Herausgegeben von
Arthur Brunner
Anja Martina Josuran-Binder
Patrice Martin Zumsteg

Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener

DIKE

Herausgegeben von

Arthur Brunner
Anja Martina Josuran-Binder
Patrice Martin Zumsteg

Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener

DIKE

Open-Access-Gold
Open Access-Finanzierung durch die ZHAW Zürcher Hochschule
für angewandte Wissenschaften.

Publiziert von:
Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
info@dike.ch
www.dike.ch

Text © bei den Autorinnen und Autoren der Beiträge 2025

ISBN (Hardback): 978-3-03891-783-0
ISBN (PDF): 978-3-03929-070-3

DOI: https://doi.org/10.3256/978-3-03929-070-3

Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

myclimate
neutral

Inhaltsübersicht

Der Mensch im Zentrum V

Würdigungen zur Emeritierung

Jörg Paul Müller
Ein Freundesgruss zur Emeritierung von Regina Kiener 3

Ruth Arnet
Laudatio 7

Giovanni Biaggini
Auf der obersten Stufe 11

Grundlagen des Rechts

Matthias Mahlmann
Unmass und Gerechtigkeit – zur Tragödie des individuellen Gewissens in «Michael Kohlhaas» 15

Oliver Diggelmann
Fangnetze für Eliten in der internationalen Strafjustiz 37

Andreas Kley
Der «Rechtsstaat» – ein Instrument von Recht und Politik 59

Christoph Beat Graber
Technologische Voraussetzungen der Meinungsfreiheit – Grundrechtsanreicherung rechtssoziologisch betrachtet 79

Grundrechte

Matthias Oesch/Alexandru Badea
Haben «menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» strikt Vorrang vor Bundesgesetzen? 97

Axel Tschentscher
Grundrechte für Unternehmen 113

Martin Dumermuth
Grundrechtskollisionen auf Social Media 129

Anja Martina Josuran-Binder/Gabriela Medici/Veronika Moser
Aufenthaltsrecht von ausländischen Opfern häuslicher Gewalt 163

Marc Thommen/Jana Hesske/Silvan Keller
Tödliche Polizeigewalt 179

Ruth Herzog/Christoph Bürki
«Zugang zur Justiz»: Wünsche *aus* der Justiz 205

Demokratie durch Recht

Monique Jametti
Die Jubilarin und die Venedig-Kommission 235

Walter Kälin
Die Venedig-Kommission und ihr Beitrag zum Referendum und Sprachenrecht im Verfassungsraum Europa 249

Daniel Moeckli
Die Venedig-Kommission und Referenden 261

Arthur Brunner
Das St. Galler Veto 275

Tobias Jaag
Verknüpfung von Verfassungs- und Gesetzesrevisionen 297

Moritz von Wyss
Ein Verbot, das für Freiheit steht 309

Gerichte und Richterinnen

Anja Seibert-Fohr
Richterliche Unabhängigkeit als Grundlage der europäischen Menschenrechtsordnung 323

Marianne Ryter
Die unabhängige Richterin im Spannungsfeld von Spruchkörperbildung und Richterwahlen 343

Thomas Müller-Graf
Der gute Richter, die gute Richterin 357

Andreas Lienhard/Daniel Kettiger
20 Jahre Justizforschung in der Schweiz 373

Benjamin Schindler/Damian Wyss
Wann ist ein Gericht ein Gericht? 395

Catherine Reiter
The Kosovo Specialist Chambers' Independence 417

Verfahrensrecht

Isabelle Häner
«Die Wiedererwägung bleibt vorbehalten» 431

Pierre Tschannen
Nichtige Verwaltungsverfügungen: Untote im öffentlichen Recht 447

Andreas Donatsch/Mirko Roš
Zur Respektierung des Beschleunigungsgebots 461

Lorena Bur/Markus Müller
Die Verfahrensakte als Objekt der Akteneinsicht 473

Alain Griffel
Die Auswirkungen des BGG auf das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht 497

Stefanie Bauer-Sigrist/Patrice Martin Zumsteg
Parallele gerichtliche Zuständigkeiten 511

Thomas Stadelmann
Die Rechtsprechung des EGMR und ihre Umsetzung durch das Schweizerische Bundesgericht 523

Bernhard Rütsche
Individueller und kollektiver Rechtsschutz im Kampf gegen den Klimawandel 545

Thomas Gächter
Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei dringlichen behördlichen Massnahmen 557

Die Auswirkungen des BGG auf das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht

*Alain Griffel**

Inhaltsverzeichnis

I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage 498
II. Bundesrechtliche Anforderungen an den kantonalen Instanzenzug 499
A. Erfordernis eines «oberen Gerichts» als Vorinstanz 499
1. Erfordernis eines Gerichts 499
2. Warum ein «oberes» Gericht? 501
B. Ausnahmen von der Rechtsweggarantie 502
1. «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter» 502
2. Kantonale Ausnahmen? 503
III. Bundesrechtliche Anforderungen an die Beschwerdelegitimation 504
A. Grundsatz der Einheit des Verfahrens 504
B. Mindestanforderungen aufgrund der Rechtsweggarantie 506
IV. Bundesrechtliche Anforderungen an die Kognition 506
A. Umsetzung der Rechtsweggarantie 506
B. Grundsatz der Einheit des Verfahrens 507
V. Schlussbetrachtung 508
Literaturverzeichnis 509

Das öffentliche Verfahrensrecht, dessen Bedeutung in der Praxis kaum überschätzt werden kann, ist einer der Forschungsschwerpunkte von Regina Kiener. Während vieler Jahre haben wir parallel die Bachelor-Vorlesung «Öffentliches Verfahrensrecht» an der Universität Zürich gehalten, im Turnus mit Felix Uhlmann. Unnötig zu erwähnen, dass die beliebte Dozentin Regina Kiener stets einen prallvollen Hörsaal hatte, wogegen Felix Uhlmann und ich uns jeweils mit denjenigen Studierenden begnügen mussten, die bei ihr keinen Platz mehr gefunden hatten. All dies sind Gründe genug, die geschätzte Kollegin mit einem Beitrag zum öffentlichen Verfahrensrecht zu ehren. Der Aufsatz geht der Frage nach, weshalb und

* Prof. Dr. iur., Universität Zürich. Für die Recherche und Zusammenstellung des Materials danke ich meinem Assistenten MLaw Raphael Linder.

inwieweit sich das Bundesgerichtsgesetz (BGG)[1] auf das Organisations- und Verfahrensrecht der Kantone auswirkt.

I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Der Bund verfügt im Bereich des öffentlichen Verfahrensrechts nicht über eine umfassende Rechtsetzungskompetenz, vergleichbar mit jener im Zivilprozessrecht (Art. 122 Abs. 1 BV[2]) und im Strafprozessrecht (Art. 123 Abs. 1 BV). Er ist lediglich befugt, das Verwaltungs- und das Rechtsmittelverfahren auf Bundesebene zu regeln, ebenso die Behörden- und Gerichtsorganisation des Bundes.[3] Auf kantonaler Ebene ist die Regelung des Verfahrens sowie der Behörden- und Gerichtsorganisation deshalb – entsprechend der generellen Kompetenzverteilungsregel von Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV – prinzipiell Sache der Kantone geblieben.[4] Diese verfügen über Organisations- und Verfahrensautonomie.[5] Grundsätzlich massgebend ist deshalb *kantonales Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsverfahrensrecht.*

Der Bundesgesetzgeber ist nur dann befugt, in die kantonale Organisations- und Verfahrensautonomie einzugreifen, wenn ihn entweder die Bundesverfassung dazu ermächtigt (wie im Bereich des Zivil- und des Strafprozessrechts) oder wenn dies aus anderen verfassungsrechtlichen Gründen notwendig ist, namentlich zur Sicherstellung der richtigen und rechtzeitigen Umsetzung des Bundesrechts.[6] In diesem Fall muss der Eingriff überdies verhältnismässig sein.[7] Dass eine einheitliche Regelung bloss wünschbar oder zweckmässig wäre, genügt jedoch nicht.[8] Bundesrechtliche Vorgaben in Bezug auf den kantonalen Rechtsschutz bedürfen mithin einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

---

1 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

3 Vgl. Art. 177 Abs. 3, Art. 187 Abs. 1 lit. d und Art. 188–191c BV.

4 Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung sah der Bundesrat «keine zwingenden Gründe», daran etwas zu ändern (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., S. 518).

5 Die Organisationsautonomie wird in Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV ausdrücklich erwähnt.

6 BGE 128 I 254, E. 3.8.2; vgl. auch Martenet, CR Cst., Art. 47 N 29; Thurnherr, Einheitlichkeit und Vielfalt, S. 80; dies., Spannungsfeld, S. 220.

7 BGE 128 I 254, E. 3.8.2, m.w.H.; vgl. auch Belser/Massüger, BSK BV, Art. 47 N 11, 15; Biaggini, Art. 47 N 8.

8 Dies verkannte der Bundesrat in seiner Botschaft vom 21. Juni 2023 zum sog. Beschleunigungserlass, einer Änderung des Energiegesetzes, welche die Beschleunigung der kantonalen bzw. kommunalen Verfahren im Zusammenhang mit der Planung und Bewilligung von Energieanlagen anstrebt (BBl 2023 1602, S. 23 f.). Die Bundesverfassung ermächtigt den Bund nicht, diese Verfahren zu regeln; und eine Straffung und Vereinheitlichung dieser Verfahren ist zwar wünschbar, zur Umsetzung des Bundesrechts jedoch nicht zwingend erforderlich. Zur eher largen Praxis des Bundes im Allgemeinen vgl. Egli, St. Galler Komm. BV, Art. 47 N 21.

Eine solche kann sich insbesondere aus der *Rechtsweggarantie* (Art. 29a BV) ergeben, weil das Bundesgericht selbst nicht in der Lage ist, sie zu erfüllen; dies in Anbetracht seiner sehr stark eingeschränkten Sachverhaltskognition (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG) und seiner grundsätzlich auf das Bundesrecht beschränkten Rechtskontrolle (vgl. Art. 95 lit. a BGG). Die Rechtsweggarantie muss deshalb im vorangehenden Verfahren gewährleistet werden; wenn sich dieses gegen Akte kantonaler oder kommunaler Behörden richtet, also im kantonalen.[9, 10]

Das BGG wirkt sich deshalb in dreifacher Hinsicht auf das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht aus: auf den kantonalen Instanzenzug (II.), auf die Beschwerdelegitimation im kantonalen Verfahren (III.) und auf die Kognition der kantonalen Rechtsmittelinstanzen (IV.). Der zweite und der dritte Aspekt werden allerdings auch durch den Grundsatz der Einheit des Verfahrens stark beeinflusst.[11]

II. Bundesrechtliche Anforderungen an den kantonalen Instanzenzug

A. Erfordernis eines «oberen Gerichts» als Vorinstanz

1. Erfordernis eines Gerichts

Das BGG statuiert zunächst Anforderungen an den kantonalen Instanzenzug: Es verpflichtet die Kantone, als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts grundsätzlich «obere Gerichte» einzusetzen (Art. 86 Abs. 2 BGG), in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten also den Rechtsmittelweg an ein oberes kantonales Gericht vorzusehen. Dies ist wie dargelegt notwendig, um im kantonalen Verfahren der Rechtsweggarantie Genüge zu tun, weil das Bundesgericht diese selbst nicht erfüllen kann. Dementsprechend gilt diese Anforderung

---

9 Vgl. aber die systemwidrige Ausnahme in Art. 33 lit. i des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG; SR 173.32), wonach Verfügungen kantonaler Instanzen im Sinn von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) zunächst beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können, sofern ein Bundesgesetz dies vorsieht.

10 Mit Blick auf den Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie erachtete der Bundesrat allerdings – über das Gebot der Umsetzung der Rechtsweggarantie hinausgehend – eine verfassungsrechtliche Grundlage (Art. 191b BV) als erforderlich, soweit den Kantonen die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch im Bereich des kantonalen Rechts vorgeschrieben wird (Botschaft BV [Fn. 4], S. 496, 540 f.). Auch dies wird jedoch hinreichend von der Rechtsweggarantie erfasst, so dass eine explizite bzw. weitere Grundlage im organisationsrechtlichen Teil der Verfassung zwar wünschbar, aber nicht zwingend war (ebenso Biaggini, Art. 191b N 1; a.M. Verniory, CR Cst., Art. 191b N 5, 9; Waldmann, BSK BV, Art. 191b N 4).

11 Vgl. zu diesem Grundsatz Kiener/Rütsche/Kuhn, N 110 ff., sowie hinten III.A. und IV.B.

überall dort, wo die Rechtsweggarantie greift, namentlich bei Beschwerden gegen *Entscheide* in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts nach Art. 82 lit. a BGG.

Bei *Erlassanfechtungen* gemäss Art. 82 lit. b BGG gilt das Erfordernis eines oberen Gerichts ebenfalls, allerdings nur dann, wenn und soweit die Kantone gegenüber kantonalen und kommunalen Erlassen die abstrakte Normenkontrolle vorsehen (Art. 87 Abs. 2 BGG). Dazu sind sie aufgrund der Rechtsweggarantie nicht verpflichtet, weil der Erlass einer Rechtsnorm noch keine «Rechtsstreitigkeit» im Sinn von Art. 29a BV darstellt.

In kantonalen *Stimmrechtssachen* gemäss Art. 82 lit. c BGG haben die Kantone «ein Rechtsmittel» vorzusehen (Art. 88 Abs. 2 Satz 1 BGG), wobei das Bundesgericht präzisiert hat, dass es sich um ein Rechtsmittel an ein Gericht handeln muss.[12] Dadurch ist die Rechtsweggarantie gewährleistet,[13] soweit sie im Zusammenhang mit der Ausübung politischer Rechte überhaupt zum Tragen kommt.[14] Dies ist insofern fraglich, als die Rechtsweggarantie *individuelle,* schutzwürdige Rechtspositionen schützt,[15] im Zusammenhang mit politischen Rechten jedoch die *Organfunktion* der Stimmberechtigten im Vordergrund steht (mit einer dementsprechend viel weiteren Legitimationsumschreibung in Art. 89 Abs. 3 BGG, die gerade nicht auf ein persönliches Betroffensein und ein schutzwürdiges Interesse abstellt, wogegen besonders betroffene Nichtstimmberechtigte nicht zur Stimmrechtsbeschwerde legitimiert sind).[16] Dessen ungeachtet scheinen Literatur und Rechtsprechung den Schutzbereich der Rechtsweggarantie auch auf die Ausübung politischer Rechte auszudehnen, zumeist ohne dies kritisch zu hinterfragen.[17] So leitet das Bundesgericht aus Art. 29a und Art. 29 Abs. 1 BV (Anspruch auf ein faires Verfahren) über die Regelung im BGG hinaus sogar einen Anspruch auf Überprüfung der «Regularität» einer eidgenössischen Volksabstimmung ab, wenn nachträglich eine massive Beeinflussung der Stimmberechtigten zutage tritt.[18] – Von der Verpflichtung, in kantonalen Stimmrechtssachen ein Rechtsmittel vorzusehen, sind Akte

---

12 BGer, 1P.338/2006, 1P.525/2006 vom 12. Februar 2007, E. 3.10 (ZBl 2007 313 ff.), bestätigt in BGer, 1C_185/2007 vom 6. November 2007, E. 1.2.

13 Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N 1916; vgl. auch BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 4.1 (BGE-Publ.).

14 Bejahend Kiener, S. 250; Kölz/Häner/Bertschi, N 1709, unter Hinweis auf die Justiziabilität von Stimmrechtssachen (was indes allein noch nicht genügt). Der Bundesrat hat dies bewusst «der zukünftigen Auslegung der Rechtsweggarantie überlassen» (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., S. 4327).

15 BGE 143 I 336, 4.1; Biaggini, Art. 29a N 6; Grodecki, CR Cst., Art. 29a N 28; Kiener/Rütsche/Kuhn, N 200; Krause, N 16; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, N 427.

16 Vgl. Krause, N 311 ff.

17 Krause verneint die Anwendbarkeit der Rechtsweggarantie, wenn ein Beschwerdeführer im Rahmen einer Stimmrechtsbeschwerde ausschliesslich öffentliche Interessen geltend macht (N 326 f.). Der Anwendungsbereich von Art. 29a BV sei aber dennoch «stets eröffnet», weil regelmässig auch private Interessen zumindest mitverfolgt werden dürften (N 328). Der Autor folgert daraus abgestufte Anforderungen an zulässige Ausnahmen von der Rechtsweggarantie (N 405 ff.).

18 BGE 138 I 61, E. 4.3; 145 I 207, E. 1.1 (Pra 2019 Nr. 74); vgl. auch BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 4.3 (BGE-Publ.).

der kantonalen Parlamente und Regierungen ausgenommen (Art. 88 Abs. 2 Satz 2 BGG). Diese können direkt beim Bundesgericht angefochten werden, wenn das kantonale Recht keine Anfechtungsmöglichkeit vorsieht (vgl. Art. 88 Abs. 1 lit. a BGG).[19] Gegen Rekurs- bzw. Beschwerdeentscheide der Regierung oder des Parlaments muss jedoch ein kantonales Rechtsmittel an ein Gericht bestehen (nicht aber gegen Einspracheentscheide).[20]

Das Erfordernis eines «oberen Gerichts» als Vorinstanz gilt nicht nur dann, wenn die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Verfügung steht, sondern – kraft Verweisung – auch im Anwendungsbereich der *subsidiären Verfassungsbeschwerde* (Art. 114 BGG).

Übergangsrechtlich hatten die Kantone nach dem Inkrafttreten des BGG am 1. Januar 2007 zwei Jahre Zeit, ihre Gerichtsorganisation und ihre Zuständigkeitsordnung den Vorgaben des BGG anzupassen (Art. 130 Abs. 3 BGG).

Weitere Anforderungen an den kantonalen Instanzenzug statuiert das BGG nicht – und es dürfte dies auch nicht tun, weil es zur Implementierung der Rechtsweggarantie nicht notwendig wäre. So verlangt das BGG keinen doppelten kantonsinternen Instanzenzug, schreibt den Kantonen nicht vor, ein einheitliches Gericht für sämtliche öffentlich-rechtlichen Materien zu schaffen, und macht auch keine Vorgaben bezüglich der Benennung und Besetzung des oberen Gerichts sowie der Grösse des Spruchkörpers. Dies alles verbleibt weiterhin in der Autonomie der Kantone. Hingegen setzt das Erfordernis eines oberen Gerichts nach Lehre und Rechtsprechung voraus, dass das Gericht für das *ganze Kantonsgebiet* zuständig und hierarchisch *keiner anderen Gerichtsinstanz unterstellt* ist.[21] Kann gegen die Entscheide des infrage stehenden Gerichts noch ein ordentliches Rechtsmittel an eine andere kantonale Instanz erhoben werden, so ist diese Voraussetzung nicht erfüllt.[22]

2. Warum ein «oberes» Gericht?

Fraglich ist indessen, ob der Gesetzgeber befugt war, den Kantonen die Einsetzung eines «oberen» Gerichts als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts vorzuschreiben.[23] Dies wird vereinzelt bejaht und mit der Befugnis des Bundes zur Regelung der Prozessvoraus-

---

19 Für den Bundesrat war «der überwiegend politische Charakter in diesen Angelegenheiten unbestreitbar gegeben», so dass eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie gerechtfertigt sei (Botschaft Bundesrechtspflege [Fn. 14], S. 4327). Vgl. auch Kiener, S. 250; Krause, N 165 ff.

20 BGE 143 I 426, E. 3.1; BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 4.1 (BGE-Publ.).

21 BGE 135 II 94, E. 4.1; Tophinke, BSK BGG, Art. 86 N 14a.

22 Dabei ist massgebend, dass die Entscheide des Gerichts generell und nicht bloss im betreffenden Sachbereich nicht an eine höhere kantonale Instanz weitergezogen werden können (BGE 135 II 94, E. 4.1; Tophinke, BSK BGG, Art. 86 N 14a).

23 Zum Vorbehalt in Art. 86 Abs. 2 BGG, wonach auch eine untere richterliche Behörde als Vorinstanz eingesetzt werden kann, wenn ein anderes Bundesgesetz dies vorsieht, vgl. Tophinke, BSK BGG, Art. 86 N 15; die dort erwähnte BGG-Revision ist inzwischen gescheitert.

setzungen im Verfahren vor dem Bundesgericht gemäss Art. 188 Abs. 2 BV begründet.[24] Das vermag jedoch nicht zu überzeugen. Es ist für das Bundesgericht gewiss angenehm, nur «hochwertige» Gerichtsinstanzen als Vorinstanzen zu haben; die *Rechtsweggarantie* kann jedoch auch von mittleren Gerichtsinstanzen wie z.B. dem Baurekurs- oder dem Steuerrekursgericht des Kantons Zürich erfüllt werden. Das allein ist der Massstab für die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Organisationsautonomie der Kantone.[25] Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 110 BGG denn auch selbst zum Ausdruck gebracht, dass er sich durchaus bewusst war, dass die Rechtsweggarantie nicht nur durch ein oberes Gericht, sondern auch durch «eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde» umgesetzt werden kann. Kraft Art. 190 BV ist das gesetzliche Erfordernis eines oberen Gerichts aber selbstverständlich massgebend.

Auch Art. 87 Abs. 2 BGG, wonach die Kantone bei *Erlassanfechtungen* – soweit vorgesehen – ein oberes Gericht als Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen müssen, ist durch die Rechtsweggarantie nicht «gedeckt», weil die abstrakte Normenkontrolle von dieser wie erwähnt gar nicht erfasst wird.

B. Ausnahmen von der Rechtsweggarantie

1. «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter»

Art. 29a Satz 2 BV erlaubt es Bund und Kantonen, auf dem Weg der Gesetzgebung «die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen aus[zu]schliessen», also Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorzusehen. Die *Verfassung* nennt jedoch keinerlei Kriterien, wann eine Ausnahme gerechtfertigt ist. Die bundesrätliche Botschaft erwähnt lediglich «mangelnde Justiziabilität (z.B. Regierungsakte, bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen, die einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich sind), spezielle Ausgestaltung der demokratischen Mitwirkungsrechte in einem Kanton und damit verbundene Argumente der Gewaltentrennung (z.B. referendumsfähige Beschlüsse des Parlamentes)».[26] Im Vordergrund stehen eigentliche «actes de gouvernement»[27], etwa im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit.

---

[24] Kiss/Koller, St. Galler Komm. BV, 3. Aufl. 2014, Art. 188 N 25; BGer, 4A_546/2013 vom 13. April 2014, E. 3.3.2.

[25] Kritisch auch Waldmann, BSK BV, Art. 191b N 6; Langer, St. Galler Komm. BV, Art. 191b N 8 f.

[26] Botschaft BV (Fn. 4), S. 524. Eine wichtige Ausnahme von der Rechtsweggarantie hat die Verfassung aus Gründen der Gewaltenteilung (so Botschaft BV [Fn. 4], a.a.O.) selbst vorgesehen: Akte der Bundesversammlung und des Bundesrats können – gesetzliche Gegenausnahmen vorbehalten – beim Bundesgericht nicht angefochten werden (Art. 189 Abs. 4 BV).

[27] Grodecki, CR Cst., Art. 29a N 35; Kiener/Rütsche/Kuhn, N 206; Seiler, HK BGG, Art. 86 N 30. Die «actes de gouvernement» werden allerdings teilweise als *unechte* Ausnahmen qualifiziert, die gar nicht in den Anwendungsbereich von Art. 29a BV fallen (so Waldmann, BSK BV,

Der *Bundesgesetzgeber* konkretisierte dies in Art. 86 Abs. 3 BGG mit der Formulierung «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter»: Für solche können die Kantone «anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen». Sie können in diesen Fällen also einen rein verwaltungsinternen Instanzenzug vorsehen, der insbesondere beim Regierungsrat endet, oder Beschlüsse der Regierung oder des Kantonsparlaments von der innerkantonalen Anfechtbarkeit ausnehmen.[28]

Auch der unbestimmte Rechtsbegriff «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter» ist indes sehr offen formuliert. Die Gesetzesmaterialien erläutern ihn nicht näher; die bundesrätliche Botschaft nennt lediglich kantonale Richtpläne als Beispiel.[29] Gemäss Literatur und Rechtsprechung ist der Begriff eng auszulegen: Dass eine Angelegenheit – z.B. die Erteilung einer Wassernutzungskonzession[30] – auch eine politische Komponente aufweist oder ein grosses behördliches Ermessen beinhaltet, genügt nicht;[31] der *politische Charakter* muss vielmehr *klar dominieren*.[32] «Der Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung kann wegen des politischen Inhalts eines Entscheids oder seines politischen Umfelds in Frage kommen, etwa weil er von den obersten politischen Behörden (Parlament oder Regierung) getroffen wird, allenfalls unter Mitwirkung des Volks […].»[33]

2. Kantonale Ausnahmen?

Art. 29a Satz 2 BV gestattet es nicht nur dem Bund, sondern auch den Kantonen, auf dem Weg der Gesetzgebung Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorzusehen. Die Meinung des Verfassungsgebers war, dass der kantonale Gesetzgeber nur für das *kantonale Recht* Ausnahmen von der Rechtsweggarantie statuieren kann.[34] Es fragt sich indessen, welchen Spielraum die Kantone diesbezüglich (noch) haben.

Bei «Entscheiden in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts» im Sinn von Art. 82 lit. a BGG – also im Rahmen der *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* – ist die Vorinstanzenregelung gemäss Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG massgebend; hier vermögen nur «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter» eine Ausnahme zu begründen. Fällt ein kantonaler Entscheid in den Ausnahmekatalog von Art. 83 BGG, so kommt die *sub-*

Art. 29a N 23; Biaggini, Art. 29a N 10). Unzutreffend BGE 130 I 312, E. 4.2 (Pra 2006 Nr. 37), wo das Bundesgericht die Schranken von Art. 36 BV als massgebend erachtete.

28 Vgl. BGE 136 I 265, E. 1.1, betreffend den kantonalen Richtplan im Kanton Zürich.

29 Botschaft Bundesrechtspflege (Fn. 14), S. 4228, 4327.

30 BGE 136 II 436, E. 1.3.

31 Bezüglich Ermessen vgl. BGE 149 I 146, E. 3.4.1 f.

32 BGE 136 I 42, E. 1.5.4 (Pra 2010 Nr. 69).

33 BGE 147 I 1, E. 3.3.2. Vgl. die kasuistischen Übersichten bei Aemisegger, PK BGG, Art. 86 N 40 ff.; Kölz/Häner/Bertschi, N 1394 ff.; Seiler, HK BGG, Art. 86 N 32 f.; Tophinke, BSK BGG, Art. 86 N 20 ff.; Waldmann, BSK BV, Art. 29a N 26.

34 Botschaft BV (Fn. 4), S. 524.

sidiäre Verfassungsbeschwerde zur Anwendung (Art. 113 BGG); ebenso in Staatshaftungs- und Personalrechtsstreitigkeiten, in denen die Streitwertgrenze gemäss Art. 85 Abs. 1 BGG nicht erreicht ist und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn von Abs. 2 stellt. In diesen Fällen verweist Art. 114 BGG «sinngemäss» auf Art. 86 BGG; die dort vorgesehene Vorinstanzenregelung gilt also auch im Anwendungsbereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde.

Das heisst: Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG kommen bei allen kantonalen «Entscheiden in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts» zur Anwendung, da sie auf Stufe Bundesgericht entweder mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden können. Somit besteht für all diese Fälle eine *umfassende und damit abschliessende bundesrechtliche Regelung.* Mit der Einfügung der subsidiären Verfassungsbeschwerde ins BGG im Lauf des parlamentarischen Verfahrens hat der Gesetzgeber den Kantonen die Möglichkeit genommen, eigene, über Art. 86 Abs. 3 BGG hinausgehende Ausnahmen im Sinn von Art. 29a Satz 2 BV vorzusehen, weil infolgedessen sämtliche kantonalen Entscheide ans Bundesgericht weitergezogen werden können. Die Verfassung schützt die Kantone denn auch nicht vor Einschränkungen des – ohnehin sehr engen – Regelungsspielraums durch den Bundesgesetzgeber.[35]

III. Bundesrechtliche Anforderungen an die Beschwerdelegitimation

A. Grundsatz der Einheit des Verfahrens

Art. 89 BGG umschreibt in differenzierter, wenn auch nicht ganz abschliessender Weise[36] die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Art. 111 Abs. 1 BGG ergänzt dazu: «Wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist, muss sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können.» Soweit auf Bundesebene die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Verfügung steht, ist die im Vergleich zur früheren staatsrechtlichen Beschwerde und zur heutigen subsidiären Verfassungsbeschwerde[37] weiter umschriebene Beschwerdelegitimation gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG – wonach kein

---

35 Kölz/Häner/Bertschi, N 109.

36 So ist die sehr weit gefasste Beschwerdelegitimation bei der *Erlassanfechtung,* wo ein «virtuelles» (gemeint: potenzielles) Interesse – d.h. die minimale Wahrscheinlichkeit, dass der Erlass einmal auf die beschwerdeführende Person angewendet werden könnte – genügt, im Gesetz unverständlicherweise nicht geregelt, obwohl der Bundesrat dies in seiner Botschaft explizit festhielt («wie bisher nur virtuell»; Botschaft Bundesrechtspflege [Fn. 14], S. 4329). Vgl. dazu Kiener, S. 263 ff.

37 Vgl. Art. 115 lit. b BGG.

rechtlich geschütztes Interesse mehr erforderlich ist, sondern ein besonderes Berührtsein in schutzwürdigen Interessen ausreicht – also auch im kantonalen Verfahren massgebend. Dies im Sinne einer Mindestanforderung: Die Kantone dürfen die Legitimation zwar weiter fassen – bis hin zur Popularbeschwerde –, aber *nicht enger*.[38] Insbesondere dürfen sie kein rechtlich geschütztes Interesse verlangen. Das ist nicht eine Folge der Rechtsweggarantie, zumal diese gar keine Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht vorschreibt, sondern ergibt sich aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens (so auch die Sachüberschrift von Art. 111 BGG). Dessen rechtliche Fundierung liegt auf der Hand: Könnte die Legitimation im kantonalen Verfahren enger gefasst werden, so würde es bundesrechtlich legitimierten Parteien im Differenzbereich verunmöglicht, bis ans Bundesgericht zu gelangen. Dadurch würde Bundesrecht vereitelt, was ein hinreichender Grund für eine Einschränkung der kantonalen Autonomie ist.[39]

Der Grundsatz der Einheit des Verfahrens – auch als Grundsatz der Verfahrenseinheit bezeichnet[40] – wurde 1991 für den Anwendungsbereich der damaligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde als Art. 98a Abs. 3 ins OG[41] eingefügt,[42] das Vorläufergesetz des BGG. Weil mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch kantonale Entscheide angefochten werden können, die sich auf *kantonales oder kommunales Recht* stützen, ist seine Tragweite heute jedoch wesentlich grösser als zuvor.[43]

Das soeben Ausgeführte gilt auch für die *besonderen Beschwerderechte* gemäss Art. 89 Abs. 2 BGG (Behördenbeschwerderecht[44], Verbandsbeschwerderecht, Autonomiebeschwerde) sowie für die Legitimation zur *Stimmrechtsbeschwerde* nach Art. 89 Abs. 3 BGG. Auch diese dürfen im kantonalen Verfahren nicht enger gefasst werden.

Der Grundsatz der Einheit des Verfahrens kommt durchgehend vor allen kantonalen Instanzen zum Tragen und bezieht sich auch auf den Parteibegriff. Insoweit – was die *Parteistellung* anbelangt – ist also bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren der bundesrechtliche Parteibegriff (vgl. dazu Art. 6 VwVG) im Sinne einer Mindestanforderung massgebend.[45]

---

38 BGE 144 I 43, E. 2.1 (Pra 2018 Nr. 92); BGE 137 II 30, E. 2.2.1.

39 Kölz/Häner/Bertschi, N 107.

40 So etwa Kiener/Rütsche/Kuhn, N 110 ff.

41 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG]) vom 16. Dezember 1943 (BS 3 531).

42 AS 1992 288.

43 Thurnherr, Einheitlichkeit und Vielfalt, S. 86; dies., Spannungsfeld, S. 229; vgl. auch Kiener, S. 248, betreffend die Einsetzung einer richterlichen Vorinstanz.

44 Vgl. dazu Botschaft Bundesrechtspflege (Fn. 14), S. 4349 f.

45 Ehrenzeller, BSK BGG, Art. 111 N 4 f.; Seiler, HK BGG, Art. 111 N 6.

B. Mindestanforderungen aufgrund der Rechtsweggarantie

Unabhängig vom Grundsatz der Einheit des Verfahrens limitiert auch die Rechtsweggarantie die Möglichkeit der Kantone, die Beschwerdelegitimation einzuschränken. Den Kantonen ist es untersagt, die Beschwerdelegitimation zu eng zu fassen und den *Zugang zu einem Gericht* dadurch *indirekt zu vereiteln,* auch wenn der Grundsatz der Einheit des Verfahrens nicht greift. So wäre es beispielsweise nicht mit der Rechtsweggarantie vereinbar, zur Verhinderung bzw. Eindämmung missbräuchlicher nachbarlicher Rekurse gegen Bauprojekte die Beschwerdelegitimation von Nachbarn auszuschliessen, soweit diese die Verletzung von kantonalem oder kommunalem Recht rügen (was vor dem Bundesgericht unterhalb der Schwelle der Willkür nicht möglich ist). Auch das Erfordernis eines aktuellen und praktischen Interesses an der Beschwerdeführung kann in einem Spannungsfeld zur Rechtsweggarantie stehen, wenn es zu restriktiv gehandhabt wird.[46]

IV. Bundesrechtliche Anforderungen an die Kognition

A. Umsetzung der Rechtsweggarantie

Die Rechtsweggarantie verlangt, dass im gesetzlich vorgesehenen Instanzenzug mindestens ein Gericht über volle Kognition in Bezug auf den Sachverhalt und die Rechtsanwendung (einschliesslich qualifizierter Ermessensfehler) verfügt.[47] Weil das Bundesgericht diese Anforderung nicht erfüllt, muss sie im unterinstanzlichen Verfahren erfüllt werden. Dementsprechend statuiert Art. 110 BGG Folgendes: «Soweit die Kantone nach diesem Gesetz als letzte kantonale Instanz ein Gericht einzusetzen haben, gewährleisten sie, dass dieses selbst oder eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde den Sachverhalt frei prüft und das massgebende Recht von Amtes wegen anwendet.» Damit hat der Bundesgesetzgeber den Kantonen passgenau insoweit Vorgaben gemacht, als es nötig ist, um die Rechtsweggarantie umzusetzen. Zu beachten ist, dass die Kantone aufgrund der Rechtsweggarantie frei sind und dementsprechend auch durch Art. 110 BGG nicht eingeengt werden (dürfen), das *oberste* oder ein *tieferstufiges Gericht* mit der erforderlichen Kognition auszustatten. Unterhalb dieses Gerichts müssen alle Instanzen über eine mindestens gleich weite Kognition verfügen, da diese nicht enger sein darf.[48]

---

46 Vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, N 1451 f.

47 Nicht erforderlich ist eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle, d.h. eine Kontrolle der einfachen Ermessensausübung.

48 Ehrenzeller, BSK BGG, Art. 110 N 14; Seiler, HK BGG, Art. 110 N 6.

Freie Sachverhaltsprüfung bedeutet, dass umfassend geprüft werden muss, ob der massgebende Sachverhalt richtig und vollständig ermittelt wurde.[49] Deshalb dürfen dem kantonalen «Rechtsweggarantie-Gericht» auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden.[50]

Rechtsanwendung von Amtes wegen bedeutet, dass das kantonale Gericht die sich stellenden Rechtsfragen von sich aus und nicht bloss auf eine entsprechende Rüge hin zu prüfen hat, sofern die Beschwerde hinreichend substanziiert ist und es damit erlaubt, den Streitgegenstand zu bestimmen. Rechtsanwendung von Amtes wegen darf nur innerhalb des Streitgegenstandes erfolgen.[51] Die Pflicht zur Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt auch dann, wenn im nachfolgenden bundesgerichtlichen Verfahren gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG das Rügeprinzip zur Anwendung kommt.[52] Den Kantonen ist es mithin untersagt, für die mit der Umsetzung der Rechtsweggarantie betraute gerichtliche Instanz ein entsprechendes Rügeprinzip einzuführen.[53] Desgleichen gilt die Pflicht zur mindestens einmaligen umfassenden Rechtsanwendung von Amtes wegen, wenn ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid, der nicht vorwiegend politischen Charakter hat, vor dem Bundesgericht nur mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde anfechtbar ist, auch wenn dort nur noch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 116 BGG).[54]

B. Grundsatz der Einheit des Verfahrens

Darüber hinaus verlangt Art. 111 Abs. 3 BGG, dass die *unmittelbare Vorinstanz* des Bundesgerichts – bei kantonalen Entscheiden also die letzte kantonale Instanz – mindestens die Rügen nach den Artikeln 95–98 prüfen können muss, d.h. jene Rügen, die auch vor dem Bundesgericht erhoben werden können. Andernfalls müsste sich das Bundesgericht mit Rügen befassen, die vor der Vorinstanz nicht thematisiert werden konnten.[55] Dabei reicht die blosse Befugnis, eine Rüge zu prüfen, nicht aus. Würde das Bundesgericht die Rüge in einer vergleichbaren Situation materiell behandeln, so muss dies auch die Vorinstanz tun,[56] und die Rüge muss frei überprüfbar sein.[57] Das ergibt sich wiederum aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens und ist auch dann zu beachten, wenn die Vorinstanz – in Angelegenheiten mit vorwiegend politischem Charakter – eine nichtrichterliche ist.[58] Das Bundesrecht

---

49 Ehrenzeller, BSK BGG, Art. 110 N 17.

50 BGE 135 II 369, E. 3.3.

51 Seiler, HK BGG, Art. 110 N 15.

52 Ehrenzeller, BSK BGG, Art. 110 N 19; Seiler, HK BGG, Art. 110 N 14.

53 Seiler, HK BGG, Art. 110 N 16.

54 Widersprüchlich Ehrenzeller, BSK BGG, Art. 110 N 21.

55 Kiener/Rütsche/Kuhn, N 110; vgl. BGE 133 III 634, E. 1.1.3.

56 BGE 137 I 296, E. 4.1 (Pra 2012 Nr. 25).

57 BGE 133 III 687, E. 1.3.

58 Ehrenzeller, BSK BGG, Art. 111 N 3.

lässt «keinen Raum mehr dafür, dass eine letzte kantonale Instanz nur eine eingeschränkte Kognition hat, so dass bezüglich anderer Rügen direkt gegen den Entscheid der unteren Instanz die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig wäre».[59]

In Fällen, die lediglich mit *subsidiärer Verfassungsbeschwerde* ans Bundesgericht weitergezogen werden können, wäre es unter dem Aspekt der Einheit des Verfahrens zumindest theoretisch zulässig, die Kognition der unmittelbaren Vorinstanz auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte zu beschränken.[60] Wenn die unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts ein Gericht sein muss – also in Angelegenheiten, die keinen überwiegend politischem Charakter aufweisen –, kommt jedoch auch in diesen Fällen Art. 110 BGG zur Anwendung.

V. Schlussbetrachtung

Die Rechtsweggarantie hat, wie dargelegt, weitreichende Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation und das Verfahren in den Kantonen. Das kantonale Verfahrensrecht wird aber noch durch andere Faktoren geprägt und vereinheitlicht: durch weitere verfassungsmässige Garantien wie etwa den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV),[61] durch die Verfahrensmaximen, die allen Verfahrensordnungen gleichsam hinterlegt sind, und durch den Grundsatz der Einheit des Verfahrens. Dadurch ist in weiten Teilen eine Art «gemeineidgenössisches öffentliches Verfahrensrecht» entstanden,[62] ein komplexes, im Kern relativ homogenes System mit zahllosen Differenzierungen an den Rändern. Diese Komplexität ist der Preis für eine ausgeprägt föderalistische Staatsform wie die schweizerische. Eine solche ist nicht nur politisch, sondern auch rechtlich anspruchsvoll – insbesondere für die Studierenden, um den Bogen zur Einleitung zu schlagen. Regina Kiener hat ihnen dieses komplexe System während Jahrzehnten erfolgreich vermittelt und vertraut gemacht. Dafür sind ihr Generationen ehemaliger Studierender dankbar.

---

59 BGE 145 I 121, E. 1.3.3.

60 Ehrenzeller, BSK BGG, Art. 111 N 17.

61 Vgl. etwa Thurnherr, Einheitlichkeit und Vielfalt, S. 80 ff.

62 Ehrenzeller, BSK BGG, Art. 110 N 6; Kölz/Häner/Bertschi, N 127.

Literaturverzeichnis

Biaggini Giovanni, BV Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2 Bde., 4. Aufl., Zürich/St. Gallen, Zürich/Genf 2023 (zit. Bearbeiter/in, St. Galler Komm. BV, Art. ... N ...)

Kiener Regina, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz (Berner Tage für die juristische Praxis 2006), Bern 2007, S. 219 ff.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

Krause José, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte – Insbesondere mit Blick auf Probleme bei der Beschwerde in eidgenössischen Stimmrechtssachen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017

Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale – Commentaire romand, 2 Bde., Basel 2021 (zit. Bearbeiter/in, CR Cst., Art. ... N ...)

Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. Bearbeiter/in, BSK BGG, Art. ... N ...)

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht – Grundlagen und Bundesrechtspflege, 4. Aufl., Basel 2021

Seiler Hansjörg/von Werdt Nicolas/Güngerich Andreas/Oberholzer Niklaus, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. Bearbeiter/in, HK BGG, Art. ... N ...)

Spühler Karl/Aemisegger Heinz/Dolge Annette/Vock Dominik, Bundesgerichtsgesetz (BGG) – Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. Bearbeiter/in, PK BGG, Art. ... N ...)

Thurnherr Daniela, Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – Die kantonale Verfahrensautonomie auf dem Prüfstand, BVR 2015, S. 74 ff. (zit. Thurnherr, Einheitlichkeit und Vielfalt)

– Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung, BJM 2013, S. 217 ff. (zit. Thurnherr, Spannungsfeld)

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. Bearbeiter/in, BSK BV, Art. ... N ...)

ISBN 978-3-03891-783-0