscheiden des Bundesgerichts zu befassen.

Sodann wird auf die Subsidiarität der Revision, wie sie der geltende Artikel 139a OG formuliert, verzichtet: Sie erscheint kaum sinnvoll, zumal schon Artikel 50 EMRK die Entschädigung nur subsidiär gewährt. Diese gegenseitigen Subsidiaritäten haben sich in der Praxis nicht selten als problematisch erwiesen. *Artikel 121 Absatz 3* erlaubt dem Bundesgericht, einer allfälligen Entschädigung Rechnung zu tragen.

Die übrigen Bestimmungen bedürfen keines besonderen Kommentars, denn die geltenden Regeln werden nur verdeutlicht und vereinfacht.

### **2. Abschnitt: Erläuterung und Berichtigung (Art. 122)**

Die einzige Änderung gegenüber dem geltenden Recht besteht darin, dass das Bundesgericht neu nicht mehr nur auf Begehren einer Partei, sondern auch von Amtes wegen erläutern und berichtigen darf.