

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

cornelia.perler@bj.admin.ch

Schaffhausen, 22.02.2016

Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes

Stellungnahme von Aqua Viva

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt Aqua Viva zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Stellung. Als nach VBO (SR 814.076) vom Bund zur Verbandsbeschwerde berechnigte Naturschutzorganisation ist Aqua Viva durch die vorgeschlagene Änderung des VwVG in der Ausübung ihres gesetzlich garantierten Verbandsbeschwerderechts stark betroffen.

1. Grundsätzliche Erwägungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet wird. **In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.**

Dies trifft aber nicht zu für die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen die **Überprüfungsbefugnis (Kognition) des**

Bundesverwaltungsgerichts massiv einschränken. Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, wären nach der Revision dieses Artikels kaum mehr möglich. Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die mit Bezug auf die Frage der Unangemessenheit nicht mehr überprüft werden könnten.

Eine solche Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Natur- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision.

Wir beschränken uns im Folgenden auf diesen Art. 49 VwVG.

Hingegen begrüssen wir die Verbesserung des Verbandsbeschwerderechts dadurch, dass neu Entscheide auf dem Gebiet des Kernenergierechts nicht mehr von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen sind (Art. 83 Bst. n BGG und Art. 83 E-BGG).

2. Stellungnahme im Einzelnen zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Der heutige Art. 49 VwVG lautet:

E. Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen:

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;
- b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes;
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

Mit der Revision will man den Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

c. Unangemessenheit.

2 Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

- a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;
- b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder
- c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.

Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden, wenn es sich nicht um eine Verfügung handelt

- über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen oder
- über Sozialversicherungsleistungen

Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes, zum Beispiel BAFU, BAZL oder UVEK insbesondere im Bereich Natur- und Umweltschutz in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes und indirekt des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Heute kann gegen eine Verfügung des BAFU oder UVEK eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und dort "Unangemessenheit" geltend gemacht werden. Möglich wäre neu nur noch eine Überprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss BGer, Urteil 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten

Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG). (3.1.2)

Diese vom Bundesgericht unterstützte Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Dies hätte gerade im Natur- und Umweltschutz grosse Konsequenzen. Im Wissen darum, dass eine Überprüfung verunmöglicht ist, könnten Behörden des Bundes unangemessene Entscheide fällen, die sie heute im Wissen um die bestehende Rekursmöglichkeit nicht fällen. Es wären vermehrt auch, sagen wir es mit direkten Worten, mit „schludrigen“ Entscheiden der Bundesbehörden zu rechnen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen ist nicht nur nachteilig, sondern auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2 m.w.H.).

Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).

Um die Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass gerade im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein grosser Ermessensspielraum besteht. Die Behörden treffen aber gelegentlich unangemessene Entscheide.

In solchen Fällen — im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6319/2011 vom 17. September 2012 ging es beispielsweise um ein Ausführungsprojekt zur Reaktivierung des Wildtierkorridors, welches die Beschwerdeführer als ungeeignet erachteten — hatte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung primär (aber immerhin!) abzuklären, ob alle berührten Interessen ermittelt und beurteilt sowie ob die möglichen Auswirkungen des Projekts bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Gefordert war also im jenem Fall, ob es keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gibt und ob davon ausgegangen werden kann, dass die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (so auch BGE 133 II 35 E. 3; BVGE 2010/9 E. 4.3 S. 230, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1187/2011 vom 29. März 2012 E. 2 und A-1619/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 3 und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 446c f.).

Auch im Urteil A-2030/2010 betreffend Eingriffe gegen eine Brutkolonie des Kormorans in einem international bedeutenden Wasservogelschutzgebiet des Bundes hatte das Bundesverwaltungsgericht unter anderem zu prüfen, ob der Entscheid der Behörde unangemessen sei (2.1). Es kam zu folgendem Schluss¹: «Das BVGer hat diese Verfügung aufgehoben, weil sie Artikel 9 Absatz 1 der WZVV verletzt. Gemäss BVGer liegt der Schaden, den die Berufsfischer durch die Kormorane erleiden, weit unter dem vom BAFU angegeben Wert (lediglich 2,5 % und nicht 6 % der Bruttoerträge). Dies ist nicht ausreichend, um solche Massnahmen zu rechtfertigen, die ihrerseits einen untragbaren Schaden voraussetzen. Ausserdem würden die bewilligten Massnahmen nur in beschränktem Ausmass die Bestände regulieren.

¹

<http://www.bvger.ch/medien/medienmitteilungen/00688/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6lONTUO42l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2YuqZ26gpJCDdlR6fWym162epYbg2c JjKbNoKSn6A-->

Auch sind sie nicht geeignet, die Netzschäden wirksam zu vermeiden». Wäre die in der Revision vorgeschlagene Regelung im Jahre 2011 bereits in Kraft gewesen, hätte das Bundesverwaltungsgericht eine solche Unangemessenheit gar nicht überprüfen können. Es wäre äusserst stossend und rechtsstaatlich fragwürdig, wenn wegen einer unnötigen, umstrittenen und zur „Entlastung“ des Bundesverwaltungsgerichts untauglichen Revision diese Verfügung der Behörden Rechtskraft erlangt hätte. Damit würde heute an unzähligen Orten ungerechtfertigterweise gegen eine Vogelart in national und international bedeutenden bundesrechtlichen Schutzgebieten vorgegangen.

Auch die Richterinnen und Richter insbesondere am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht sind klar gegen diese Revision (Erläuternder Bericht S. 12 ff.). Hingegen sind die Argumente des Bundesrates für die Änderung ausgesprochen dürftig.

Generell würde den verfügenden Verwaltungsbehörden nicht nur ein falsches Signal gegeben, es würden sich auch neue, völlig unnötige Diskussionen und damit Streitigkeiten ergeben zur Abgrenzung der Ermessensfragen von den Rechts- und Sachverhaltsfragen.

Die Aussage im letzten Abschnitt von Ziff. 2.3 des erläuternden Berichts würde zudem bedeuten, dass wegen der Änderung von Art. 49 VwVG allenfalls eine weitere Gesetzesänderung nötig würde, um im NHG die Überprüfung der Unangemessenheit in Sachen Naturschutz und nötigenfalls auch in anderen Gesetzen wieder zuzulassen. Das erachten wir als schlicht nicht zielführend. Nachdem «verschiedene Spezialgesetze für ihren Bereich» eine Rüge der Unangemessenheit bereits ausschliessen, ist das Problem in diesen Bereichen gelöst. In den anderen Bereichen ist, wie wir hier gezeigt haben, die Beibehaltung wichtig. Es braucht demnach keine Revision von Art. 49 VwVG.

Aus allen diesen Gründen stellen wir den Antrag, den Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrags und grüssen Sie freundlich

Aqua Viva



Thomas Weibel
Präsident Aqua Viva



Antonia Eisenhut
Geschäftsführerin Aqua Viva

E 22. März 2016

Act

G4.153/MNLO, Postfach 357
8401 Winterthur

A-POST

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Für Sie zuständig AXA Winterthur
KPVs
General Guisan-Strasse 40
Postfach 357
8401 Winterthur

Ihre Ansprechperson Lorenzo Manfredini
Telefon +41 58 215 28 75
E-Mail lorenzo.manfredini@axa-winterthur.ch

Winterthur, 21.03.2016

**Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)
Stellungnahme der AXA**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf das Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG), das vom Bundesrat am 12. November 2015 eröffnet wurde. Leider hat die AXA erst nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist Kenntnis von diesem Verfahren erhalten und konnte deshalb die Frist bis zum 29. Februar 2016 nicht einhalten.

Als marktführender und grösster privater Unfallversicherer der Schweiz ist die AXA von der geplanten BGG-Revision, insbesondere von der vorgesehenen Streichung von Art. 97 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 3 BGG in speziellem Masse betroffen. Aufgrund der besonderen Tragweite und Bedeutung dieser Änderung erlauben wir uns ausserhalb der angesetzten Vernehmlassungsfrist dazu materiell Stellung zu nehmen, wobei wir in Ergänzung zu den nachfolgenden Ausführungen auch auf die Vernehmlassung der SUVA vom 29.02.16 verweisen, der wir uns inhaltlich uneingeschränkt anschliessen können.

Relevante Revisionsbestimmungen: Streichung von Art. 97 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 3 BGG

Die geplante Revision sieht u.a. vor, die Ausnahmeregelungen gemäss Art. 97 Abs. 2 BGG und Art. 105 Abs. 3 BGG zu streichen. Diese Änderung hat zur Folge, dass die Kognition des Bundesgerichtes auch bei Streitigkeiten über Geldleistungen der (obligatorischen) Unfallversicherung auf die Beurteilung von reinen Rechtsfragen beschränkt wäre. Begründet wird diese Änderung mit der angestrebten Entlastung des Bundesgerichtes.

Diese Änderung erachtet die AXA als nicht ausgewogen und auch materiell als nicht sinnvoll, weil sie in der praktischen Anwendung zu einer erheblichen Einschränkung des Rechtsschutzes bei einer grossen Zahl von Streitigkeiten der Unfallversicherung führen würde, und weil durch die Änderung zugleich auch eine sinnvolle Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes teilweise verhindert würde.

Begründung:

Bei der Unfallversicherung als **Kausalversicherung** ist in der praktischen Anwendung im Einzelfall oft sehr schwierig bis unmöglich, eine klare Trennung von Rechts- und Tatsachenfragen vorzunehmen. Bejaht oder verneint das Gericht einen Kausalzusammenhang, so kann dieser Entscheid auf eine (u.U. falsche) Rechtsanwendung, eine (u.U. falsche) Sachverhaltsermittlung oder (was meis-

tens der Fall ist) auf eine Mischung dieser beider Elemente zurückzuführen sein. Aus der Urteils-Begründung allein geht häufig nicht klar hervor, welche Konstellation vorliegt. Selbst erfahrene und geübte Rechtsanwälte haben regelmässig Mühe bei dieser Abgrenzung. In vielen Fällen wird somit für die Parteien bereits à priori nicht ganz klar sein, ob sie einen kantonalen Entscheid tatsächlich anfechten können oder nicht.

Aufgrund dieser Ausgangslage und der starken Verzahnung von Recht- und Tatsachenfragen bei Kausalversicherungen, ist auch nicht mit einer signifikanten Entlastung des Bundesgerichtes zu rechnen. Dies umso weniger, als die Parteien nach wie vor zahlreiche verfahrensrechtliche Rechtsverletzungen i.S. von Art. 105 Abs. 2 BGG bei der Beweiswürdigung geltend machen können. Im Ergebnis wird die geplante Revision somit nur dazu führen, dass die Partei, welche mit dem Entscheid nicht einverstanden ist, die Beschwerde mit einer anderen (inhaltlichen) Begründung einreichen wird.

Die geplante Kognitions-Regelung (welche schon heute im Privatversicherungsrecht/VVG zur Anwendung kommt) führt somit im Ergebnis einzig zu einer Verlagerung des Prozessthemas. Das Bundesgericht wird dann regelmässig als Zweitinstanz die materielle Grundlage des Entscheides in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr überprüfen und diesbezügliche Beanstandungen der Parteien unter Hinweis auf „die verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz“ abweisen. Das Gericht wird aber dennoch ein Urteil in der Sache selbst oder dann aber ein formal-juristisches Urteil zur Frage der Zulässigkeit einer Beschwerde und zu den Anforderungen an die Beschwerdebegründung erlassen müssen. Der materielle „Mehrwert“ dieser Verlagerung auf rein formal-juristische Entscheide ist nicht wirklich ersichtlich.

Speziell bei der Unfallversicherung ist in diesem Zusammenhang auch zu erwähnen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung in diesem Bereich - nicht ganz zufällig - konkrete Erfahrungstatsachen und Hilfsmittel ausgearbeitet hat, welche bei der Beweiswürdigung und Sachverhaltsermittlung speziell zu berücksichtigen sind. Zu erwähnen sind hier namentlich die sog. „medizinischen Erfahrungstatsachen“, also die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze und Richtwerte zum tatsächlichen Regelverlauf bei gewissen Verletzungen (so z.B. im Bereich der Diskushernien etc.). Solche Hilfsmittel bei der medizinischen Sachverhaltsermittlung sind in der praktischen Anwendung sehr nützlich, weil sie regelmässig in einem breiten Spektrum von Fällen Anwendung finden und daher in der Praxis dazu dienen, eine **rechtsgleiche Rechtsanwendung** sicherzustellen. Die geplante BGG-Änderung mit ihrer (teilweise künstlichen) Trennung zwischen Tat- und Rechtsfragen und eingeschränkten Kognition des Bundesgerichtes bei der Sachverhaltsprüfung würde eine sinnvolle Weiterentwicklung solcher „Leitplanken“ durch das Bundesgericht künftig massiv erschweren oder gar verunmöglichen. Im Hinblick auf die Rechtsfortbildung und die Sicherstellung der rechtgleichen Behandlung der Versicherten wäre eine solche Entwicklung aus Sicht der AXA sehr zu bedauern.

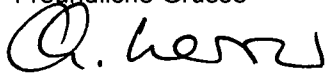
Zu bedenken ist schliesslich auch, dass bereits gemäss geltendem BGG im Unfallversicherungsrecht zahlreiche Kognitionseinschränkungen bestehen. Zum Einen gelten die erwähnten Ausnahmen explizit nur im Falle, dass Geldleistungen strittig sind. Bei Deckungsfragen und Streitigkeiten über Sachleistungen können bereits heute nur Rechtsfragen beanstandet werden. Bei den Streitigkeiten um Geldleistungen (insb. UVG-Taggelder und -Rente) geht es praktisch immer um namhafte Beträge bzw. um hohen Streitwerte. Bereits die bestehende Regelung stellt somit sicher, dass keine Bagatellfälle vom Bundesgericht umfasst geprüft werden müssen. Eine weitere erhebliche Kognitionseinschränkung bildet im UVG-Bereich zudem schon heute die Regelung von Art. 93 BGG (Anfechtung von Vor- oder Zwischenentscheiden). Diese Bestimmung, welche namentlich bei Rückweisungen zu weiteren Abklärungen zur Anwendung gelangt, führt - worauf auch die SUVA zutreffend hinweist - schon heute in der Praxis dazu, dass ein erheblicher Teil der kantonalen Entscheide (ca. 10 bis 15 % der Fälle) faktisch nicht mehr ans Bundesgericht weitergezogen bzw. angefochten werden kann.

Aus den oben erwähnten Gründen erachten wir die geplante Änderung (ersatzlose Streichung von Art. 97 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 3 BGG) insgesamt als nicht ausgewogen und auch materiell als nicht sinnvoll, weil die Änderung in der praktischen Anwendung zu einer erheblichen Einschränkung des Rechtsschutzes bei einer grossen Zahl von Unfallversicherungsstreitigkeiten führt und zugleich auch eine sinnvolle Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, namentlich bei den sog. „medizinischen Erfahrungstatsachen“, verhindert, welche einen wesentlichen Beitrag zur Rechtfortbildung im UVG-Bereich und zur Sicherung der Gleichbehandlung der Versicherten leistet.

Wir unterstützen daher vollumfänglich den Antrag der SUVA,

- **auf eine Streichung von Art. 97 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 3 BGG zu verzichten**

Freundliche Grüsse

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Karrer'.

Chantal Karrer
Leiterin Einsprachen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'L. Manfredini'.

Lorenzo Manfredini
Leiter Recht KPVS

Alessandro BRENCI

avocat, docteur en droit

Chargé de cours à l'Université de Lausanne

secrétariat +41 (0)21 319 90 96
fax +41 (0)21 319 90 80
e-mail brenci@avo pep.ch

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
CH-3003 Berne

Lausanne, le 29 février 2016

Concerne : Modification LTF – Procédure de consultation (art. 4 al. 1 LCo)

Madame la Conseillère fédérale,

Madame, Monsieur,

Ensuite de l'annonce relative à la procédure de consultation portant sur la modification de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, je vous remets ce jour, conformément à l'article 4 LCo et dans le délai imparti, mon rapport prenant position sur la nouvelle projetée.

Je reste à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

En vous remerciant des suites que vous réservez à la présente et à ses annexes, je vous prie de croire, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, à l'assurance de ma respectueuse considération.



Alessandro Brenci

Modification
de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral

PROCEDURE DE CONSULTATION

Rapport

établi par

Alessandro BRENCI

Docteur en droit, avocat

Introduction

Le Rapport explicatif du 4 novembre 2015¹ dessine les contours du projet de modification de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral : « Le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 188, al. 1 de la Constitution [Cst.]). Il a pour fonction non seulement de trancher les litiges au plus haut niveau, mais aussi de préserver l'unité de l'ordre juridique et de garantir le développement du droit. Il devrait donc pouvoir connaître de toutes les questions juridiques de principe et d'autres cas particulièrement importants. Il n'en va pas toujours ainsi aujourd'hui. »²

Ce Rapport expose le cheminement historique ayant mené à l'introduction de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral : « La révision totale de l'organisation judiciaire visait trois objectifs : – objectif 1: décharger efficacement et durablement le Tribunal fédéral et garantir ainsi son bon fonctionnement; – objectif 2: améliorer la protection juridictionnelle dans certains domaines; – objectif 3: simplifier les procédures et les voies de droit. »³

Si les deux derniers objectifs sont conformes aux discussions historiques, le premier ne l'est nullement. En effet, le Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relative à la modification constitutionnelle du système judiciaire⁴, donc au fondement de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, retient : « [l]a réforme de la justice tend à créer les conditions permettant au *Tribunal fédéral* de remplir à nouveau de façon optimale ses tâches spécifiques de juridiction suprême. La capacité de fonctionnement de notre Haute Cour ne doit plus être entravée par une surcharge de travail et des tâches sans rapport avec sa mission. L'encombrement du Tribunal fédéral doit être éliminé par des mesures *structurelles* devant conduire à une décharge de travail considérable. [...] une juridiction suprême ne saurait être trop nombreuse sans compromettre l'application uniforme du droit. La réforme de la justice a en outre pour objectif d'*assurer la protection juridique dans tous les domaines*. Le système des moyens de droit doit être aussi simple et compréhensible que possible. Les procédures doivent pouvoir être menées à terme dans des délais raisonnables. L'ensemble des dispositions qui constituent la réforme entend concilier ces objectifs. Il impose d'une part à l'accès au Tribunal fédéral des limites indispensables pour alléger durablement sa charge de travail ; d'autre part, il améliore sensiblement – en quelque sorte en contrepartie – la protection juridique par une

¹ Modification de la loi sur le Tribunal fédéral – Rapport explicatif du 4 novembre 2015, consultable sur le site Internet https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2600/Revision-de-la-loi-sur-le-Tribunal-federal_Rapport-expl_fr.pdf (ci-après : Rapport)

² Rapport, p. 4.

³ Rapport, p. 3.

⁴ FF 1997 I, pp. 496 ss.

garantie générale de l'accès à un juge et il développe les compétences des autorités judiciaires précédentes de manière à ce qu'elles couvrent tous les domaines du droit. [...] »⁵

L'approche retenue par le Rapport explicatif du 4 novembre 2015 traduit la perspective contemporaine, que nous avons qualifiée de *confusion* dans notre thèse de doctorat « De la question juridique de principe. La traduction de l'autorité judiciaire suprême ; les hésitations sur la nature du Tribunal fédéral »⁶. Nous avons en particulier rendu compte de la complexité de la notion de décharge : elle n'apparaît nullement comme un objectif en soi ou, si elle devait l'être, comme l'objectif final de la réforme constitutionnelle de la justice. *Cette dernière tend, à dire vrai, à définir le rôle du Tribunal fédéral et à lui offrir les moyens adéquats à sa fonction.* Apparaît ainsi le sens de la décharge. Celle-ci ne correspond point à une finalité mais consiste en une *notion de synthèse*, précisément en une *traduction de l'ensemble des moyens mis en œuvre pour atteindre le réel but des révisions constitutionnelle et légale*, à savoir concentrer l'activité du Tribunal fédéral sur l'essentiel, c'est-à-dire sur les questions qui revêtent une importance fondamentale pour un Etat fondé sur le droit et pour l'organisation politique de l'Etat⁷. Parmi les moyens qui correspondent à cette finalité, la question juridique de principe fait figure de parangon, car elle centre – signe de décharge – la parole du magistrat suprême sur l'affirmation d'archétypes juridiques.

Dès lors, le présent rapport se veut non seulement une synthèse développée dans notre travail doctoral – il est, à ce titre, fait intégralement renvoi à cet ouvrage, lequel a mis en lumière les liens intimes, même ontologiques, entre la question juridique de principe et la nature du Tribunal fédéral –, mais surtout une critique constructive du projet de nouvelle relative à la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, en vue de résoudre résoudre l'interrogation « Qu'est-ce que la question juridique de principe ? » et celle « Qu'est-ce que le Tribunal fédéral ? »

⁵ FF 1997 I, p. 502.

⁶ BRENCI Alessandro, *De la question juridique de principe. La traduction de l'autorité judiciaire suprême ; les hésitations sur la nature du Tribunal fédéral*, Schulthess, Genève, 2015 (ci-après : BRENCI)

⁷ Cf. également FF 1985 II, p. 743.
Cf. BRENCI, pp. 499 ss.

I. De la nature du Tribunal fédéral : la notion d'autorité judiciaire suprême

Selon l'interprétation doctrinale contemporaine, la notion d'*autorité judiciaire suprême* traduit la *place institutionnelle* du Tribunal fédéral, lequel, en tant que troisième pouvoir de la Confédération, dispose de la compétence, à l'exclusion de toute autre juridiction, de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral, de trancher en dernière instance – à la suite des juridictions fédérales ou cantonales inférieures –, des contestations soulevant un problème juridique, dans le but de préserver une cohérence interprétative du droit fédéral⁸. WURZBURGER tient en particulier les propos suivants : « Le Tribunal fédéral est l'autorité suprême de la Confédération (art. 188 al. 1 Cst. et art. 1 al. 1 LTF). Il est l'autorité de recours de dernière instance contre les jugements du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral et des tribunaux cantonaux supérieurs. »⁹

La notion d'autorité judiciaire suprême est consacrée par l'article 188 alinéa 1 Cst féd. et par l'article premier LTF. A dire vrai, elle comporte une pluralité de perspectives.

En premier lieu, une *approche légale*. La loi sur le Tribunal fédéral, dont le préambule renvoie explicitement à l'article 188 Cst. féd., consacre la notion d'autorité judiciaire suprême à son article premier¹⁰. A ce titre, il importe de souligner les propos de WURZBURGER, singulièrement son commentaire de l'article 1 alinéa 1 LTF : « [l']art. 1 al. 1 LTF est la quintessence des art. 1 à 4 LTF. »¹¹

En deuxième lieu, une *approche jurisprudentielle*. La question juridique de principe, selon le Tribunal fédéral, se définit de la manière suivante : « [...] il faut qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, *en tant qu'autorité judiciaire suprême* chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral. [nous soulignons] »¹²

⁸ Cf. BRENCI, pp. 393 ss.

⁹ Cf. BRENCI, p. 393.

¹⁰ Art. 1 al. 1 LTF : « Le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération. »

¹¹ Cf. BRENCI, pp. 393 ss.

¹² Cf. BRENCI, pp. 393 ss.

¹² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_14/2009 du 2 avril 2009, c. 2, publié in ATF 135 III 397 (5 juges).

En dernier lieu, une *approche historique*. L'ensemble des révisions de la justice fédérale, menées sur le plan tant constitutionnel que légal, tend à lire la question juridique de principe à la lumière de la nature du Tribunal fédéral¹³. Rappelons, à ce sujet, les propos du Message du Conseil fédéral concernant la dernière révision en date : « [l]a réforme de la justice tend à créer les conditions permettant au *Tribunal fédéral de remplir à nouveau de façon optimale ses tâches spécifiques de juridiction suprême*. La capacité de fonctionnement de notre Haute Cour ne doit plus être entravée par une surcharge de travail et des tâches sans rapport avec sa mission. »¹⁴

A. La notion d'« autorité »

Au-delà d'un simple commandement, l'*auctoritas* consiste en la valeur qui s'attache à un acte – dans l'orbe juridique, une loi, une décision judiciaire – sans être confondue avec la *potestas*¹⁵. Pour résumer, la notion d'autorité *caractérise un texte porteur d'un savoir et reconnu comme tel, ouvrant ainsi la méditation, la réflexion, la discussion, la confrontation, s'éloignant de toute perspective d'univocité et de vérité absolue. Plus qu'un simple conseil et moins qu'un ordre*, l'autorité est un avis qui ne peut être ignoré sans dommage¹⁶. Son fondement est un acte de liberté et de raison, qui confère un certain crédit au porteur de cette parole supérieure, pour autant qu'il l'emporte en connaissance¹⁷.

Ainsi, l'*auctoritas* est une notion *duale*¹⁸. D'une part, l'*auctoritas* est une *absence de subordination absolue*¹⁹. Contrairement à la pensée moderne qui tend à assimiler l'autorité uniquement à la personne et à l'obéissance²⁰, l'*auctoritas* traduit une relation, précisément la confiance de l'un dans la parole de l'autre²¹. D'autre part et simultanément, l'*auctoritas* intègre une perspective de *supériorité*²². Ni égalitaire, ni hiérarchique au sens strict du rapport commandement/obéissance, la relation d'autorité implique une *asymétrie*, reflet de la *reconnaissance* de l'éduqué qui, conscient de sa méconnaissance, *s'en remet* à la parole de l'autre, de l'éduquant, envers laquelle il témoigne sa confiance pour *se grandir*²³.

¹³ Cf. BRENCI, p. 394.

¹⁴ FF 1997 I, p. 502.

¹⁵ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

¹⁶ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

¹⁷ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

¹⁸ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

¹⁹ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

²⁰ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

²¹ Cf. BRENCI, pp. 395 ss..

²² Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

²³ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

Puisque l'autorité requiert toujours l'obéissance, on la prend souvent pour une forme de pouvoir ou de violence. Pourtant l'autorité exclut l'usage de moyens extérieurs de coercition ; à dire juste, l'emploi de la force signifie l'échec de l'autorité²⁴. Afin de sédimenter la parole dans l'esprit de l'éduqué, l'*auctoritas* contient une certaine verticalité, qui peut être aspectuellement de la *potestas* : le pouvoir ne constitue nullement une *fin en soi*, mais un *moyen de l'autorité*²⁵. Ainsi, l'*auctoritas* ne se résume pas à la *potestas*, au pouvoir, à la force²⁶.

L'*auctoritas* antique et scolastique comporte un aspect temporel²⁷, aspect que ne renie nullement WEBER, lequel dénomme *domination traditionnelle* l'autorité selon laquelle « [l]a légitimité s'appuie, et qu'elle est ainsi admise, sur le caractère sacré de dispositions [...] transmises par le temps ("existant depuis toujours") et des pouvoirs du chef. [...] On lui obéit en vertu de la dignité personnelle qui lui est conférée par la tradition. »²⁸

Dans un premier temps, l'autorité regarde vers le *passé*, notamment vers la *tradition et l'histoire*²⁹. Il existe un lien entre la tradition et l'autorité puisque celle-ci repose sur une fondation dans l'histoire, donnant ainsi au monde la permanence et le caractère durable³⁰. Dans le contexte du droit, que nous examinerons par la suite, le juge s'inscrit dans une continuité juridique puisque les textes légaux, jurisprudentiels et doctrinaux lui préexistent. Son intervention, que ce soit dans ou à l'occasion du cas, s'inscrit dès lors dans ce « caractère immémorial » du droit³¹.

Dans un deuxième temps, l'autorité se déploie dans le *présent* : la parole éducatrice incite à l'action, à l'adoption d'un comportement³².

Dans un troisième temps, l'autorité *projette l'avenir*. Cet avenir n'est cependant pas empreint de certitudes, de vérité absolue ; il s'inscrit dans le vraisemblable, dans le probable, dans le *possible*. Cette contingence du réel colore l'autorité de *prudence*, dans sa *conception aristotélicienne* : « La prudence est la droite règle des actions à faire [...]. D'où il faut que l'acte principal de la prudence soit l'acte principal de la raison préposée à l'action. Celle-ci émet trois actes. Le premier est le conseil : il se rattache à l'invention, car délibérer c'est chercher [...]. Le deuxième acte est le jugement relatif à

²⁴ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

²⁵ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

²⁶ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

²⁷ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

²⁸ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

²⁹ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

³⁰ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

³¹ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

³² Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

ce qu'on a trouvé, ce que fait la raison spéculative. Mais la raison pratique, ordonnée à l'œuvre effective, va plus loin et son troisième acte est de commander; cet acte-là consiste en ce qu'on applique à la réalisation le résultat du conseil et du jugement. Et parce que cet acte est plus proche de la fin de la raison pratique, il est l'acte principal de la raison pratique et par conséquent de la prudence. Et le signe en est que la perfection de l'art consiste dans le jugement, non dans le commandement. »³³

B. La notion d' « autorité judiciaire suprême »

L'épithète *suprême* complète la typicité de l'autorité judiciaire. Cette affirmation est toutefois partielle. Selon l'article 188 alinéa 1 Cst. féd., « [l]e Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération. [nous soulignons] »

Le rapport contenant l'Avant-projet de la Constitution fédérale prévoit explicitement les objectifs des deux révisions : *recentrer le Tribunal fédéral sur son rôle de juridiction suprême*. Ainsi la décharge n'est-elle point une *fin en soi* ou l'ultime fin : « *En tant que juridiction suprême, le Tribunal fédéral est chargé de quelques tâches spécifiques qui n'incombent pas, ou seulement dans une moindre mesure, aux autres tribunaux. Ainsi en est-il de l'application uniforme du droit, du développement de la jurisprudence et de la garantie des droits constitutionnels. [...] Pour permettre au Tribunal fédéral d'assumer son rôle de tribunal suprême, il convient de le décharger [...] des contestations de particuliers qui sont sans rapport avec les tâches d'une juridiction suprême. Une autorité judiciaire inférieure est tout aussi apte à statuer sur de tels litiges. L'accès au Tribunal fédéral doit toutefois rester ouvert lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de principe ou de sauvegarder l'unité du droit. [...] C'est en étant à même de consacrer suffisamment de temps au développement et à la mise en œuvre d'une pratique cohérente en matière d'application du droit fédéral ou international que le Tribunal fédéral peut contribuer le mieux au renforcement tout à la fois de la sécurité du droit et de la protection juridique, ce qui profitera à l'ensemble des justiciables. La qualité de la protection juridique ne saurait de toute façon se mesurer au seul nombre des instances de recours. [nous soulignons] »³⁴*

³³ Cf. BRENCI, pp. 395 ss.

³⁴ Cf. BRENCI, pp. 410 ss et pp. 419 ss.

De même, les débats parlementaires insistent sur la réaffirmation de la nature suprême du Tribunal fédéral³⁵ comme *but principal* de la réforme constitutionnelle – « La réforme de la justice tend à créer les conditions permettant au *Tribunal fédéral de remplir à nouveau de façon optimale ses tâches spécifiques de juridiction suprême*. La capacité de fonctionnement de notre Haute Cour ne doit plus être entravée par une surcharge de travail et des tâches sans rapport avec sa mission. [...] »³⁶ – et de sa mission première, celle de *dire suprêmement le droit*³⁷. Les débats parlementaires relevaient, tantôt implicitement, tantôt explicitement, la nature d'autorité judiciaire suprême du Tribunal fédéral : « recentrer le Tribunal fédéral sur son rôle de juridiction suprême », « [l']accès au Tribunal fédéral doit [...] rester ouvert lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des questions de principe ou de sauvegarder l'unité du droit », « le Tribunal fédéral [...] doit se concentrer sur les questions juridiques essentielles [...] », « [a]ucun tribunal - et surtout pas une instance suprême - ne peut être mis à contribution sans conditions dans un système juridictionnel fonctionnant de manière judiciaire »³⁸.

Le Tribunal fédéral, en tant que détenteur de l'autorité judiciaire suprême, clôt formellement la procédure en étant l'ultime instance à se prononcer. Certes, mais *pourquoi (pour-quoi) se prononce-t-il en cette qualité ?*

A suivre le modèle de la *séparation des pouvoirs*, où le juge semble être inscrit dans un système³⁹, la suprématie telle que comprise par la doctrine contemporaine, la *suprématie verticale*, n'octroie aucune marge de manœuvre, aucune liberté, au détenteur de l'autorité, en l'occurrence, le juge. Celui-ci est *encadré* d'un point de vue institutionnel, soumis à la volonté du législateur, se limitant à appliquer la *loi*. C'est d'ailleurs en relation avec cette primauté du texte légal que peut se comprendre le *présupposé d'univocité*, figure que nous empruntons à LENOBLE et OST et qui, nous

³⁵ Cf. en particulier FF 1997 I, p. 509 : « Les règles portant sur la compétence et le statut des tribunaux suprêmes relèvent du droit constitutionnel judiciaire au sens matériel. Il est donc justifié de décrire le *statut du Tribunal fédéral* dans la constitution. La constitution révisée mentionne expressément que le Tribunal fédéral est l'*autorité judiciaire suprême* » ; *ibidem*, p. 526.

Cf. également BO/CE 1998, pp. 102 s. du Tiré à part (RHINOW) et p. 117 (AEBY) : « Nous avons besoin [...] d'une jurisprudence sûre, fiable, et seul le Tribunal fédéral peut nous donner cette garantie » ; BO/CN 1998, p. 372 du Tiré à part (PELLI), pour lequel la réflexion doit porter sur le rôle du Tribunal fédéral : « *Parliamo del Tribunale federale per chiederci se deve continuare ad occuparsi di ricorsi disparati ed inutili, frutto del bisogno che è in noi tutti di vedere il nostro personale problema portato [...] fino a Losanna o Lucerna, oppure se il Tribunale federale deve avere lo spazio per garantire al paese che quando una norma della nostra costituzione entra in vigore, lo entra davvero e non è più soggetta a ripensamenti parlamentari* » et p. 375 (LEUBA).

³⁶ FF 1997 I, p. 502.

Cf. également BO/CN 1998, p. 372 du Tiré à part (FISCHER) : « *Ein oberstes Gericht hat vorab für eine einheitliche Rechtsanwendung und für die Rechtsfortbildung zu sorgen. Die Funktion als Rechtsmittelinstanz hat in den Hintergrund zu treten. [nous soulignons]* »

³⁷ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

³⁸ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

³⁹ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

semble-t-il, traduit parfaitement l'approche embrassée par l'article 188 alinéa 1 Cst. féd., par la notion de « l'autorité judiciaire suprême »⁴⁰.

Témoin d'un idéal logicien, ce *présupposé d'univocité*⁴¹ est une traduction du modèle unitaire qui imprègne l'organisation judiciaire : « Le discours juridique ne fonctionne pas selon le mode d'une unité finale en perpétuelle élaboration ; son cadre institutionnel traduit au contraire le fait qu'il ne se construit que par le biais d'une unité posée parce que supposée. »⁴²

Délaissant l'univocité absolue, notre approche ouvre de nouvelles perspectives épistémologiques. Le juge, singulièrement le juge fédéral suprême, porte une *parole souveraine*. Plus précisément, il *arrête ses propres limites*⁴³.

Le juge fédéral suprême est, d'une part, *institutionnellement suprême*. Souverain de l'interprétation du droit, il n'est assujéti à aucune juridiction, voire à aucune institution supérieure compétente pour lui fixer des bornes. Le juge fédéral suprême est, d'autre part – et surtout –, *substantiellement suprême* : il détient l'autorité souveraine pour dire, y compris à lui-même, le droit. Le juge fédéral suprême, saisi d'une contestation, *inscrit sa parole dans un contexte*. Cette *insertion* est grave de conséquences : même s'il arrête ses propres limites, le juge fédéral suprême détient une parole nullement absolue – c'est-à-dire séparée de tout, parfaite en soi – et infinie – en d'autres termes, sans fin(s) –, mais bien *relative et finie*.

Le Tribunal fédéral s'exprime *relativement* à un contexte, mieux à *des contextes*. Saisi par des parties, il porte un regard et, à terme, une parole dans un *contexte factuel* préexistant : les éléments de fait, précisément de *fait juridique*, guident son intervention, son arbitrage, son jugement. Pour y parvenir, le magistrat s'inscrit dans un *contexte normatif* déjà là. Ainsi, il s'inspire des solutions posées par la loi, par la jurisprudence et par la doctrine, voire en appelle à elles dans son argumentation, pour résoudre l'interrogation que soulève la contestation. Dans ces circonstances, les sources formelles, singulièrement la loi, ne tiennent nullement le rôle de finalité, mais bien de moyens au service d'une fin.

⁴⁰ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁴¹ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁴² Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁴³ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

Le juge fédéral suprême s'exprime *relativement à une finalité*, laquelle s'avère duale lorsqu'analysée à la lumière de l'autorité judiciaire suprême et, plus loin, de la question juridique de principe : celle de *rendre ultimement la justice dans le cas*, celle de *dire souverainement le droit à l'occasion du cas*. Lorsqu'elles saisissent le juge fédéral suprême, les parties ont eu préalablement l'occasion de faire examiner leur cause par un, voire deux tribunaux. Ces cours, communément appelés « inférieures », ont également rempli leur mission de *rendre la justice* : en arrêtant une solution pour le litige, elles ont, à leur niveau, rendu justice dans le cas et dit le droit. A suivre Peter Alexander MÜLLER, « [l]e justiciable doit en principe chercher à obtenir son droit auprès du juge de première instance, que ce soit aussi bien sur le plan cantonal que fédéral. Ce n'est que si son litige pose, du point de vue objectif, c'est-à-dire en fonction du point de droit à trancher, un problème sortant de la norme en raison de son incidence fondamentale sur la pratique dans d'autres cas, que le Tribunal fédéral doit être appelé à statuer. »⁴⁴

Ces propos traduisent, *en substance*, la typicité qu'introduit l'épithète *suprême*. Le Tribunal fédéral, en sa qualité de Cour suprême, a une fonction, précisément une finalité, singulière, laquelle s'avère *duale*. Il doit non seulement trancher, de manière définitive, le litige qui lui est soumis, mais surtout, résoudre les plus importantes interrogations juridiques. Ainsi entrent en scène les figures de *Cour dernière* et de *Cour première*.

Détenteur de l'autorité judiciaire suprême, le Tribunal fédéral dispose de la compétence souveraine pour *rendre suprêmement justice dans le cas*, pour résoudre, en ultime instance, le différend entre des parties. Dans ce contexte, la mission du Tribunal fédéral correspond à celle d'une Cour suprême au sens de *Cour dernière*.

En cette qualité, le juge fédéral endosse le rôle de l'*arbitre suprême*. Saisi d'un litige, le Tribunal fédéral a pour tâche de résoudre le cas de manière définitive et finale, en d'autres termes de clore tant substantiellement que procéduralement la cause. La présence de l'épithète suprême précise cependant la qualité de son intervention : *le magistrat fédéral suprême réserve sa parole aux seules contestations dont la résolution est suprême, de la plus haute importance*. Il ne s'agit pas ici de consacrer des juges fédéraux suprêmes « aristocratiques »⁴⁵ ; cette concentration des efforts s'inscrit dans leur mission : un accès illimité dénaturerait le Tribunal fédéral, au point d'empêcher son bon fonctionnement et, partant, la réalisation de sa finalité⁴⁶.

⁴⁴ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁴⁵ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁴⁶ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

Le rôle du juge fédéral suprême ne se limite point à la perspective du cas ; il embrasse également – et surtout – celle de la *cause*, en vue de la compréhension de la *chose*. Loin d'être seulement une *Cour dernière*, c'est-à-dire l'instance finale, le Tribunal fédéral est une *Cour première*, détentrice de la parole souveraine pour *dire principalement le droit*. Comme l'affirme Peter Alexander MÜLLER, « [...] le Tribunal fédéral, en sa qualité de juridiction suprême de la Confédération, a l'obligation d'accomplir certaines tâches qui n'incombent pas, ou tout au moins pas dans la même mesure, aux tribunaux inférieurs. Un tribunal suprême n'est pas précisément destiné à refaire une troisième (quatrième ou cinquième) fois, avec les mêmes compétences du point de vue du fond et de la procédure, ce que deux ou plusieurs instances ont fait avant lui. En tant que juridiction suprême, il doit notamment garantir l'unité de l'application du droit et le développement de celui-ci. C'est cela sa tâche et cela doit aussi le rester. »⁴⁷

Au carrefour du passé juridique – le litige – et de son avenir – l'interprétation du droit –, le Tribunal fédéral, en sa qualité de Cour suprême chargée d'assurer l'unité du développement du droit, joue un rôle dual : il est Cour dernière et, simultanément, Cour première. Décrivant la mission essentielle du Tribunal fédéral, ces propos font écho à ceux du Conseil fédéral prononcés lors de l'élaboration de la révision constitutionnelle de la justice : « [...] la fonction du Tribunal fédéral doit être limitée à préserver les intérêts supra-individuels. »⁴⁸

Ainsi apparaît la typicité donnée par l'épithète *suprême* dans la notion d'*autorité judiciaire suprême*. Le Tribunal fédéral a pour fonction première de *dire le droit en son principe à l'occasion d'un cas*, de pragmatiquement guider l'avenir interprétatif du droit par sa *jurisprudence*. De ce tribunal attend-on l'adoption, dans l'orbe du droit, d'une posture magistrale⁴⁹. Dans une certaine mesure, MOOR soutient une opinion similaire : « [c]ette tâche [dire le droit], tout juge l'assume par le fait même qu'il doit rendre la justice en étant lié au droit. Mais une cour suprême est seule à même de l'assumer pleinement. D'une part, parce que, située au sommet de la hiérarchie, il lui appartient de contrôler, non seulement la correcte application des règles établies, mais aussi les essais d'évolution, d'adaptation, d'innovation des échelons inférieurs : le contrôle porte non seulement sur l'exactitude, mais aussi sur l'intégration de l'ensemble des jurisprudences. D'autre part, parce que tout dynamisme dans le système juridique requiert une forte légitimité, dont seule dispose l'instance la plus haute, laquelle est aussi la seule à pouvoir ensuite diffuser ce qu'elle décide dans l'ensemble du système. [...] avoir la responsabilité dernière de dire le droit est une fonction qui, contrairement à

⁴⁷ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁴⁸ FF 1997, p. 546.

⁴⁹ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

celle de rendre la justice, ne peut s'exercer qu'à plein temps [...]. »⁵⁰ Cette mission se justifie encore plus dans un Etat fédéral puisque la sauvegarde de l'unité du droit fédéral impose l'existence d'une juridiction qui interprète de manière souveraine ce droit et que ses décisions obligent les gouvernements et les tribunaux des Etats membres⁵¹.

Ce contexte dicte alors la nature, la *finalité*⁵², du Tribunal fédéral, et conséquemment son accès : *seules les contestations soulevant potentiellement une interrogation juridique suprême, c'est-à-dire une cause juridique fondamentale, première – de principe – sont garanties d'accès au Tribunal*⁵³. Germe de la réflexion ayant mené à la création d'une jurisprudence, le cas acquiert un statut singulier, précisément dual. D'une part devient-il *chose* ou, pour demeurer dans le registre éducatif qu'induit l'autorité, « cas d'école »⁵⁴ ; d'autre part acquiert-il le qualificatif de *cause*, traduction de l'interrogation juridique que le cas soulève et de la réponse suprême que contient le jugement, lequel, une fois publié au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, est dépersonnalisé⁵⁵.

C. *L'atteinte à la nature suprême du Tribunal fédéral*

Une lecture positiviste de la Constitution fédérale, singulièrement de ses articles 188 alinéa 1 et 191 alinéa 3, montre que le Tribunal fédéral, à l'heure actuelle, n'est pas l'autorité judiciaire suprême de la Confédération, étant donné qu'il ne peut pas connaître de toutes les causes, certaines étant absolument exclues d'accès.

Le Tribunal fédéral n'est plus *L'autorité* : l'exclusion absolue d'accès le prive de sa voix, de sa parole, de son expression, la loi le réduisant ainsi au silence. Le Tribunal fédéral n'est plus *L'autorité judiciaire* : il ne peut plus accomplir sa mission duale essentielle, celle de rendre la justice, plus précisément celle de *rendre justice dans le cas* et celle de *dire le droit à l'occasion du cas*. Le Tribunal fédéral n'est plus *L'autorité judiciaire suprême* : alors que la suprématie lui permet d'arrêter ses propres limites, la loi, par l'exclusion d'accès, lui en dresse et l'empêche de se prononcer sur les plus importantes interrogations juridiques en les domaines exclus.

⁵⁰ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁵¹ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁵² Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁵³ Cf. BO/CE 2003, p. 885 (EPINEY).

⁵⁴ Cf. BRENCI, pp. 419 ss. Cf. également SCHUBARTH Martin, « Die Zukunft des Bundesgerichts » in RSJ 1999, pp. 61 ss.

⁵⁵ Cf. BRENCI, pp. 419 ss.

⁵⁵ Par sa publication au Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, l'arrêt est qualifié *de principe*. Cf. art. 58 RTF. Cf. BRENCI, pp. 436 ss.

Ces barrières légales dénaturent substantiellement le Tribunal fédéral, celui-ci ne pouvant plus résoudre toutes les interrogations juridiques fondamentales. Elles confient la compétence à d'autres autorités, en particulier les juridictions fédérales ou cantonales d'instance inférieure – art. 191a et 191b Cst. féd. –⁵⁶, l'autorité de dire suprêmement le droit, brisant par la même occasion le modèle poursuivi par l'article 188 alinéa 1 Cst. féd. et simultanément par la doctrine contemporaine, celui de l'unicité, de l'homogénéité de l'autorité judiciaire suprême.

La conjugaison des articles 188 alinéa 1 et 191 alinéa 3 Cst. féd. met ainsi en lumière les hésitations positivistes sur la nature du Tribunal fédéral. Ce dernier n'est pas l'autorité judiciaire suprême de la Confédération, mais *une des autorités judiciaires suprêmes de la Confédération* ; il n'est pas *la Cour suprême*, mais *une Cour suprême partielle*, son autorité s'étendant aux seuls domaines dont l'accès n'a point été exclu par la loi.

C'est ce que semble vouloir modifier le présent projet de nouvelle ; c'est dans ce contexte qu'une lecture renouvelée de la question juridique de principe doit être abordée.

⁵⁶ Cf. art. 79 et 83 LTF.

Cf. FF 1997 I, p. 504 : « [...] Le Tribunal fédéral profitera en outre de l'effet de filtrage attendu des autorités judiciaires précédentes. Les justiciables sont plus portés à accepter la décision d'un tribunal indépendant, bien qu'il soit d'instance inférieure, ce qui permet d'escompter un moins grand nombre de recours au Tribunal fédéral. La charge de celui-ci s'en trouvera allégée. »

II. De la nature du Tribunal fédéral : la notion de question juridique de principe

Les enseignements sur la notion d'*autorité judiciaire suprême* apprennent que la mission du Tribunal fédéral se trouve au-delà d'une simple place – statique – sommitale. Les juges fédéraux non seulement rendent ultimement justice dans le conflit singulier, mais surtout disent souverainement l'avenir interprétatif du droit – dynamique.

A présent, il convient d'examiner les fondements, la définition, le rôle de la question juridique de principe, telle qu'ancrée aux articles 191 alinéa 2 Cst. féd., notion qui possède, à dire une juste, une intimité avec la notion d'autorité judiciaire suprême prévue par l'article 188 alinéa 1 Cst. féd.

A. De la question juridique de principe : une définition renouvelée

Pour comprendre la notion de question juridique de principe, notre travail doctoral a fait appel aux enseignements d'ARISTOTE, singulièrement de l'ouvrage *Les Métaphysiques*, lequel expose les différentes acceptions de la notion de *principe*, d'*archè*, permettant ainsi de comprendre celle de *de principe* : « "Principe" se dit d'abord du point de départ du mouvement de la chose [...]. Le principe est aussi le meilleur point de départ pour chaque chose ; par exemple, même dans la science, il ne faut pas parfois commencer par le commencement et par la notion première de l'objet, mais par ce qui peut le mieux en faciliter l'étude. – Le principe est encore l'élément premier et immanent de la génération. – Principe se dit aussi de la cause primitive et non-immanente de la génération, du point de départ naturel du mouvement ou du changement : par exemple, l'enfant provient du père et de la mère, et le combat, de l'insulte. – On appelle encore principe, l'être dont la volonté réfléchie meut ce qui se meut et fait changer ce qui change : par exemple, les magistrats dans les cités [...]. Enfin, le point de départ de la connaissance d'une chose est aussi nommé le principe de cette chose : les prémisses sont les principes des démonstrations. Les causes se prennent sous autant d'acception que les principes, car toutes les causes sont des principes. Le caractère commun de tous les principes, c'est donc d'être la source, d'où l'être, ou la génération, ou la connaissance dérive. »⁵⁷

⁵⁷ Cf. BRENCI, pp. 443 ss.

La notion de *de principe* consiste en une *qualification*, celle d'une *cause primordiale, fondamentale*. Elle n'est pas sans rappeler les enseignements étymologiques des termes *suprême* et *souverain*, que nous avons précédemment exposés : « le plus haut », « le plus au-dessus », « le sommet », « le dernier », « supérieur »⁵⁸. *Premier, suprême, souverain, sommet, fondement, commencement, commandement* ou encore *autorité*. La conjugaison de ces figures *analogues* indique la signification de la notion de *de principe* : celle-ci caractérise l'autorité originelle, la substance fondamentale, la cause première.

La mission essentielle du Tribunal fédéral, en sa qualité d'autorité judiciaire suprême, est de trancher les interrogations juridiques fondamentales. En ce sens, la question juridique de principe est intimement liée à la nature du Tribunal fédéral. Rappelons, à ce titre, les propos des juges fédéraux : « [...] il faut qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, *en tant qu'autorité judiciaire suprême* chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral. [nous soulignons] »⁵⁹

En unissant l'interprétation de la notion de *question juridique*, en d'autres termes *l'affirmation d'un type juridique à l'occasion d'un cas*, et celle de *de principe*, on arrive à la conclusion que la question juridique de principe peut se définir comme *l'affirmation d'un archétype juridique*, c'est-à-dire comme un *type juridique premier dit en autorité*⁶⁰.

Dans ce contexte, l'arrêt du Tribunal fédéral, lorsqu'il aborde une question juridique de principe, s'avère un *discours dual*.

D'une part, un *discours dans le cas* : la décision édictée par le Tribunal fédéral résout une situation litigieuse entre des parties. Le juge fédéral suprême reconstitue une histoire sur la base de faits advenus dans le passé, filtrés par les juridictions inférieures à lire l'article 105 alinéa 1 LTF. De ce passé, il recherche les éléments *juridiquement* – mêlant faits et droit – *pertinents*⁶¹ qui lui permettront de rétablir l'équilibre – le *juste* – dans le *cas particulier* et à *partir* de celui-ci. Dans sa sentence, le magistrat tient ainsi un rôle *réactif* : il écrit, il *arrête* le dernier chapitre d'une histoire particulière.

⁵⁸ Cf. BRENCI, pp. 443 ss.

⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_14/2009 du 2 avril 2009, c. 2, publié in ATF 135 III 397 (5 juges).

⁶⁰ Cf. BRENCI, pp. 443 ss.

⁶¹ Cf. BRENCI, pp. 443 ss.

D'autre part, et surtout, un *discours à l'occasion du cas*. Sous cette perspective, le juge fédéral suprême, à l'occasion d'une contestation soulevant une interrogation juridique fondamentale, arrête, de manière temporairement définitive, une réponse qui consacre l'existence d'un archétype juridique, en d'autres termes d'un type juridique premier affirmé en autorité. Certes, le Tribunal fédéral existe pour résoudre dernièrement les conflits, pour *ré-agir* aux déséquilibres qui peuvent survenir entre les justiciables. Son rôle d'autorité judiciaire suprême lui donne néanmoins une envergure – hormis lorsque la loi lui retire sa compétence suprême – que ne possède nulle autre juridiction. A l'occasion d'un cas, il peut *pro-agir*, établir *en autorité* un type juridique *premier* qui s'impose non seulement aux parties au procès mais encore à tous. En d'autres termes, il *dit le droit*⁶².

Dire le droit. Mission de la plus haute importance : après l'édiction d'une loi par le législateur, les tribunaux réalisent son interprétation. Confronté à un cas, le Tribunal fédéral doit, sous peine de déni de justice, trancher l'affaire en ce sens qu'il doit, le cas échéant, *faire suprêmement jurisprudence*, c'est-à-dire édicter souverainement une pratique « provisoirement définitive », généralement applicable jusqu'à ce qu'une nouvelle cause vienne modifier voire « abroger » la règle jurisprudentielle précédemment établie. Cette vision sur l'avenir est empreinte de prudence en raison de la contingence des cas : l'arrêt du Tribunal fédéral pose, pour un temps indéterminé mais provisoire, une règle de droit sur la base et à l'instar d'une loi, une *jurisprudence*, valable pour tous les justiciables ressortissant de sa compétence.

B. De la question juridique de principe : un rôle renouvelé

A la lumière des enseignements qui précèdent, singulièrement de la nature des notions d'autorité judiciaire suprême et de la question juridique de principe, se pose l'interrogation suivante : le Tribunal fédéral est-il une simple troisième instance, c'est-à-dire le dernier tribunal ordinaire à la suite des autorités judiciaires fédérales ou cantonales inférieures, ou la *Cour suprême*, à savoir la juridiction qui clôt formellement les voies de recours et – surtout – dont la parole porte sur les plus importantes interrogations juridiques ?

⁶² Cf. BRENCI, pp. 443 ss.

Cf., pour quelques exemples jurisprudentiels, Arrêt du Tribunal fédéral 4A_518/2012 du 8 janvier 2013, c. 1 (3 juges) ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_391/2012 du 20 septembre 2012, c. 2 (5 juges).

Ainsi introduisons-nous le rôle de la question juridique de principe, lequel participe de l'acte de juger. Celui-ci se comprend de manière *duale*. D'une part, il recherche à rétablir l'équilibre général, social, notamment en arrêtant un sens interprétatif du droit pertinent pour la résolution de futurs cas semblables. D'autre part, il contient le litige, en tranchant le conflit singulier : « [...] l'acte de juger a pour horizon un équilibre fragile entre les deux composantes du partage : ce qui dé-partage ma part de la vôtre et ce qui, d'autre part, fait que chacun de nous prend part à la société. C'est à cette juste distance entre les partenaires affrontés, trop près dans le conflit et trop éloignés l'un de l'autre dans l'ignorance, la haine ou le mépris que se résument les deux aspects de l'acte de juger : d'un côté – finalité courte – mettre fin à l'incertitude, séparer les parties ; de l'autre – finalité longue – paix sociale. »⁶³

Au croisement du passé – le litige – et de l'avenir – l'interprétation – du droit, le Tribunal fédéral, en sa qualité de Cour suprême chargée d'assurer l'unité du développement du droit, joue un rôle dual : il est, comme nous l'avons affirmé, Cour dernière et simultanément Cour première.

Détenteur de l'autorité judiciaire suprême, le Tribunal fédéral dispose de l'autorité pour *rendre souverainement justice dans le cas*, pour résoudre, en ultime instance, le différend entre des parties. En cette qualité, le juge fédéral endosse le rôle de *l'arbitre suprême* et, par sa parole, clôt tant substantiellement que procéduralement la cause.

Le rôle du juge fédéral suprême ne se limite point à la perspective du cas ; il embrasse également – et surtout – celle de la *cause juridique*, en vue de la compréhension de la *chose juridique*. Le Tribunal fédéral accomplit une tâche qui n'incombe pas, ou tout du moins pas dans la même mesure, aux tribunaux inférieurs : un tribunal suprême n'est pas précisément destiné à refaire une nouvelle fois le procès. En tant que juridiction suprême, il doit garantir l'unité de l'application du droit et le développement de celui-ci⁶⁴. Cette mission se justifie encore plus dans un Etat fédéral puisque la sauvegarde de l'unité du droit fédéral impose l'existence d'une juridiction qui interprète de manière souveraine ce droit et dont les décisions obligent les gouvernements et les tribunaux des Etats membres.

⁶³ Cf. BRENCI, pp. 499 ss.

⁶⁴ Cf. BRENCI, pp. 499 ss.

C'est dans ce contexte qu'est mise en lumière une correspondance entre la question juridique de principe et la mission du Tribunal fédéral : *celle-là réalise la finalité de celui-ci*. La question juridique de principe traduit d'abord l'autorité détenue par les juges fédéraux pour trancher une question juridique donnant lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral chargé, en sa qualité de Cour suprême, d'arrêter une interprétation uniforme du droit fédéral⁶⁵. La question juridique de principe embrasse ensuite la *finalité courte* : en affirmant l'existence d'un archétype juridique à l'occasion du cas, le Tribunal fédéral se prononce *dans le cas*, résout le litige individuel porté devant lui.

Par une lecture conjointe de l'article 29a première phrase ainsi que des articles 188 et suivants, notamment les articles 188 alinéa 1 et 191 Cst. féd., apparaît la mission première du Tribunal fédéral. Celui-ci, plus qu'une simple troisième et dernière instance ordinaire, est *Cour suprême* : sa voix résonne non seulement auprès des parties, mais surtout dans tout l'ordre juridique. *Autorité judiciaire suprême de la Confédération* au regard de la Constitution fédérale, il ne peut cependant s'exprimer sur toute question. Sa nature et son rôle concentrent sa parole sur une mission, celle d'arrêter, à l'occasion d'un cas et de manière temporairement définitive, l'interprétation du droit fédéral et du droit international.

Cette nature reflète la finitude de la tâche du Tribunal fédéral. Les alinéas deuxième et troisième de l'article 191 ne consacrent pas un accès illimité tempéré par l'existence de correctifs, en particulier des restrictions d'accès. Ces dispositions prévoient une *garantie d'accès au Tribunal fédéral concentrée – mieux, finalisée – aux seules causes soulevant une interrogation fondamentale pour l'avenir interprétatif du droit suisse*. Dans ces circonstances, la question juridique de principe, en tant que traduction de l'autorité judiciaire suprême, reflète cette sauvegarde et représente le critérium procédural premier de l'accès au Tribunal fédéral, *réalisant corollairement la décharge de ce dernier* : les juges fédéraux entrent exclusivement en matière sur les contestations, quelles que soient leur domaine ou leur nature – nous songeons en particulier à la distinction, peu pertinente dans le contexte de la question juridique de principe, entre les causes pécuniaires et celles non pécuniaires – soulevant potentiellement une question juridique de principe⁶⁶.

⁶⁵ Cf., à ce sujet, Arrêt du Tribunal fédéral 4A_14/2009 du 2 avril 2009, c. 2, publié in ATF 135 III 397 (5 juges).

⁶⁶ Cf. BRENCI, pp. 499 ss.

Cf. notamment Arrêt du Tribunal fédéral 4A_314/2011 du 3 novembre 2011, c. 1.1, publié in ATF 137 III 580 (5 juges).

Il convient de s'attarder sur la formulation de l'article 191 Cst. féd., qui, sur le plan de l'épistémologie du droit, la préséance de la question juridique de principe. Par sa teneur, cette disposition accorde au législateur fédéral une simple *faculté* d'introduire une valeur litigieuse et des exclusions d'accès en tant que critères de recevabilité. Ainsi, par une lecture conjuguée des articles 188 et 191 Cst. féd., il appert que la Constitution fédérale traite de manière différente la question juridique de principe, d'une part, la valeur litigieuse et l'exclusion d'accès, d'autre part : celles-ci existent seulement en cas d'usage par le législateur de la faculté réservée par la Constitution fédérale ; celle-là s'impose *ex constitutione*.

A bien lire, la question juridique de principe, même « reléguée » en fin de phrase à l'article 191 alinéa 2 Cst. féd., même « absente » du texte de l'article 191 alinéa 3 Cst. féd., est au centre de l'esprit de ces dispositions. Elle traduit, du point de vue substantiel et procédural, le sens des articles 188 et 191 Cst. féd., puisque non seulement elle ouvre les portes du Tribunal fédéral pour permettre la résolution du cas, mais surtout elle garantit l'accès aux seules contestations soulevant une interrogation fondamentale pour l'avenir interprétatif du droit, dont la réponse est arrêtée en autorité par les juges fédéraux suprêmes.

Cette conclusion, respectueuse du but poursuivi par la question juridique de principe et par la mission du Tribunal fédéral, renouvelle la lecture afférente à l'économie des conditions de recevabilité, aux liens entre la question juridique de principe, la valeur litigieuse et l'exclusion d'accès. En effet, la valeur litigieuse et l'exclusion d'accès, loin de garantir la saisine du Tribunal fédéral, la restreignent *absolument*, c'est-à-dire sans prendre en compte le cas, et notamment les difficultés juridiques que la contestation comporte. En ce sens, elles sont des conditions de recevabilité qui ne réalisent aucune finalité du Tribunal fédéral et qui traduisent la confusion résultant de l'assimilation de la décharge au rang de but, alors que cette dernière consiste en la traduction de *l'ensemble des moyens mis en œuvre pour atteindre le réel but des révisions constitutionnelle et légale*.

III. Des liens entre la nature du Tribunal fédéral et la question juridique de principe : critiques du projet de loi

Avant d'aborder la critique centrale du projet, il convient de relever certaines contradictions au sein du texte de la nouvelle projetée :

- Comment définir de manière uniforme la notion de « cas particulièrement important » ? En effet, sa compréhension doit passer par une comparaison avec la compréhension contemporaine, singulièrement de la jurisprudence. Selon cette dernière, un cas est dit particulièrement important, en premier lieu, lorsque la procédure à l'étranger⁶⁷ présente une violation de principes fondamentaux ou qu'elle comporte d'autres vices graves. Il doit s'agir d'un risque vraisemblable pour la vie ou l'intégrité corporelle d'une personne à extraditer, des conditions de détention dans le pays requérant l'extradition, voire des affaires politiquement sensibles ou ayant une grande portée humanitaire. En second lieu, un cas est considéré comme particulièrement important lorsque la cause soulève une *question juridique de principe*, singulièrement lorsque l'autorité inférieure s'écarte de la jurisprudence arrêtée par le Tribunal fédéral⁶⁸.
- En lien avec ce qui précède, il est difficilement compréhensible que la notion de « cas particulièrement important », au regard de sa nouvelle place dans la nouvelle projetée, ne soit pas consacrée à l'article 20 alinéa 2 2^{ème} phrase LTF, comme critère provoquant la réunion de cinq magistrats.

⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_216/2007 du 20 septembre 2007 (3 juges) ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_187/2007 du 10 juillet 2007, c. 2.2.2., publié in ATF 133 IV 271 (5 juges) ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_96/2007 du 10 mai 2007, c. 3, publié in ATF 133 IV 131 (3 juges).

La question de savoir si une irrégularité fondamentale de procédure en Suisse correspond à une éventualité de l'art. 84 LTF demeure disputée. Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 1C_216/2007 du 20 septembre 2007 (3 juges).

Cf., pour le surplus, BRENCI, pp. 114 ss.

⁶⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_122/2011 du 23 mai 2011 (5 juges) ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_485/2010 du 20 décembre 2010, c. 1, publié in ATF 137 II 129, c. 1 (5 juges) ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_187/2007 du 21 juin 2010, c. 1.1, considérant non publié in ATF 133 IV 271 (3 juges) ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_219/2010 du 25 mai 2010, c. 4 (3 juges) ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_91/2007 du 23 octobre 2007, c. 1.3 (5 juges) ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_125/2007 du 30 mai 2007, c. 1.2, publié in ATF 133 IV 125 (3 juges).

A. Des liens entre la nature du Tribunal fédéral et la question juridique de principe : une lecture renouvelée des liens avec les restriction d'accès (valeur litigieuse) et exclusion d'accès

D'un point de vue historique, la réforme constitutionnelle de la justice fédérale tend à « redonner au Tribunal fédéral les moyens de remplir ses fonctions qui incombent à la plus haute instance judiciaire d'un Etat de droit moderne : être la dernière instance qui connaît des litiges d'importance fondamentale. [...] Le Tribunal fédéral doit être [...] déchargé de certaines tâches annexes ([...], examen des faits, cas d'importance secondaire, [...]) afin de pouvoir à nouveau se concentrer sur les questions juridiques essentielles et assurer l'application uniforme et l'évolution du droit fédéral [nous soulignons] »⁶⁹, ceci dans le but d'assurer « le bon fonctionnement du Tribunal fédéral en tant que cour suprême »⁷⁰ et de garantir « une meilleure protection juridictionnelle par l'introduction d'une garantie générale des voies de droit »⁷¹.

Aux yeux du Conseil fédéral et des parlementaires, le Tribunal fédéral est une Cour suprême⁷², chargée de la protection juridique efficace, de la garantie de l'unité du droit et de son développement⁷³. Le Conseil fédéral précise sa position : « Alors que la garantie de l'unité du droit et son développement sont des tâches premières et spécifiques d'un tribunal suprême, c'est aux instances précédentes qu'il appartient en premier lieu d'assurer la protection juridique des particuliers. »⁷⁴

Pour rétablir l'équilibre entre fins et moyens, il s'impose de renouveler les liens qu'entretient la question juridique de principe avec la valeur litigieuse et l'exclusion d'accès. Ces dernières, à suivre l'esprit des articles 188 et 191 Cst. féd., dépendent de la question juridique de principe, en sa qualité de traduction de la mission du Tribunal fédéral. La valeur litigieuse tient un rôle accidentel, entrant seulement en scène en cas d'absence de question juridique de principe⁷⁵ ; l'accès ne peut être exclu lorsque la contestation soulève une question juridique de principe.

⁶⁹ FF 1997 I, p. 21.

Cf. également BO/CN 1998, p. 396 du Tiré à part (GROSS, citant KÖLZ).

⁷⁰ FF 1997 I, p. 35.

⁷¹ FF 1997 I, pp. 35 s.

⁷² FF 1997 I, p. 78.

⁷³ FF 1997 I, pp. 35 s., p. 78 et pp. 496 ss ; BO/CN 1998, p. 400 du Tiré à part (PELLI) ; BO/CE 1998, p. 104 du Tiré à part (KOLLER) : « [...] Das Bundesgericht als oberstes Gericht soll wieder vollumfänglich funktionsfähig und vor allem die beiden wichtigsten höchstrichterlichen Funktionen, die Wahrung der Rechtseinheit und die Rechtsfortbildung, wieder sicherstellen. [nous soulignons] »

⁷⁴ FF 1997 I, p. 496.

⁷⁵ Cf. BRENCI, pp. 520 ss.

La question juridique de principe poursuit une finalité précise, la diction suprême du droit à l'occasion du cas, contenant la résolution du litige particulier. Cette approche renouvelle l'interprétation de la question juridique de principe en tant que *moyen de recevabilité*.

D'un point de vue procédural, la question juridique de principe se voit réservée par la pratique contemporaine, dans ses rapports avec la valeur litigieuse ou l'exclusion de compétence, une place de second rang. La présente novelle lui accorde le même rôle, comme *exception de l'exception*. Assurant une interprétation uniforme de la question juridique de principe et reléguant cette dernière à un rôle subsidiaire, *accidentel*, cette approche séduit. La question juridique de principe est *contrôlée* par des critères familiers, tant la valeur litigieuse que l'exclusion d'accès, connus sous l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire. Sur une notion douteuse, *juridiquement indéterminée* et inédite – la question juridique de principe n'était autrefois pertinente que pour la composition de la cour (art. 15 al. 2 OJ 1991) et n'entrait pas en ligne de compte pour la recevabilité des recours – prévalent des conditions connues, observables, sûres.

Certes, la question juridique de principe consiste en un critère formel, en un élément dont dépend la recevabilité du recours. Toutefois, nous rejetons son interprétation univoque, marque d'un idéalisme juridique enté sur l'homogénéité conceptuelle, pour soutenir la multiplicité, l'acception plurielle de la question juridique de principe. L'*approche pragmatique* de la question juridique de principe et la finalité du Tribunal fédéral, en sa qualité de détenteur de l'autorité judiciaire suprême guident, à notre sens, la compréhension de la nature de la question juridique de principe en tant que *moyen d'accès au Tribunal fédéral*.

L'interprétation conjuguée de la notion d'autorité judiciaire suprême et de la définition renouvelée de la question juridique de principe conduit ainsi à dépasser le statut accidentel assigné à la question juridique de principe, pour la consacrer, selon l'esprit des articles 188 et 191 Cst. féd., en qualité de *critérium premier de l'accès au Tribunal fédéral quelles que soient les circonstances*, critère contribuant de surcroît à la décharge du Tribunal fédéral.

S'éloignant de l'approche contemporaine, celle du Tribunal fédéral comme simple troisième instance ordinaire dont l'accès est principiellement illimité, exceptionnellement restreint par des limitations d'accès, notre perspective consacre un Tribunal fédéral *finalisé* par sa qualité de détenteur de l'autorité judiciaire suprême, dont la saisine est *naturellement réservée* aux seules questions juridiques de principe. Ces dernières n'étant point secondaires mais bien premières, il importe de redéployer leurs liens avec la *valeur litigieuse* et l'*exclusion d'accès*.

Par la valeur litigieuse et par l'exclusion d'accès, précisément par leur primordialité sur la question juridique de principe, les législateurs, jurisprudence et doctrine contemporains rétablissent, en particulier dans le contexte de la recevabilité des recours, le primat de la loi, au détriment de la parole souveraine du magistrat, nonobstant la lettre et l'esprit de l'article 191 Cst. féd.

Expression de la volonté du législateur, la valeur litigieuse *détermine nécessairement* l'accès au Tribunal fédéral. Les juges fédéraux se limitent ainsi à des seuils établis dans la loi, à affirmer la recevabilité en opérant un examen en conformité aux critères légaux des prétentions réclamées par la partie recourante, sans porter leur regard sur l'objet de la contestation, sur l'interrogation juridique.

La figure de la volonté du législateur est encore plus présente dans l'exclusion d'accès, telle que prévue à l'article 191 alinéa 3 Cst. féd. A suivre cette disposition et selon ses commentateurs, aucun accès au Tribunal fédéral n'est possible, nonobstant l'éventuelle présence d'une question juridique de principe, lorsque la loi retire un domaine de la cognition des juges fédéraux. A ce titre, l'avis préjudiciel reflétait l'autorité-*auctoritas* judiciaire suprême du Tribunal fédéral : ce dernier, saisi à l'occasion d'une cause pendante, sur laquelle il ne pouvait substantiellement se prononcer en raison de son incompétence *ex lege*, exprimait toutefois son avis, sur requête préjudicielle, lorsque apparaissait une complexité juridique mettant en jeu l'avenir interprétatif du droit. La suppression de cette institution érige la loi au rang d'unique référent pertinent, lequel, sous l'angle de la recevabilité, *détermine* avec certitude, prévisibilité et uniformité l'accès à la parole judiciaire suprême. Non seulement rejetées, mais surtout sciemment écartées de la cognition du Tribunal fédéral, les complexités du cas n'interviennent pas dans l'appréciation juridique, fût-ce en qualité d'avis.

Ces développements rejoignent ainsi ceux sur la nature du Tribunal fédéral et sur la finalité de la question juridique de principe, précisément sur leur dégradation. En effet, la relégation de la question juridique de principe au profit de la valeur litigieuse, même son annihilation dans le contexte de l'exclusion d'accès, altèrent la mission du juge fédéral suprême.

Celle-ci ne s'inscrit plus principiellement dans l'orbe de la *cause*, dans l'enquête de la chose juridique – perspective de la question juridique de principe –, mais s'apparente, dans le contexte de la valeur litigieuse, à l'office d'un magistrat ordinaire de première ou de deuxième instance, celui de trancher le *litige particulier*, voire ne peut pas se réaliser, dans l'hypothèse de l'exclusion d'accès. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral n'est plus l'autorité-*auctoritas* judiciaire suprême de la

Confédération, dont la tâche première est d'affirmer l'existence d'un *archétype juridique* ; le primat de la valeur litigieuse et de l'exclusion d'accès fait du *Tribunal fédéral, principiellement, une juridiction ordinaire de dernier ressort, accidentellement une Cour suprême*⁷⁶, les juges fédéraux suprêmes se prononçant sur les plus importantes interrogations juridiques seulement lorsque la valeur litigieuse n'est pas atteinte et à condition que le domaine ne soit pas exclu d'accès au Tribunal fédéral. Apparaît ainsi une double adultération de la finalité du Tribunal fédéral et de la finalité de la question juridique de principe. En premier lieu, cette dernière est pertinente seulement dans les contestations de nature pécuniaire, ne disposant d'aucun rôle dans la recevabilité des causes non-pécuniaires. En second lieu, l'érection de la valeur litigieuse et de l'exclusion d'accès comme figures premières de la saisine du Tribunal fédéral consacre la *préséance d'instruments procéduraux qui ne prennent nullement en compte la tâche du Tribunal fédéral, celle de dire suprêmement le droit*.

En ce qui concerne la valeur litigieuse, sa justification épistémologique comme condition d'accès au Tribunal fédéral doit être confrontée à la nature de ce dernier : la valeur litigieuse participe-t-elle, à l'instar de la question juridique de principe, de la mission première du Tribunal fédéral, celle de *rendre suprêmement la justice* ? En d'autres termes, la *valeur litigieuse est-elle un critérium propre pour l'accès au Tribunal fédéral* ?

A dire vrai, notre perspective montre le *caractère contre-naturel de la valeur litigieuse*. A l'occasion d'un cas singulier, la parole du Tribunal fédéral, détenteur de l'autorité judiciaire suprême, dit le droit en son principe, indépendamment d'éléments exogènes, précisément non finalisés à la nature du Tribunal fédéral, en particulier la valeur litigieuse. Notre exemple illustre le déséquilibre, même l'*injustice*, que représente cette dernière : comment justifier que la contestation de droit commercial soit examinée par le Tribunal fédéral, en tant que Cour suprême, pour le simple motif qu'elle dépasse un seuil pécuniaire, alors qu'elle ne soulève aucune question juridique de principe ? Dit plus abruptement, comment faire comprendre au justiciable que le critère financier puisse, à lui seul, ouvrir les portes de la juridiction souveraine du pays ?

Au vu de ce qui précède, un changement de nature de la valeur litigieuse s'impose. A réception d'un recours, les juges fédéraux suprêmes examinent la recevabilité de la contestation dans une perspective faite de convictions, de degrés, de vraisemblance. Les résultats auxquels ils aboutissent se présentent, lors, comme une pluralité d'*arguments* en vue de l'élaboration et de la justification du jugement, précisément de la recevabilité du recours. Nullement hiérarchisés, ces arguments ne

⁷⁶ Cf., pour un exemple jurisprudentiel montrant la relégation de la question juridique de principe par rapport à la valeur litigieuse, Arrêt du Tribunal fédéral 4A_273/2012 du 30 octobre 2012, c. 1.2.2, publié in ATF 138 III 620 (5 juges).

s'imposent absolument pas à l'instar d'une opération mathématique, ne permettent pas au juge de dire le réel « en vérité », mais fonctionnent comme une *argumentation que les magistrats éprouvent, évaluent, apprécient*, comme des *indices dans l'élaboration du jugement juridique, et plus précisément de la question juridique de principe*.

L'examen de la recevabilité s'inscrit alors dans une construction d'inférences, d'arguments des parties aux procès, de pondérations opérées par les magistrats, sur fond de seules vraisemblances. Il n'est assurément plus question de prémisses nécessaires, de syllogisme aux résultats à l'abri de toute controverse parce que découlant de la logique formelle. Ainsi s'annonce la logique que PAPAUX dénomme *indiciaire* : « [...] *indicium et index*, les sources latines du paradigme indiciaire de Ginzburg, ont à l'origine une signification purement juridique : ils désignent la preuve sensible, la découverte, ou l'information apportée par un témoin ou un informateur dans une situation publique d'enquête ou de jugement ; ou la personne qui les fournit. »⁷⁷

Dès lors, la valeur litigieuse, loin de représenter une condition de recevabilité *en soi, absolue* (« absolue », c'est-à-dire détachée du contexte) à la Cour suprême, consiste en un simple *indice parmi d'autres participant à la qualification de la cause en question juridique de principe*. A l'instar de ce qu'affirme la Cour européenne des droits de l'homme, « [l']appréciation de ce seuil est, par nature, relative et dépend des circonstances de l'espèce. [...] il y a lieu de prendre en compte notamment les éléments suivants : la nature du droit prétendument violé, la gravité de l'incidence de la violation alléguée dans l'exercice d'un droit et/ou les conséquences éventuelles de la violation sur la situation personnelle du requérant [...] l'enjeu de la procédure nationale ou son issue. »⁷⁸

Indice parmi d'autres, la valeur litigieuse contribue à la qualification de la contestation en question juridique de principe ; son importance, graduelle, dépendra des circonstances du cas. Ainsi, un recours avec une forte valeur litigieuse peut ne recéler aucune question juridique de principe ; inversement, une contestation à faible importance pécuniaire peut contenir une interrogation déterminante pour l'avenir interprétatif du droit.

En ce qui concerne l'exclusion d'accès, notre lecture de l'article 191 alinéa 3 Cst. féd. nous porte à affirmer que les articles 73, 79 et 83 LTF ne traduisent pas fidèlement le programme constitutionnel, réalisent, imparfaitement de notre point de vue, la faculté accordée au législateur par le constituant. La loi peut exclure l'accès au Tribunal fédéral en fonction du domaine juridique ; elle doit toutefois

⁷⁷ Cf. BRENCI, pp. 524 ss.

⁷⁸ Affaire *Giusti c/ Italie* (Requête n° 13175/03) du 18 octobre 2011, c. 24 ss.

assurer la saisine des juges fédéraux suprêmes, quel que soit le domaine juridique, lorsque la contestation soulève une question juridique de principe. C'est dans ce contexte de perplexité qu'est née, le 4 mars 2010, la motion parlementaire dénommée « Recours auprès du Tribunal fédéral contre les décisions du Tribunal administratif fédéral soulevant une question juridique de principe dans une affaire de droit public » et déposée par le Conseiller aux Etats Claude JANIAK⁷⁹.

Dès lors, il importe de *modifier* les articles 73, 79 et 83 LTF, en réservant toujours l'accès au Tribunal fédéral dans l'hypothèse où une question juridique de principe se pose. En ce sens, la nouvelle projetée apporte une correction souhaitée.

B. Des liens entre la nature du Tribunal fédéral et la question juridique de principe : la suppression du recours constitutionnel subsidiaire

Dans son commentaire de l'article 113 LTF, FRESARD tient les propos suivants : « L'admissibilité du recours constitutionnel subsidiaire dépend pour une grande part de l'interprétation qui est donnée à la notion de "question juridique de principe". Une interprétation large réduit d'autant le champ d'application du recours constitutionnel subsidiaire et inversement. En fonction de cette interprétation, la recevabilité des deux recours présente une géométrie réciproquement variable. En raison précisément de l'introduction du recours constitutionnel subsidiaire (à un stade avancé du processus législatif) la jurisprudence tend à interpréter de manière restrictive la notion de "question juridique de principe" ; logiquement, cette interprétation est en tout cas plus restrictive que ne le prévoyait le Conseil fédéral dans son message, à une époque où seuls étaient envisagés les trois recours unifiés [...]. »⁸⁰

L'histoire de la loi sur le Tribunal fédéral nous apprend que le recours constitutionnel subsidiaire est le fruit d'une préoccupation relative à la protection des droits fondamentaux. La loi sur le Tribunal fédéral, selon la version projetée par le Conseil fédéral, délaissait l'ancien recours de droit public et créait *trois voies de droit unifiées*. Le justiciable pouvait, dans les recours en matière civile, en matière pénale ou en matière de droit public, invoquer une violation des droits fondamentaux, rendant ainsi *inutile* l'existence d'un moyen de droit spécifique.

⁷⁹ Motion 10.3054, intitulée « Recours auprès du Tribunal fédéral contre les décisions du Tribunal administratif fédéral soulevant une question juridique de principe dans une affaire de droit public », consultable sur le site Internet suivant : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103054.
Cf. également BO/CN 2010, p. 2147 (JOSITSCH).

Cf. encore BRENCI, pp. 530 ss.

⁸⁰ Cf. BRENCI, pp. 548 ss.

Dans ces circonstances naît le *recours constitutionnel subsidiaire*, s'ajoutant aux trois recours ordinaires⁸¹. Au-delà de l'origine historique, singulièrement de son rattachement à une institution procédurale déjà connue et habituellement employée, le recours constitutionnel subsidiaire poursuit, à lire les travaux parlementaires, un objectif particulier, celui d'assurer la protection des droits fondamentaux, que la contestation soulève ou non une question juridique de principe.

A dire juste, les recours ordinaires, dans le contexte desquels s'inscrit la question juridique de principe, et le recours constitutionnel subsidiaire poursuivent deux finalités distinctes⁸² : celui-ci tend à assurer la protection des droits fondamentaux *dans le cas* ; ceux-ci visent à dire, *à l'occasion du cas*, le droit de manière souveraine en fonction de l'importance de l'objet soumis à l'examen des juges fédéraux suprêmes. Ainsi, la protection des droits garantis par la Constitution fédérale est préservée, à sa façon, par la question juridique de principe : en admettant la recevabilité d'une contestation au motif que cette dernière présente une interrogation juridique fondamentale, le Tribunal fédéral non seulement résout le cas singulier, mais surtout arrête l'avenir interprétatif *des droits fondamentaux*⁸³.

Par sa parole, le Tribunal fédéral dispose de l'autorité pour réaffirmer, *à l'occasion du cas*, la nature nodale des droits fondamentaux, en tant que garanties de l'équilibre des relations entre le citoyen et les institutions étatiques. Ainsi retrouve-t-on deux approches, celle de la question juridique de principe d'une part, celle de la sauvegarde des droits fondamentaux, d'autre part. Dans ces circonstances, il s'agit d'examiner les droits fondamentaux non seulement *dans le cas*, au regard de l'atteinte subie spécifiquement par l'individu eu égard aux circonstances de l'espèce, mais surtout *à l'occasion du cas*, à la lumière de l'avenir interprétatif du droit suisse, de l'existence, même possible, d'un archétype juridique valable pour la société dans son ensemble.

La perspective téléologique, de laquelle nous nous réclamons, montre dès lors que la question juridique de principe réalise, *à sa manière*, la protection des droits fondamentaux. En d'autres termes, la suppression du recours constitutionnel subsidiaire, telle que projetée, tend à affirmer la nature « Cour suprême » du Tribunal fédéral, perspective de laquelle nous nous réclamons.

⁸¹ Cf. le document consultable à l'adresse Internet suivante : http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesrechtspflege/ber-agvorschlag-f.pdf
Cf. également BO/CN 2004, p. 1574 (VISCHER), p. 1576 (HUBER) et pp. 1602 s. (CINA).

⁸² Cf. BRENCI, pp. 548 ss.

⁸³ Cf. BRENCI, pp. 548 ss.

Conclusion

La question juridique de principe traduit l'autorité judiciaire suprême du Tribunal fédéral : ce dernier, par sa parole souveraine, *rend ultimement la justice*. A l'occasion du cas, soit par l'interrogation que soulève le litige entre des parties, *il consacre une interprétation juridique première* (art. 20 al. 2 LTF), laquelle participera à la résolution de conflits à venir. D'une *question juridique de principe alléguée en hypothèse* par les parties, le Tribunal fédéral consacre *une question juridique de principe arrêtée en substance, somme toute une réponse temporairement définitive*.

Sous l'angle procédural, la question juridique de principe est le *moyen premier, le critérium formel primordial pour accéder* au Tribunal fédéral. Cette interprétation, reflet d'une approche pragmatique de l'accès au Tribunal fédéral, trouve une assise littérale, historique, systémique et téléologique dans la Constitution fédérale. Traductions de l'autorité judiciaire suprême, les articles 188 et 191 Cst. féd. s'unissent pour ériger la question juridique de principe comme critère de recevabilité principal, garantissant l'accès aux seuls recours contenant une question juridique de principe *en hypothèse* (art. 109 al. 1 LTF).

Ainsi, les *nuances* ancrées dans les textes constitutionnel et légaux deviennent centrales. Il convient de les rappeler.

La loi sur le Tribunal fédéral traduit la notion de *contestations*, prévue à l'article 191 alinéa 2 Cst. féd., de manière duale : tantôt la question juridique de principe s'inscrit-elle dans le contexte substantiel, celui de la *cause*, indiquant que l'interrogation comporte un *principe juridique, dont la portée s'étend au-delà du litige pendant* ; tantôt relève-t-elle du contexte procédural, celui du *recours*, la question juridique de principe faisant ainsi office de *critère de recevabilité*. Bien plus, la question juridique de principe apparaît en filigrane du changement de jurisprudence, du précédent (art. 23 LTF), de l'arrêt de principe (art. 58 al. 1 RTF) ou encore du cas particulièrement important (art. 84 et 84a LTF). A ce titre, la *composition de la cour* tient une place nodale. Loin d'une banale préoccupation organisationnelle, elle reflète l'autorité de la parole du Tribunal fédéral : une cour siégeant à cinq juges, selon l'article 20 alinéa 2 LTF, indique l'existence d'une question juridique de principe substantielle – *question juridique de principe en substance* – ; celle de trois juges, au sens de l'article 109 alinéa 1 LTF, a pour tâche d'examiner si le recours soulève *possiblement* une question juridique de principe, impliquant alors la réunion de cinq magistrats – *question juridique de principe en hypothèse*. Si la « découverte » de la question juridique de principe est le propre des juges

fédéraux suprêmes, les parties participent à cette quête : par la *motivation du mémoire*, elles *indiquent*, précisément exposent – sans tendre à la démonstration –, une *argumentation* relative à la potentielle présence d'une question juridique de principe.

Traduction de l'autorité judiciaire suprême, la question juridique de principe tient le premier rôle dans l'accès au Tribunal fédéral. Notre perspective montre le caractère contre-naturel de la *valeur litigieuse* : à l'occasion d'un cas singulier, les juges fédéraux suprêmes, détenteurs de l'autorité judiciaire suprême, disent le droit en son principe, indépendamment d'éléments non finalisés à la nature du Tribunal fédéral, en particulier la valeur litigieuse. Notre approche insiste également sur l'injustice que peut représenter la valeur litigieuse : comment maintenir l'harmonie démocratique assurée par le Tribunal fédéral en sa qualité de *Cour suprême*, c'est-à-dire de juridiction (*juris-dictio*) essentiellement chargée de se prononcer sur les plus importantes interrogations juridiques, alors que le seul critère financier en permet l'accès indépendamment de la problématique soulevée par la cause ? Dans ces circonstances, notre enquête conclut à un changement de nature de la valeur litigieuse : cette dernière, sans être un critère de recevabilité en soi, représente, d'un point de vue épistémologique, un *indice*, prenant ainsi part à la détermination de la possible existence d'une question juridique de principe.

L'érection du Tribunal fédéral en *l'autorité-auctoritas judiciaire suprême de la Confédération*, dont la mission consiste à dire l'avenir interprétatif du droit fédéral, renouvelle l'économie entre la question juridique de principe et l'exclusion d'accès. Critiquable sur le plan institutionnel, l'exclusion d'accès met épistémologiquement en péril la nature du Tribunal fédéral, en sa qualité de Cour suprême : un domaine, quel qu'il soit, doit toujours parvenir au Tribunal fédéral dans l'hypothèse où une contestation soulève une question juridique de principe. Dans ces circonstances, nous soutenons l'existence d'une *réserve implicite* à l'article 191 alinéa 3 Cst. féd., qui corrige la conséquence de l'interprétation contemporaine consacrant le Tribunal fédéral au rang de *Cour suprême partielle et accidentelle*, uniquement compétente lorsque la loi n'exclut pas le domaine. La législation peut exclure la compétence du Tribunal fédéral dans certains domaines du droit ; *l'accès doit cependant demeurer ouvert pour les contestations soulevant une question juridique de principe, permettant ainsi aux juges fédéraux suprêmes de se prononcer sur les interrogations juridiques fondamentales* (art. 191 al. 1 et 3 Cst. féd.). Cette lecture ouvre ainsi la porte à un changement des articles 73, 79 et 83 LTF, précisément à l'introduction de la question juridique de principe en qualité de garantie d'accès. Sans cette interprétation, il s'imposera de préalablement amender l'article 191 alinéa 3 Cst. féd. et rendre explicite la *garantie implicite* prévue par cette disposition avant d'introduire une modification législative.

Notre lecture de la question juridique de principe a révélé les ressorts historiques, comparatistes et métaphysiques du recours constitutionnel subsidiaire. Nous avons proposé un renouvellement de l'équilibre entre cette dernière voie de droit et la question juridique de principe en fonction de *la finalité première du Tribunal fédéral*, celle de dire souverainement le droit en fonction de l'importance de la cause, y compris dans le domaine des droits fondamentaux. Dès lors, la suppression du recours constitutionnel subsidiaire intervient à bon escient.

Notre rapport se conclut sur un *choix interprétatif* entre, d'une part, la lecture contemporaine, consacrant l'univocité de la question juridique de principe, et, d'autre part, celle renouvelée, embrassant les multiples facettes de la question juridique de principe, sans pour autant la précipiter dans les abîmes de l'équivocité. Dans cette perspective, elle a montré deux « erreurs » dans l'interprétation actuelle, toutes deux conséquences d'une confusion épistémologique. En érigeant la décharge du Tribunal fédéral au rang d'objectif quasi exclusif des réformes constitutionnelle et légale de la justice – rappelons à ce titre que le Message du Conseil fédéral ne la prévoit pas comme but de la révision constitutionnelle –, les jurisprudences et doctrines contemporaines l'abordent comme une finalité, alors que la décharge consiste en vérité en une *traduction de l'ensemble des moyens mis en œuvre pour atteindre le réel but des révisions constitutionnelle et légale*, celui de « [...] créer les conditions permettant au Tribunal fédéral de remplir à nouveau de façon optimale ses tâches spécifiques de juridiction suprême. [nous soulignons] »⁸⁴ Cette confusion emporte une lecture adultérée de l'article 191 alinéa 2 Cst. féd. : alors que sa lettre et son esprit font de la question juridique de principe le critérium premier de l'accès au Tribunal fédéral, la valeur litigieuse, une condition subsidiaire, les législateur, jurisprudences et doctrines contemporaines s'accordent pour en inverser le sens, la valeur litigieuse devenant principielle, la question juridique de principe, accidentelle.

En Introduction au présent rapport affirmions-nous que l'analyse de la question juridique de principe nous mènerait à dépasser l'examen de cette seule notion. Ainsi, notre quête nous a porté à sonder la nature du Tribunal fédéral, singulièrement à mettre en lumière les hésitations contemporaines à son égard.

⁸⁴ FF 1997 I, p. 502.

Le constituant, le législateur, la jurisprudence et la doctrine concordent pour affirmer le rôle du Tribunal fédéral : ce dernier, en sa qualité de Cour suprême, a pour mission essentielle la résolution des interrogations fondamentales du droit, cette tâche dépassant ainsi celle de l'arbitrage dans un litige particulier. Or, à l'heure d'interpréter l'article 188 alinéa 1 Cst. féd., les législateur, jurisprudence et doctrine actuelles consacrent une lecture univoque, exclusivement institutionnelle : le Tribunal fédéral, troisième pouvoir de la Confédération, est la dernière instance juridictionnelle, seule au sommet de la hiérarchie judiciaire. Cette approche s'avère cependant partielle.

L'autorité judiciaire suprême du Tribunal fédéral est elle-même une notion à la nature *duale*. Si elle contient effectivement un aspect organisationnel, elle comporte essentiellement une signification substantielle : le Tribunal fédéral dit souverainement le droit, détient l'ultime parole sur l'avenir interprétatif du droit suisse. Dans ces circonstances, la question juridique de principe représente non seulement la condition première pour accéder au Tribunal fédéral, mais surtout la traduction de l'autorité judiciaire suprême.

Ainsi, l'interprétation actuelle de la question juridique de principe reflète la lecture de l'autorité judiciaire suprême menée par la pratique contemporaine, précisément les hésitations de celle-ci sur la nature du Tribunal fédéral. Nombre d'auteurs qualifient ce dernier de Cour suprême de la Confédération, chargée de répondre aux plus importantes interrogations du droit suisse. Or, l'approche restrictive de la question juridique de principe, retenue non seulement par la doctrine, mais encore par la législation et la jurisprudence, indique, nous semble-t-il, une dénaturation du Tribunal fédéral, celui-ci étant réduit au rang de dernière instance ordinaire. A ce titre, nous nous rallions aux propos de SCHILLER : « L'alternative [Cour suprême ou troisième instance ordinaire] devant laquelle nous nous trouvons est finalement la suivante : voulons-nous un Tribunal fédéral qui présente la garantie de la plus haute qualité ou un Tribunal fédéral auquel tout un chacun ait accès ? *Vouloir les deux en même temps serait une utopie.* [nous soulignons] »⁸⁵

Dans un but de cohérence et à l'instar de ce qu'affirme SCHILLER, un choix de nature s'impose puisqu'un tel mélange fait apparaître le Tribunal fédéral comme une institution à la nature *hésitante* : il serait principiellement une juridiction ordinaire de dernière instance, accidentellement et partiellement une autorité judiciaire suprême, en raison de la prévalence de la valeur litigieuse sur la question juridique de principe et de l'existence de l'exclusion absolue d'accès. Cette hybridité

⁸⁵ Cf. la citation in BRENCI, p. 569.

interpelle : *elle est, à dire vrai, le fruit d'un discours équivoque, lequel se voulait initialement univoque.*

Tantôt le Tribunal fédéral constitue-t-il, comme nous le soutenons à la lumière des enseignements de la philosophie du droit, la Cour suprême de la Confédération, dont la mission essentielle dans une société démocratique consiste en la résolution, à l'occasion d'un cas, des plus importantes interrogations de droit. Dans ce contexte, la question juridique de principe, traduction de l'autorité judiciaire suprême, est la seule figure pertinente pour réaliser la finalité du Tribunal fédéral et pour garantir la saisine de ce dernier, impliquant *la relégation de la valeur litigieuse au rang d'un indice*, parmi d'autres, de la question juridique de principe, la *prohibition de l'exclusion d'accès absolue* et la primordialité par rapport au recours constitutionnel subsidiaire. Car, à dire vrai, la question juridique de principe assure non seulement la décharge des juges fédéraux suprêmes, mais surtout, du point de vue du justiciable, l'égalité de l'accès auprès d'eux.

Tantôt le Tribunal fédéral est-il une juridiction ordinaire de dernière instance, auprès de laquelle toute cause peut parvenir quelle que soit son importance substantielle, ce que nous dénonçons. Dans ces circonstances, la question juridique de principe *doit s'effacer*, ne constituant nullement un critère pertinent pour saisir le Tribunal fédéral, au profit de restrictions d'accès, telles la valeur litigieuse ou l'exclusion d'accès.

Lausanne, le 29 février 2016

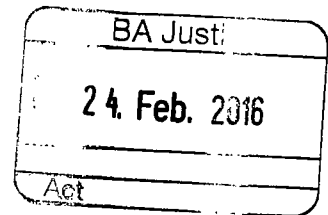
Alessandro Brenci

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'A. Brenci', with a stylized flourish at the end.

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



DIE PRÄSIDENTENKONFERENZ
CH - 1000 Lausanne 14
Tel. 021 318 91 11
Fax 021 323 37 00
Korrespondenznummer 10.9 / 10.1.1.2.5



An die Vorsteherin des
Eidg. Justiz- und Polizeidepartements
Frau Bundesrätin
Simonetta Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

vorab per E-Mail an:
cornelia.perler@bj.admin.ch

Lausanne, 22. Februar 2016/web

Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sie haben das Bundesgericht eingeladen, im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens bis 29. Februar a.c. zur Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Das Bundesgericht stellt mit Zufriedenheit fest, dass der Vernehmlassungsentwurf wesentliche Anliegen des Bundesgerichts aufnimmt. Ziel ist es, das Bundesgericht in seiner Hauptaufgabe und verfassungsrechtlichen Stellung als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes zu stärken, indem es die **Einheit der Rechtsprechung** in allen wesentlichen Rechtsgebieten gewährleisten und das **Recht fortbilden** kann. Der **Zugang** zum Bundesgericht soll dementsprechend zumindest dann offen stehen, wenn sich eine **Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung** stellt oder wenn der Fall **aus anderen Gründen besonders bedeutend** ist. Heute ist dies im öffentlichen Recht im Bereich des Ausschlusskataloges von Artikel 83 BGG und bei vorsorglichen Massnahmen nicht der Fall. Auf der anderen Seite muss die Erweiterung der Zuständigkeit des Bundesgerichts bei objektiv weniger bedeutenden und bei repetitiven Geschäften kompensiert werden. Beides wird mit dem Vernehmlassungsentwurf denn auch angestrebt.

Andererseits hat die Vorlage im bisherigen Prozess schon einige Änderungen erfahren. Insbesondere soll die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ganz entfallen; das Bundesgericht hatte dies nur dort vorgeschlagen, wo in Zukunft der Rechtsweg ans Bundesgericht ausnahmsweise offen ist, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. In

diesem Umfang ist der Ausschluss der subsidiären Verfassungsbeschwerde notwendig, weil viele dieser Fälle dem Bundesgericht sonst weiterhin unterbreitet würden und die angestrebte Entlastung insoweit entfielen. Weiter hat es bei den Ausnahmen für die Zuständigkeit des Bundesgerichts verschiedene zum Teil erhebliche Änderungen gegeben, namentlich im öffentlichen Recht im Asyl- und Ausländerrecht, beim Ausschlusskatalog des heutigen Artikel 83 BGG und ebenso im Strafrecht; ferner ist auch die Zuständigkeit im Bereich der politischen Rechte angepasst worden. Die vorgenommenen Änderungen sind überwiegend rechtspolitischer Natur. Das Bundesgericht verzichtet daher darauf, sich im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens dazu zu äussern.

Zur Ausschlussbestimmung von Artikel 83 Absatz 1 litera p E-BGG, welche gemäss Absatz 2 auch für Grundsatzfälle gelten soll, weisen wir immerhin darauf hin, dass wir die Begründung im Erläuternden Bericht nicht teilen. Das Bedürfnis nach zeitgerechter Entscheidung rechtfertigt diesen generellen Ausschluss nicht. Das Bundesgericht ist in der Lage, die Fälle über den Zugang anderer Anbieter zu Fernmeldediensten mit der gebotenen Beförderlichkeit zu behandeln.

In technischer Hinsicht erlauben wir uns im Übrigen anzumerken, dass uns der Hinweis von INGRES zutreffend erscheint. Im Markenrecht sollte der Rechtsweg ans Bundesgericht für Widerspruchs- und Löschungsverfahren gleich geregelt werden. Das Bundesgericht sollte auch hier übereinstimmend für Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung oder aus anderen Gründen besonders bedeutende Fälle zuständig sein.

Die Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes ist für das Bundesgericht unbestreitbar von grosser Bedeutung. Für Besprechungen stehen wir Ihnen und Ihren leitenden Beamten daher jederzeit gerne zur Verfügung.

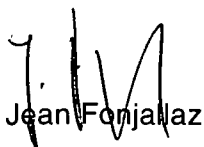
Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, den Ausdruck unserer ausgezeichneten Hochschätzung.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT

Die Präsidentenkonferenz

Der Vorsitzende


Jean Forjallaz

Der Generalsekretär


Paul Tschümperlin

Kopie (per E-Mail)

- Bundesstrafgericht
- Bundesverwaltungsgericht
- Bundespatentgericht



Erste Gerichtsschreiberin

Postfach, 9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 21 10
susanne.anderhalden@bpatger.ch
Registratur-Nummer: 021

Per E-Mail

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern
cornelia.perler@bj.admin.ch

St. Gallen, 19. Januar 2016

Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) – Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

In Beantwortung Ihres Schreibens vom 12. November 2015 nehmen wir zum Entwurf der Änderung des BGG gerne wie folgt Stellung:

Unmittelbar betroffen von der Änderung ist das Bundespatentgericht lediglich in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen (Art. 93b, Art. 98). Wir begrüssen, dass mit der Änderung gemäss Art. 93b für die vorsorglichen Massnahmen eine separate Bestimmung eingefügt wurde, die einfacher anwendbar zu sein scheint, als die bisherige Regelung in Art. 93. Da Massnahmeverfahren am Bundespatentgericht meist die Tragweite und Wichtigkeit ordentlicher Verfahren erreichen, erscheint es uns von Bedeutung, dass die "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung" nicht allzu restriktiv gehandhabt wird, damit die Anfechtungsmöglichkeit nicht über Gebühr eingeschränkt wird. Zu begrüssen ist die Aufhebung von Art. 98, womit die Anfechtungsmöglichkeit vorsorglicher Massnahmeentscheide erweitert wird.

Mit freundlichen Grüssen

lic. iur. Susanne Anderhalden

Kopie per E-Mail an:

- Bundesverwaltungsgericht
- Bundesstrafgericht
- Bundesgericht



Der Präsident / Die Präsidentenkonferenz

Postfach, 9023 St. Gallen
Telefon +41 58 70 52626
Registratur-Nummer: 024.1

A-Post

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Frau Bundesrätin S. Sommaruga
Bundeshaus West
3003 Bern

PDF- und Word-Version per E-Mail an:

cornelia.perler@bj.admin.ch

St. Gallen, 20. Januar 2016 / gul

Vernehmlassung: Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Für Ihre Einladung vom 12. November 2015 zur Stellungnahme im oben erwähnten Vernehmlassungsverfahren danken wir Ihnen bestens. Wir haben den Entwurf mit Interesse zur Kenntnis genommen.

Zur Hauptfrage der angestrebten Revision, ob fortan in allen Rechtsmaterien, welche von der sachlichen Zuständigkeit des Bundesgerichts als Beschwerdeinstanz ausgenommen sind, im Sinne einer Gegenausnahme ein Weiterzug möglich sein soll, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt, verzichtet das Bundesverwaltungsgericht – wie bereits während der Ämterkonsultation – auf eine Stellungnahme, da es sich dabei um eine rechtspolitische Frage handelt.

Gerne weisen wir jedoch noch auf einen folgenden Punkt in Bezug auf das Markenrecht hin.

Die Vernehmlassungsvorlage beseitigt nicht hinreichend die von der Swissness-Novelle (AS 2015, 3631 ff.) zwischen dem Widerspruchs- und dem Lösungsverfahren im Markenrecht geschaffene Asymmetrie der Instanzenzüge und Rechtsunsicherheit.

Durch eine Änderung von Art. 73 BGG will die Vorlage den bisher beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) beendeten Instanzenzug im Markenwiderspruchsverfahren (Art. 31 MSchG, SR 232.11) einem Weiterzug ans Bundesgericht (BGer) öffnen, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Urteile des BVGer im neuen Lösungsverfahren der Swissness-Novelle (Art. 35a-c revMSchG) blieben demgegenüber ohne Einschränkung auf Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder besonders bedeutende Fälle einer Anfechtung ans BGer stets zugänglich.

Widerspruchs- und Lösungsverfahren können gleichzeitig zwischen denselben Parteien vor denselben Instanzen hängig sein und dieselbe Frage des rechtserhaltenden Gebrauchs (Art. 11 MSchG) derselben Marke zum Gegenstand haben (Art. 32 MSchG, Art. 35a revMSchG). Widerspruchsgegner gewinnen unter Umständen einen taktischen Vorteil davon, ihre Nichtgebrauchs-

einrede im Widerspruchsverfahren durch ein paralleles Lösungsverfahren zu bekräftigen. Das BVGer kann Beschwerden gegen eine Widerspruchs- und gegen eine Lösungsverfügung im selben Urteil erledigen, wenn sie dieselbe Marke und Rechtsfrage betreffen. Ungleiche Weiterzugsmöglichkeiten im Widerspruchs- als im Lösungsverfahren könnten darum letztinstanzlich zu widersprechenden Ergebnissen führen.

Zusätzlich kann der Gebrauch oder Nichtgebrauch der Marke mit Feststellungsklage auf dem Zivilweg geltend gemacht werden. Der Zivilrichter ist nicht an die Entscheidung eines vorangehenden Widerspruchs- oder Lösungsverfahrens gebunden. Die unbedingte Weiterzugsmöglichkeit des Lösungsverfahrens ans Bundesgericht verletzt darum den hinter Art. 73 stehenden Eintretensgrundsatz des BGer, dieselbe Sache nicht zweimal zu beurteilen (BGE 141 III 80, 81 E. 1.2; vgl. BBl 2001, 4308 zu Art. 69 = heute Art. 73 BGG). Sie sollte durch das BGG korrigiert und mit der Weiterzugsmöglichkeit gegen Widerspruchsbeschwerdeurteile harmonisiert werden. Eine bedingte Zuständigkeit des BGer bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fällen würde jenen Grundsatz hingegen nicht verletzen, da sie es dem BGer überliesse, seine Eintretenspraxis auf Markenverwaltungsurteile entsprechend eng zu fassen.

Im Ergebnis sollte in Art. 73 BGG dieselbe Weiterzugsmöglichkeit für das Widerspruchs- wie für das Lösungsverfahren vorgesehen werden, sei es i) eine abschliessende Zuständigkeit des BVGer wie bisher oder ii) eine bedingte Zuständigkeit des BGer bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung und bei aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fällen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Der Präsident des
Bundesverwaltungsgerichts


Jean-Luc Baechler

Der Vorsitzende der
Präsidentenkonferenz


Vito Valenti

Kopie an:

- Bundesgericht
- Bundesstrafgericht
- Bundespatentgericht

Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit public
Bundesrain 20
3003 Berne

Paudex, le 29 février 2016
BR

Révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) – Procédure de consultation

Mesdames et Messieurs,

Nous avons appris que Département fédéral de la justice avait mis en consultation le projet de révision de la LTF mentionné sous rubrique. Toujours très intéressés et concernés par ces questions, nous prenons la liberté de vous faire parvenir notre prise de position, après avoir pris l'avis de certains de nos membres, en particulier celui de l'Ordre des avocats vaudois. Cela étant, nous nous concentrerons uniquement sur les principales modifications du projet, qui, à notre avis, n'assurent pas suffisamment la sécurité juridique des justiciables.

Il apparaît en effet que bon nombre des modifications proposées sont de nature à porter atteinte, du moins dans une certaine mesure, aux droits fondamentaux des justiciables, en ce sens qu'elles limitent passablement la possibilité de faire contrôler l'application du droit par la Haute cour de notre pays. Dans plusieurs cas, les modifications proposées auraient pour conséquence de soumettre la recevabilité d'un recours au Tribunal fédéral à des conditions particulièrement floues et qui seront très certainement interprétées restrictivement par les juges fédéraux. Nous pensons en particulier aux recours qui ne resteraient ouverts que lorsque l'affaire soulève une question juridique de principe ou porte sur un cas particulièrement important.

A cet égard, nous pouvons donner les exemples suivants.

A l'heure actuelle, dans le domaine des marchés publics, il est fréquent que deux recours soient déposés, à savoir un recours de droit public, mais dont les conditions sont particulièrement strictes, et un recours constitutionnel subsidiaire, qui donne la possibilité d'invoquer la violation de droits constitutionnels, dont l'arbitraire. Le projet entend supprimer le recours constitutionnel subsidiaire, tout en laissant la possibilité de saisir le Tribunal fédéral, mais à la condition que la contestation soulève une question juridique de principe ou lorsqu'elle porte sur un cas particulièrement important. Autant dire qu'en supprimant le recours constitutionnel subsidiaire, le recours au Tribunal fédéral dans le domaine des marchés publics sera quasiment fermé, même en cas de violation manifeste des droits fondamentaux, tant il est vrai que les deux notions précitées sont floues, indéterminées, et seront à n'en point douter interprétées restrictivement. La sécurité juridique des justiciables pourrait ainsi s'en ressentir.

La question se pose dans les mêmes termes avec la forte limitation des recours au TF contre des condamnations à une amende égale ou inférieure à 5'000 francs en raison d'une contravention, contre des décisions en matière de mesures provisionnelles ou encore de manière plus générale contre des décisions des autorités cantonales de recours. Certes,

l'introduction obligatoire et systématique d'une double instance cantonale aurait incontestablement pour effets de décharger le Tribunal fédéral, d'une part, et de renforcer la protection des justiciables, d'autre part. Néanmoins, l'existence de la deuxième instance au niveau cantonal, en matière civile comme en matière pénale, ne saurait justifier une limitation aussi importante du contrôle par le Tribunal fédéral. Il n'est pas toujours souhaitable de pouvoir bénéficier de trois instances, mais, s'il doit y en avoir deux, il est alors nettement préférable que l'une soit cantonale et l'autre fédérale.

* * *

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Mesdames et Messieurs, à l'assurance de notre considération distinguée.

Centre Patronal



J.-M. Beyeler

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

per E-Mail an cornelia.perler@bj.admin.ch

Bern, 29. Februar 2016

Stellungnahme der DJS zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz (DJS) nehmen Stellung zur oben genannten Vorlage. Eine Revision des Bundesgerichtsgesetzes ist nicht grundsätzlich abzulehnen, der vorliegende Entwurf wird von den DJS aus verschiedenen Gründen jedoch klar abgelehnt.

1. Einführende Bemerkungen

Der Zugang zum Bundesgericht soll nach einer erfolgten Evaluation der revidierten Bundesrechtspflege neu geregelt werden. Es wird das Ziel verfolgt, das Bundesgericht zu stärken und von weniger bedeutenden Fällen zu entlasten (Bericht, S. 3: „Das Bundesgericht erachtet sich [...] als falsch belastet“). Gleichzeitig wird vermittelt, dass mit der Revision für alle Arten von Rechtsmitteln, die vom Bundesgericht zu beurteilen sind, eine Erweiterung des Rechtsschutzes erreicht werden soll. So sollen in Zukunft Beschwerden, bei denen sich „Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung“

stellen, oder die „besonders bedeutende Fälle“ betreffen, immer vor das Bundesgericht gebracht werden können.

Während aber der Zugang zum Bundesgericht mit der Revision nur in wenigen Bereichen geöffnet werden würde, soll er in vielen und wesentlichen Bereichen nunmehr erschwert werden.

Dazu kommt, dass zu den vorgeschlagenen Beschränkungen bisher nicht bekannte und teilweise kreativ anmutende Kriterien eingeführt werden sollen. So soll beispielsweise im Bereich des Asylwesens die Vorinstanz, also das Bundesverwaltungsgericht, darüber mitbestimmen können, ob der Rechtsweg an das Bundesgericht zugelassen werden soll (Art. 84 Abs. 2 lit. a E-BGG). In einem bestimmten Bereich des Strafrechts soll die Beschwerde ans Bundesgericht nur noch zugelassen werden, wenn die Vorinstanz die Angelegenheit materiell beurteilt hat (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 E-BGG).

Die neue Ausnahmeklausel, die den Zugang zum Bundesgericht in Ausnahmefällen sicherstellen will, wenn sich eine „Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt“ ist in der juristischen Lehre nirgends klar definiert. Das Bundesgericht nimmt eine „Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung“ nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen an. Es sind seltene Fälle. Es kann zum Vornherein nie mit Sicherheit gesagt werden, ob sich das Bundesgericht eines Falles annimmt oder ob es einen kostenfälligen Nichteintretensentscheid fällt. Das Bundesgericht wird letztlich selber entscheiden können, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt und sich somit die Fälle aussuchen, womit es sich berechtigterweise dem Vorwurf der „Rosinenpickerei“ aussetzen würde. Eine solche Regelung ist der Rechtssicherheit offensichtlich nicht dienlich.

Den zahlreichen neuen Beschränkungen des Zugangs zum Bundesgericht haftet daher der unschöne „Beigeschmack“ an, dass es bei dieser Revisionsvorlage neben den im Bericht ausgewiesenen Zielen in einem nicht unerheblichen Masse auch darum ging, das „Arbeitsleben“ am Bundesgericht angenehmer zu gestalten. Vor diesem Hintergrund könnte man den Aufbau und das Wording (vgl. Bericht S. 4: „Verbesserung des Ausnahmekatalogs“) des erläuternden Berichts auch als „Mogelpackung“ bezeichnen.

Schliesslich sei noch angemerkt, dass eine de facto fehlende Instanz auf Bundesebene sich negativ auf die Qualität kantonaler Entscheide auswirken kann.

2. Zu den Änderungen im Strafrecht

Die Revisionsvorlage ist aus Sicht der Rechtssuchenden hauptsächlich von einschränkender Natur, was vorwiegend mit der Arbeitsüberlastung des höchsten Gerichts (mit angeblich unbedeuten-

den Fällen) begründet wird. So sollen Entscheide, die eine Busse von maximal CHF 5'000.00 zum Gegenstand haben, grundsätzlich von der Beschwerde in Strafsachen ausgenommen werden (Art. 79 Abs. 1 lit. a E-BGG). Die Beschwerdelegitimation von geschädigten Personen, die nicht Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes sind, soll eingeschränkt werden (Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 E-BGG) und kantonale Beschwerdeentscheide und Beschwerdeentscheide des Bundesstrafgerichts sollen nur noch angefochten werden können, wenn sie Einstellungen oder Zwangsmassnahmen betreffen (Art. 79 Abs. 1 lit b und c E-BGG).

Art. 79 Abs. 1 lit. a E-BGG: Eine Busse, die fast CHF 5'000.00 beträgt, ist für nicht sehr wohlhabende Personen angesichts der Tatsache, dass Bussen immer unbedingt ausgesprochen werden, in finanzieller Hinsicht ein Betrag von erheblicher Tragweite und es kommen noch Gerichtskosten dazu. Der im erläuternden Bericht angebrachte Hinweis, dass solche Strafen nicht im Strafregister eingetragen werden, spielt für jene Personen selten eine entscheidende Rolle. Es ist eine Realität, dass solch ein Busse weit über dem Mindestlohn von vielen Betroffenen liegen kann, was dazu führt, dass Bussen - etwa im Vergleich zu Entscheiden, welche eine bedingte Geldstrafe zur Folge haben - trotz einem vergleichsweise geringen Betrag häufig angefochten werden. Bei solchen Entscheiden den Rechtsweg an das Bundesgericht nur unter der nicht näher bestimmten Voraussetzung zu gewähren, dass eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung oder aus einem anderen Grund ein besonders bedeutender Fall vorliegen muss - wobei die finanzielle Situation des Rechtssuchenden wohl keine Rolle spielen wird - stellt eine faktische Diskriminierung von Personen mit geringen finanziellen Möglichkeiten dar. Sie werden bei für sie (finanziell) wichtigen Entscheiden vom Rechtsweg abgeschnitten.

Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 E-BGG: Indem das Anfechtungsobjekt bei Geschädigten, die nicht Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes sind, auf Entscheide beschränkt wird, die von der Vorinstanz materiell beurteilt wurden, findet ein – nie dagewesenes – sachfremdes „Ausscheidungs-Kriterium“ Aufnahme in das BGG. Dieses birgt ein gewisses Missbrauchspotential. Denn dadurch haben es kantonale Vorinstanzen und das Bundesstrafgericht mit dem formellen Entscheid selbst in der Hand, ob ihr Entscheid einer bundesgerichtlichen Kontrolle unterliegen soll oder nicht. Da kein Gericht gerne vom Bundesgericht kassiert wird, könnte die Eintretenspraxis dieser Vorinstanzen strenger werden, was den Rechtsweg für geschädigte Personen aus wenig sachgerechten Gründen einschränken würde.

Art. 79 Abs. 1 lit. b und c E-BGG: Auch neben den typischen kantonalen Beschwerde-Entscheiden betreffend der Beurteilung von Einstellungen und Zwangsmassnahmen, beurteilt die Beschwerdeinstanz Themen, die für die Betroffenen von erheblicher Bedeutung sind. Es sind dies beispielsweise Beschwerdeentscheide über die Gewährung einer notwendigen oder amtlichen Verteidigung i.S.v. Art. 130 ff. StPO, selbstständige nachträgliche Entscheide i.S.v. Art. 363 ff. wie beispielsweise

se die nachträgliche Anordnung der Verwahrung (siehe BGer 6B_1021/2014 vom 3.9.2015) oder die staatsanwaltschaftlichen Entscheide über die Einziehung im selbstständigen Verfahren i.S.v. 376 StPO, welche Vermögenswerte in Millionenhöhe betreffen können. Dass der endgültige Entscheid in den genannten Fällen durch ein kantonales Gericht gefällt werden soll, ist auch vor dem Hintergrund fragwürdig, dass ein kantonales Gericht im Gegensatz zum Bundesgericht regelmässig ein höheres monetäres Interesse etwa an einer einträglichen Einziehung oder an der Verweigerung einer kostenintensiven amtlichen Verteidigung hat.

Nur schon diese Beschwerdeentscheide können erhebliche Auswirkungen auf die betroffenen Personen haben, was daran zweifeln lässt, ob die vorgeschlagene Beschränkung der bundesgerichtlichen Überprüfung von Beschwerdeentscheiden mit Art. 79 Abs. 1 lit. b und c E-BGG vollumfänglich durchdacht war.

Begrüssenswert ist hingegen, dass bezüglich bestimmten Entscheiden der Zwangsmassnahmengerichte neu der kantonale Beschwerdeweg dazwischengeschaltet werden soll (Art. 393 Abs. 1 lit. c E-StPO). Dasselbe würde grundsätzlich für die Bereiche gelten, bei denen die Passage des „endgültigen Entscheids“ gestrichen wird, um neu die StPO-Beschwerde zuzulassen. Da allerdings die Revisionsvorlage im Gegenzug die Anfechtung von Beschwerdeentscheiden einschränken möchte, ist diesbezüglich nicht viel gewonnen. Zwar ist die Kognition des kantonalen Gerichtes höher (vgl. Art. 393 Abs. 2 StPO), der Rechtsmittelweg wird aber vom Bundesgericht auf das kantonale Gericht verschoben, womit die Zahl der Rechtsmittelinstanzen gleich bleibt. Auch dürfte eine kantonale Beschwerdeinstanz, eher als das Bundesgericht, geneigt sein, die Entscheide ihrer Vorinstanzen – aufgrund der räumlichen und finanziellen Nähe – zu stützen, womit auch hier nicht sehr viel erreicht wird.

3. Zu den Änderungen im Asyl- und Ausländerrecht

Die Vorlage sieht vor, Ausländerinnen und Ausländer, die sich noch nicht „seit zehn Jahren rechtmässig in der Schweiz aufhalten“ oder noch nicht „bereits die Niederlassungsbewilligung“ besitzen, faktisch von einem Gang ans Bundesgericht abzuhalten (Art. 83 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 E-BGG).

Unabhängig vom Gegenstand des Rechtsstreits, also auch dann, wenn das Aufenthaltsrecht bedroht wäre, könnten solche ausländischen Personen ihr Anliegen nur noch dann dem Bundesgericht vortragen können, wenn sich eine „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt“ oder wenn es sich um einen „besonders bedeutenden Fall“ handelt.

Man könnte einwenden, die betroffene Personengruppe – ausländische Menschen, die sich noch nicht seit zehn Jahren in der Schweiz befinden bzw. keine Niederlassungsbewilligung besitzen und welche keinen EU-Pass besitzen – sei zahlenmässig klein. Selbst wenn man von einer geringen Anzahl von Betroffenen ausginge, was wir aufgrund unserer Schätzungen, die wir anhand der letz-

ten Ausländerstatistik der SEM vornehmen, nicht tun, bewirkt die Einschränkung des Rechtswegs ans Bundesgericht nur einen geringen Entlastungseffekt, was den Sinn der Einschränkungen schon grundsätzlich in Frage stellt.

Dass die Revision in erster Linie die Rechtsstellung von noch nicht sehr lange in der Schweiz anwesenden Nicht-EU-Staatsangehörigen schmälert, sendet nicht bloss ein falsches Signal an diese Personengruppe. Der Rechtsschutz von ausländischen Menschen, die bloss über eine Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) verfügen, ist heute schon eingeschränkt genug. So werden die Betroffenen in den Verfahren, welche die kantonalen Migrationsämter zum Entzug einer Aufenthaltsbewilligung führen, kaum je persönlich angehört, sondern können sich fast immer nur schriftlich äussern. Diese Einschränkungen werden schon heute jeweils mit dem „behördlichen Massengeschäft des Ausländerrechts auf Stufe Migrationsamt“ und dem damit verbundenen administrativen Aufwand begründet. In eine ähnliche Richtung argumentiert der erläuternde Bericht, wenn er die Einschränkung des Rechtswegs für ausländische Menschen mit den „sehr hohen Fallzahlen“ begründet (vgl. EB, Ziffer 2.1.4, S. 9).

Angesichts der schon heute vorherrschenden grundsätzlichen rechtlichen Schlechterstellung von ausländischen Menschen erschiene es sinnvoller, ihre materiellen Rechte zu stärken, anstatt den Rechtsweg ans Bundesgericht einzuschränken. Dies gilt umso mehr, weil die als Kompensation und Gegengewicht zur Beschränkung des Rechtswegs vorgeschlagene Möglichkeit, Beschwerden ans Bundesgericht immer dann zuzulassen, wenn sich eine „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt“, keine solche ist: Kein praktizierender Jurist und keine praktizierende Juristin kann heute wissen, was das Bundesgericht unter einer „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ verstehen wird. Der erläuternde Bericht geht ja selber davon aus, dass es „kaum mehr als 20“ Fälle pro Jahr sein werden (vgl. EB, Ziffer 2.1.4, S. 9).

Demgegenüber können heute alle Fälle vor dem Bundesgericht verhandelt werden, in welchen die Betroffenen einen Rechtsanspruch zum Aufenthalt besitzen. Ein solcher Anspruch entsteht nicht allein aufgrund einer bestimmten Aufenthaltsdauer, sondern aus grundrechtlichen Überlegungen (z.B. bei rechtlich geschützten Familienbeziehungen). Gerade solche sollten in einem mehrstufigen Rechtsmittelverfahren überprüfungsfähig bleiben.

Die geplante Einschränkung des Rechtswegs für ausländische Personen, die keine Niederlassungsbewilligung besitzen oder sich noch nicht seit 10 Jahren in der Schweiz aufhalten, greift stark in deren Grundrechte ein und ist deshalb schwerwiegend.

Sie kommt auch mit Blick auf die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zur Unzeit. Die Rechtsstellung der von der Initiative bzw. von Art. 121 BV Betroffenen wird in Zukunft vom Strafrecht, in welchem der Landesverweis geregelt wird, beherrscht. Somit können von der Ausschaffung Bedrohte (gemäss Art. 84 BGG) in jedem Fall ans Bundesgericht gelangen. Demgegenüber sind Personen,

die ihr Aufenthaltsrecht verlieren sollen, weil sie im Bewilligungsverfahren falsche Angaben machten, gegen behördliche Auflagen verstossen haben oder von der Sozialhilfe abhängig sind, vom Gang ans Bundesgericht ausgeschlossen, falls ihrem Fall nicht die „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ zuerkannt wird.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Vorlage als unausgewogen: Je nach Rechtsgrund, der zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen soll, sollen unterschiedliche Rechtswege gelten, die im einen Fall vor dem Bundesgericht, im andern vor dem kantonalen Verwaltungsgericht enden.

4. Zu den Änderungen Zivilrecht

In Bezug auf zivilrechtliche Streitigkeiten stellt die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde die wichtigste der vorgeschlagenen Änderungen dar. Gemäss dem geltenden Recht beurteilt das Bundesgericht Verfassungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen, soweit eine Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig ist (Art. 113 BGG). Praktische Bedeutung hat die subsidiäre Verfassungsbeschwerde bei Streitigkeiten, in denen die Streitwertgrenze von Art. 74 BGG nicht erreicht wird, insbesondere aber auch bei Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 98 BGG), zu welchen auch Eheschutzurteile gezählt werden. Auch soll eine Beschwerde an das Bundesgericht nur noch zulässig sein, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, oder wenn aus andern Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.

Wird diese Formel restriktiv angewendet (siehe dazu Punkt 5), ist der Individualrechtsschutz nicht mehr gewährleistet, was gerade bei vorsorglichen Massnahmen und Eheschutzentscheiden eine gravierende Verschlechterung darstellen würde. In Eheschutzurteilen werden wichtige Entscheide über Kinderbelange und Unterhalt für eine beträchtlich lange Zeit und mit teilweise (faktisch) präjudizierender Wirkung gefällt. Die Bedeutung für die Betroffenen ist gross; häufig ist auch der Streitwert hoch. Selten jedoch stehen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung in Frage, und man darf realistisch gesehen nicht darauf hoffen, dass das Bundesgericht in einer angefochtenen Zuteilung der Obhut oder zu hohen/tiefen Unterhaltsbeiträgen einen „besonders bedeutenden Fall“ sehen wird, auch wenn das kantonale Gericht einen fehlerhaften, von der bundesgerichtlichen Praxis abweichenden Entscheid gefällt hat. Die betroffenen Parteien werden auf keinen bundesrechtlichen Rechtsschutz mehr zählen können. Wenn sie es doch mit einer Beschwerde an das Bundesgericht versuchen, gehen sie ein hohes Risiko ein, keiner günstigeren Lösung und sehr hohen Kosten gegenüberzustehen.

5. Zur Ausnahmeklausel „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder aus anderen Gründen besonders bedeutender Fall“

Die nach Ansicht der DJS unnötige Revisionsvorlage wurde ja insbesondere vom Bundesgericht selbst angeregt. Es ist ein altes Anliegen des Bundesgerichts, sich auf die „Rechtsfortbildung“ und nicht auf den Individualrechtsschutz zu konzentrieren.

Die Rechtsprechung zum BGG selbst zeigt, wohin die Reise mit grosser Wahrscheinlichkeit gehen wird. In ständiger Praxis legt das Bundesgericht den Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung – gemäss eigener Terminologie - „sehr restriktiv“ aus (BGE 133 III 493, 135 III 1 und viele weitere Entscheide). „Soweit es bei der aufgeworfenen Frage lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht, handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ (BGE 135 III 4). In der Botschaft zum BGG hiess es zwar, ein Fall von grundsätzlicher Bedeutung liege auch vor, wenn der angefochtene Entscheid von der Bundesgerichtspraxis abweiche (Botschaft 2001, S. 4310). Dieses in der Botschaft genannte Kriterium wurde jedoch von der bundesgerichtlichen Praxis übergangen. Generell gestaltete das Bundesgericht seine Praxis viel restriktiver als in der Botschaft beschrieben (Basler Kommentar zum BGG/Rudin, Art. 74, N 46a). Die Annahme liegt nahe, dass dies im Falle einer Revision des BGG nicht anders wäre.

Insbesondere muss davon ausgegangen werden, dass die Interpretation des Begriffs „besonders bedeutender Fall“ ebenso restriktiv ausfallen wird wie diejenige der „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“.

Das Bundesgericht wird argumentieren können, nach Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde bestehe kein Anlass mehr, kantonale Entscheide auf die Einhaltung verfassungsmässiger Grundsätze hin zu überprüfen. Das gleiche gilt für das im Bericht des Bundesamts für Justiz genannte Kriterium der Verletzung elementarer Verfahrensgrundsätze. Dieses ist immerhin – im Gegensatz zur Verletzung verfassungsmässiger Rechte – in Art. 84 Abs. 2 des heute geltenden Gesetzes bereits enthalten. Vielmehr ist zu erwarten, dass das Bundesgericht nur sehr selten einen „besonders bedeutenden Fall“ annehmen wird, wobei die zu erfüllenden Voraussetzungen nicht voraussehbar sein werden. Der Individualrechtsschutz ist nicht mehr gewährleistet.

6. Zur Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde

Mit der Begründung, dass ja nun der Ausnahmekatalog bei den Einheitsbeschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten optimiert sei und sich das Gericht neu auch zu grundlegenden Fragen äussern könne in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde möglich war, will die Revision auf die Möglichkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde verzichten.

Es ist zwar vordergründig zu begrüßen, dass damit nicht mehr nur Beschwerden gegen Entscheide kantonaler Instanzen möglich sind und dass die Rügegründe erweitert werden, aber die DJS sind der Meinung, dass diese neuen Gegennahmen keinen Ersatz für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde darzustellen vermögen.

Erstens will das Bundesgericht aus den in Punkt 5 genannten Gründen ein Stück weit ein Annahmeverfahren einführen (siehe auch Punkt 1 dazu). Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wurde gerade als Korrektiv zu nicht mehrheitsfähigen Annahmeverfahren eingefügt. Bei formell gehöriger Begründung besteht bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde ein Anspruch darauf, dass das Gericht mit Sachurteil entscheidet. Nun soll eine Triage nach nicht genau ausformulierten Kriterien erfolgen. Zweitens wollte man mit der Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde verhindern, dass gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide direkt eine Beschwerde beim europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eingereicht wird. Es kann keine Lösung sein, nach Strassburg zu gelangen, ohne dass das oberste schweizerische Gericht die Sache beurteilt hat. In der Evaluation zur Bundesrechtspflege, die schliesslich zu dieser Revision führte, wurde denn auch nicht angeregt, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu streichen. Es ist unbestritten, dass diese nicht zu einer übermässigen Belastung des Bundesgerichts geführt hat.

7. Schlussbemerkung

Die DJS lehnen die vorgeschlagenen Änderungen ab, welche eine deutliche Verschlechterung gegenüber dem geltenden Recht darstellen. Es ist eine Abkehr von der bis heute geltenden grundlegenden Maxime, wonach das Bundesgericht den Bürgerinnen und Bürger individuellen Rechtsschutz gewährleistet. Es besteht keinerlei Gewähr dafür, dass – vor dem Gedanken der Entlastung – der Individualrechtsschutz über die Ausnahmeklausel der „Rechtsfrage von besonderer Bedeutung“ oder „des besonders bedeutenden Falles“ erhalten bleibt.

Grundsätzlich kann die Frage aufgeworfen werden, ob zu einer Entlastung des Bundesgerichts – falls dies überhaupt nötig ist – nicht einfach eine Erhöhung der Mittel des Gerichts angebracht wäre, anstatt den Rechtsweg der Bürgerinnen und Bürger dermassen einzugrenzen.

Mit der Bitte um Kenntnissnahme verbleibe ich,

Mit freundlichen Grüssen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Aebli'.

Melanie Aebli

Geschäftsleiterin DJS

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Per E-Mail an: cornelia.perler@bj.admin.ch

29. Februar 2016

Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. November 2015 hat uns Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga eingeladen, zu oben erwähntem Geschäft Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economiesuisse hat bei seinen Mitgliedern – bestehend aus 100 Branchenverbänden, 20 kantonalen Handelskammern sowie grösseren Einzelunternehmen – eine Konsultation durchgeführt und nimmt gestützt darauf aus einer gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

economiesuisse begrüsst das Anliegen der Revision. Dadurch, dass das Bundesgericht sich nicht mehr mit Bagatelldfällen auseinandersetzen muss, sollte es ihm ermöglicht werden, sich auf seine Kernaufgaben zu konzentrieren. Staats- und rechtspolitisch wichtig ist, dass alle Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auch weiterhin vor das Bundesgericht getragen werden können.

1 Vorbemerkungen

Die Revision verfolgt zwei Ziele. Einerseits sollen Rechtsschutzlücken beseitigt werden, andererseits soll das Bundesgericht von weniger bedeutenden Fällen entlastet werden. Die Beseitigung der Rechtsschutzlücken erfolgt mittels einer Anpassung des Ausnahmekatalogs. In Fällen, in denen die (ordentliche) Beschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich ausgeschlossen ist, soll künftig im Sinne einer Gegen Ausnahme die Beschwerde immer zulässig sein, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders wichtiger Fall vorliegt. Abgeschafft werden soll gleichzeitig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, welche eine ähnliche Auffangfunktion hat. Vorgesehen ist neu eine Einheitsbeschwerde mit Ausnahmekatalog und Gegen Ausnahmen. Die Entlastung des Bundesgerichts soll durch Einschränkungen der Zulässigkeit der Beschwerde im Strafrecht und im öffentlichen Recht erfolgen.

2. Entlastung des Bundesgerichtes als begrüssenswertes Kernanliegen

economiesuisse begrüsst das Kernanliegen der Vorlage: die Entlastung des Bundesgerichtes. Dem Bundesgericht als höchstem Schweizer Gericht soll es möglich sein, sich auf seine Kernaufgaben zu fokussieren, das heisst die Einheit der Rechtsordnung zu bewahren, sowie das Recht weiterzuentwickeln. Dies erfordert es, wie dies die Vorlage auch vorsieht, die heute bestehenden Weiterzugsmöglichkeiten an das Bundesgericht zu hinterfragen und einzuschränken, soweit sie diesem Kernanliegen nicht dienen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber die Feststellung, dass das Bundesgericht gerade diese Kernaufgaben ebenfalls dann nicht wahrnehmen kann, wenn einzelne Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, egal welcher Provenienz, von ihm nicht behandelt werden können. In solchen Fällen ist weder eine Vereinheitlichung des Rechtes noch eine entsprechende Entwicklung möglich. Es gilt daher, bei den entsprechenden Anpassungen die richtige Balance zu finden. So sehen wir beispielsweise in den folgenden Punkten Anpassungsbedarf:

Harmonisierung der Weiterzugsmöglichkeiten in Markensachen

Art. 73 BGG soll derart angepasst werden, dass bei einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder bei Vorliegen eines besonders bedeutenden Falles neu auch in Widerspruchsverfahren der Weg ans Bundesgericht offen steht. Dies ist zu begrüßen. Gleichzeitig ist aber sicherzustellen, dass Urteile des BVGer im neuen Lösungsverfahren nach Art. 35a-c des revidierten MSchG diese Möglichkeit ebenfalls offen steht. Generell soll Art. 73 BGG sowohl für das Widerspruch- als auch für das Lösungsverfahren eine gleichermassen bedingte Zuständigkeit des Bundesgerichtes bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei aus anderen besonders bedeutenden Fällen vorsehen. Es soll nicht die eine Verfahrensart gegenüber der anderen bevorzugt werden.

Eingeschränkter Rechtsschutz im Fernmeldebereich

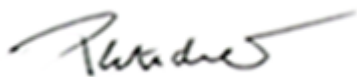
Im Zusammenhang mit Netzzugangsverfügungen, welche die Kommunikationskommission (ComCom) in Anwendung von Art. 11a FMG erlässt, wird die Weiterzugsmöglichkeit ans BGer ohne sachlich nachvollziehbare Begründung gänzlich ausgeschlossen. Bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei Vorliegen eines bedeutenden Falles sollte die Möglichkeit bestehen, an das Bundesgericht zu gelangen. Dies macht die Streichung von Art. 83 Abs. 1 lit. p BGG erforderlich.

3. Fazit

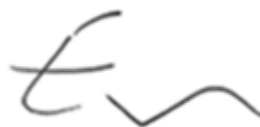
economiesuisse begrüsst die mit der Revisionsvorlage verbundenen Bestrebungen, das Bundesgericht als oberste Rechtsprechungsbehörde des Bundes zu entlasten. Das Bundesgericht soll sich nicht mit Bagatellfällen auseinandersetzen müssen. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung müssen aber zwingend zur Behandlung vor Bundesgericht zugelassen werden. Hier muss die geeignete Balance gefunden werden, was bei der Bereinigung der Vorlage entsprechend zu berücksichtigen ist.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung



Erich Herzog
Stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches

Per E-mail
cornelia.perler@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Absender/-in	Balthasar Brandner
Telefon direkt	058 319 41 21
Telefax direkt	058 319 41 87
E-Mail	balthasar.brandner@ewz.ch
Datum	23. Februar 2016

Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) – Stellungnahme.

Sehr geehrte Frau Perler
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Möglichkeit, zur im Titel erwähnten Gesetzesrevision Stellung nehmen zu dürfen, bedanken wir uns. Das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) ist eines der grössten Elektrizitätsversorgungsunternehmen der Schweiz und besitzt zahlreiche Wassernutzungskonzessionen für den Betrieb von Kraftwerken in den Kantonen Aargau, Zürich und Graubünden. Wir sind an zahlreichen Kraftwerksgesellschaften in den Alpen beteiligt und verfügen über Stromverteilnetzkoncessionen im Kanton Zürich und Graubünden. Der Entwurf zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes enthält in Artikel 83 Abs. 1 lit. f eine Regelung, die uns als Inhaber von Wasserrechtsverleihungen besonders betrifft. Gerne nehmen wir darum zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (E-BGG) Stellung.

ewz begrüsst grundsätzlich die Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht, damit das Bundesgericht seine Rechtsprechung auf die bedeutenden Fälle und die grundlegenden Rechtsfragen fokussieren kann. Hingegen haben wir einen Vorbehalt betreffend Art. 83 Abs. 1 lit. f E-BGG. Art. 83 E-BGG regelt im Sinne eines Ausnahmenkatalogs die Fälle, bei welchen die Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen ist. Art. 83 Abs. 1 lit. f E-BGG schliesst neu alle «Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen» von der Zuständigkeit des Bundesgerichts aus. Damit werden neu alle Konzessionen erfasst, so auch solche über die Nutzung von Fliessgewässern zur Stromproduktion oder von öffentlichem Grund und Boden für Stromnetzinfrastrukturen. Als Begründung für die neue Ausnahme führt der Bericht aus, dass Streitigkeiten rasch aus dem Weg geräumt werden müssen, weil sonst Leistungen zugunsten der Öffentlichkeit nicht rechtzeitig erbracht werden können (Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, S. 20).

Dieses Argument mag für eine Konzession für Spielbanken oder Leistungen im öffentlichen Verkehr zutreffend sein, greift aber in der auf langfristige Investitionen ausgerichteten Strombranche viel zu kurz. Konzessionen für Stromleitungen und in noch stärkerem Ausmass für die Nutzung der Wasserkräfte werden für Jahrzehnte erteilt und sind mit der Erstellung komplexer Bauten verbunden. Eile bei der Vergabe solcher Konzessionen ist weder angebracht noch zweckdienlich. Vielmehr ist es sogar entscheidend, dass angesichts der langjährigen Folgen und der damit verbundenen bedeutenden Investitionen der Rechtsmittelweg in jedem Einzelfall bis an das Bundesgericht beschritten werden kann. Hinzu kommt, dass Konzessionen für die Nutzung der Wasserkraft und Verteilnetzkonzessionen nicht zwingend öffentlich ausgeschrieben werden müssen (Art. 3a StromVG und Art. 60 Abs. 3^{bis} WRG). Nach dem Wortlaut von Art. 83 Abs. 1 lit. f E-BGG würden somit Entscheide über Konzessionen, die *ohne* Ausschreibung vergeben wurden, von der Ausnahme nicht erfasst und könnten mithin weiterhin letztinstanzlich beim Bundesgericht angefochten werden. Diese Differenzierung erscheint uns sachlich nicht gerechtfertigt. Schliesslich scheint uns bei der Vergabe von Stromverteilnetz- und Wasserrechtskonzessionen die Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung der Bundesgesetze von besonderer Bedeutung zu sein.

ewz beantragt deshalb, die Zuständigkeit des Bundesgerichts bei Beschwerden gegen Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Konzessionen im Bereich der Stromversorgung und der Wassernutzung beizubehalten.

Antrag

Art. 83 Abs. 1 lit. f soll wie folgt geändert werden:

Art. 83 Ausnahmen

¹ Die Beschwerde ist unzulässig gegen:

f. Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen; in Abweichung davon ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide über Konzessionen zur Nutzung der Wasserkraft und Konzessionen zur Nutzung des öffentlichen Bodens; insbesondere Entscheide betreffend die Bestellung von Angeboten des öffentlichen Verkehrs;

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Leiter Verteilnetze



Benedikt Loeper
Mitglied der Geschäftsleitung

Leiter Rechtsdienst



Balthasar Brandner



Secrétariat général

cornelia.perler@bj.admin.ch

Madame
Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Office fédéral de la justice
Domaine de direction droit public
Bundesrain 20
3003 Berne

Genève, le 29 février 2016
FER No 71-2015

Révision de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons au courrier du Département fédéral de la justice et police (DFJP) du 12 novembre 2015 relatif à la procédure de consultation susmentionnée.
Vous trouverez ci-dessous notre prise de position sur cet objet.

I. Remarques Générales

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) prend acte du projet de modifications de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF). Elle constate que cette réforme a pour but de décharger le Tribunal fédéral d'un certain nombre de recours. Cette modification prévoit ainsi d'exclure les recours en matière pénale qui concernent les cas où des contraventions d'un montant inférieur à CHF 5'000.- ont été prononcées, ainsi qu'en matière de droit des étrangers. L'avant-projet modifie également les délais pour recourir en matière de recours de droit public, plus spécifiquement en ce qui concerne les recours relatifs aux votations populaires et aux élections.

Enfin, elle prend note que le nouveau projet de loi vise à supprimer le recours subsidiaire constitutionnel, lequel sera intégré dans les recours unifiés par l'ouverture de griefs supplémentaires qui consistent en l'examen de la question juridique de principe ou du cas particulièrement important.

II. Prise de position

Afin de faciliter la lecture de la présente prise de position, la Fédération des Entreprises Romandes (FER) exposera ci-après ses commentaires sur chacun des articles dont elle s'oppose à la modification.

1. Art. 25 al. 2, deuxième phrase

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) prend acte qu'une commission interne sera instaurée pour statuer sur les recours concernant les rapports de travail du personnel du Tribunal.

Elle espère cependant que l'instauration de cette instance de recours interne ne constituera pas une charge administrative supplémentaire dont les coûts augmenteraient le budget de la Confédération.

2. Art. 79 al. 1 let. a

Le projet de loi vise notamment à supprimer le recours en matière de droit pénal, lorsque une contravention a été sanctionnée par une amende jusqu'à CHF 5'000.-. Le DFJP justifie sa position notamment du fait que ces contraventions ne sont pas inscrites au casier judiciaire du prévenu. Cette modification touche néanmoins les entreprises, lorsque celles-ci se font notifier des contraventions, notamment en ce qui concerne la violation de la Loi sur le travail (LTr), dont les peines sont souvent très basses, ou encore par exemple lorsque des employés qui disposent d'un véhicule d'entreprise violent les règles sur la circulation et que l'entreprise se voit notifier une contravention.

La modification de l'art. 79 al. 1 let. a LTF constitue ainsi une limitation des droits des justiciables, notamment des entreprises, à pouvoir recourir contre ces contraventions, ce qui n'est pas acceptable. En effet, toute entreprise devrait pouvoir disposer des droits ordinaires pour appeler des décisions qui lui ont été notifiées peu importe leur valeur litigieuse, notamment en vertu de l'égalité de traitement. Les griefs subsidiaires invocables lors de procédures contenant des questions de principe ou des cas importants, ne garantissent pas suffisamment les droits des entreprises dans les situations où seul l'état de fait serait contesté. Par ailleurs, la suppression du recours constitutionnel subsidiaire ne permettra plus aux entreprises de se prévaloir d'une application arbitraire de l'établissement des faits.

Pour cette raison la Fédération des Entreprises Romandes (FER) s'oppose à cette modification.

3. Art. 79 ALTF

Cette disposition vise à limiter les recours en matière pénale qui concernent des conclusions civiles, en instaurant une valeur litigieuse minimale de CHF 30'000.-. Or, les entreprises sont très fréquemment victimes de petites escroqueries dont les montants n'atteignent que rarement la somme de CHF 30'000.- (par exemple escroquerie via email ou via internet). Les auteurs visent en effet à obtenir frauduleusement des petits montants afin de ne pas susciter de doutes auprès de leurs victimes. Ces entreprises n'auraient dès lors pas la faculté de faire valoir leurs prétentions devant le Tribunal fédéral dans le cas où elles seraient déboutées par les instances inférieures. Dès lors, la Fédération des Entreprises Romandes (FER) s'oppose à cette modification.

4. Art. 85 al. 1 let. b ch. 5

Cette modification vise à restreindre la qualité de partie et de la conférer uniquement aux parties plaignantes reconnues comme victimes au sens de la Loi sur l'aide aux victimes (LAVI). Cela reviendrait purement et simplement à dénier la qualité de partie plaignante aux entreprises et aux personnes morales. Celles-ci ne pourraient plus avoir la qualité de parties lorsqu'elles sont victimes de délits économiques. Cela constitue une inégalité de traitement flagrante qui ne peut être soutenue par la Fédération des Entreprises Romandes (FER).

5. Art. 83 et 84 LTF

La modification de ces deux articles de loi prévoit une restriction importante du droit de recours en ce qui concerne le droit des étrangers. Le projet de loi permettra de recourir uniquement dans les cas qui touchent des personnes qui sont autorisées à séjourner en Suisse depuis au moins 10 ans ou qui ont déjà obtenu une autorisation d'établissement ou dans les cas où un traité international prévoit un recours devant le Tribunal fédéral. Seuls les cas qui posent des questions juridiques de principe ou les cas importants pourront faire l'objet d'un recours au tribunal fédéral.

Il sied de rappeler que la main d'œuvre étrangère est essentielle à l'économie de notre pays et reste une mesure qui doit être protégée, non seulement par les autorités exécutives, mais également par le pouvoir judiciaire qui doit veiller à une juste application des lois en vigueur. De plus, selon la tournure que prendra la mise en œuvre de l'initiative sur l'immigration de masse, suite à la votation du 9 février 2014, cette nouvelle disposition pourrait restreindre un peu plus les droits des travailleurs européens. Or, la Suisse ne peut se passer d'une telle main d'œuvre. Pour cette raison, le projet de loi tel que proposé n'est pas acceptable.

Le droit de recours dans les cas où la décision querellée touche uniquement un principe juridique ou un cas important ne saurait être suffisant. En effet, comme susmentionné, la suppression du recours constitutionnel subsidiaire empêchera l'entreprise d'invoquer l'arbitraire ou tout autre droit constitutionnel à cet égard.

Par ailleurs, cette disposition prévoit également des restrictions en matière de recours contre les marchés publics. Actuellement, le recours en matière de marché public est irrecevable si la valeur litigieuse estimée du mandat à attribuer est inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics.

Le nouveau projet, supprime ainsi tout recours en matière de marché public, quel que soit la valeur litigieuse. Cette modification constitue dès lors une restriction du droit de recours qui ne peut être acceptée par la Fédération des Entreprises Romandes (FER), lorsqu'on connaît l'importance des marchés publics pour la survie des petites et moyennes entreprises.

La nouvelle disposition supprime également les recours contre les décisions relatives à des mandats de prestations ou des concessions qui ont été mises au concours publiquement, en particulier les décisions relatives à la commande d'offre de transport public. Ces restrictions sont importantes car elles touchent également les entreprises en limitant leurs voies de recours.

6. Art 101a LTF

Le nouvel article prévoit un délai de 5 jours pour recourir contre les décisions qui concernent une élection ou une votation populaire. Ce délai commence à courir au moment de la *notification de la décision ou à partir du moment où le recourant a eu connaissance de l'irrégularité*.

Or, la disposition légale actuelle prévoit un délai de recours de 5 jours en ce qui concerne uniquement *les décisions d'un gouvernement cantonal sur recours concernant des votations fédérales*. Les décisions sur les votations populaires et les élections disposent ainsi d'un délai de recours de 30 jours. Le champ d'application de cette disposition est donc élargi. Cette modification contient de lourdes conséquences puisqu'elle réduit de 25 jours, le délai pour recourir contre les décisions les plus importantes relatives en matière de droits politiques, soit ceux qui touchent les élections et votations populaires.

Or, ces recours sont de plus en plus fréquents, notamment au regard du grand nombre d'initiatives populaires (cantonales et fédérales) lancées ces dernières années. Les recourants ne disposeront pas suffisamment de temps pour produire un recours complet.

Par ailleurs, ces recours émanent fréquemment, de manière indirecte, de partis politiques ou d'associations faisant partie du processus législatif suisse. Les partis politiques et les associations doivent disposer du temps nécessaire pour se rassembler et se concerter. Un délai de 5 jours pour recourir contre ces décisions est manifestement trop court. De plus, ces recours sont d'autant plus importants du fait qu'ils peuvent avoir une grande influence sur des futures lois dont les conséquences économiques, sociales et politiques peuvent être importantes.

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) s'oppose ainsi fermement à cette nouvelle disposition.

7. La suppression du chapitre 5 (art. 113 et ss LTF)

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) prend acte de la suppression du recours constitutionnel subsidiaire. Elle regrette cette décision qui restreint les droits de recours des justiciables.

III. Conclusion

La Fédération des Entreprises Romandes (FER) rejette ainsi le projet de modification de la LTF tel que présenté par le DFJP. Ces modifications constituent une limitation des droits des entreprises à recourir, notamment contre des décisions en matière pénale. Par ailleurs, les nouvelles dispositions restreignent les recours en matière de droit des étrangers et diminuent l'attractivité de la Suisse. Enfin, la Fédération des Entreprises Romandes (FER) regrette que ladite modification n'octroie pas aux mandataires spécialement qualifiés au sens de l'art. 68 al.2 let.d du Code de Procédure Civile (CPC), la qualité pour recourir, dans les cantons qui connaissent cette possibilité.

Or, pour rester compétitives les entreprises basées en Suisse ont besoin d'attirer de la main d'œuvre étrangère.

Enfin, la Fédération des Entreprises Romandes (FER) s'oppose fermement à la réduction du délai de recours en matière de votation et d'élection.

Nous vous remercions pour l'attention que vous porterez à ce courrier.

Veuillez croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre parfaite considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Robert Angelozzi
Juriste, FER Genève

Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit public
Bundesrain 20
3003 Berne

Lausanne, le 29 février 2016

**Modification de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF)
Prise de position de la Fédération romande des consommateurs (FRC)**

Madame, Monsieur,

La Fédération romande des consommateurs (FRC) vous remercie de l'avoir consultée dans le cadre de la modification de la LTF susmentionnée et prend position comme suit :

La modification des recours possibles au Tribunal fédéral

La modification de loi proposée trouve sa source dans l'évaluation de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale entrée en vigueur en 2007. Les résultats de cette ambitieuse révision sont discutés par le Conseil fédéral dans son rapport du 30 octobre 2013¹. Bien que ce dernier conclue qu'il s'agisse globalement d'un succès, il relève toutefois que deux problèmes persistent :

- Une utilisation à mauvais escient des capacités du Tribunal fédéral. Celui-ci estime qu'il est trop fréquemment saisi de cas d'importance mineure et qu'il ne connaît pas l'ensemble des causes décisives pour l'unité du droit et le développement de la jurisprudence.
- La persistance de quelques lacunes en matière de protection juridictionnelle. Est principalement visée ici la *liste d'exceptions* de l'art. 83 de l'actuelle LTF.

Les modifications proposées par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision de la LTF concernent principalement l'accès à celui-ci. Il s'agirait de permettre au Tribunal fédéral de connaître, dans la mesure du possible, *toutes les questions juridiques de principe* et *tous les cas particulièrement importants*, y compris dans les domaines pour lesquels le recours ordinaire (recours unifié) est aujourd'hui irrecevable (seul demeurant possible le recours constitutionnel subsidiaire contre les décisions des instances cantonales).

Cette nouvelle approche ouvre des possibilités d'examen que le TF ne connaissait pas jusqu'ici, ce qui semble à première vue être une avancée positive. Toutefois, en introduisant un examen possible si les recours déposés soulèvent une *question juridique de principe* ou porte sur un *cas particulièrement important*, alors qu'ils auraient en temps normal été irrecevables, le régime proposé instaure une *exception à l'exception*. Du simple point de vue de sa construction, le système proposé est complexe et présage une certaine incertitude juridique qui produira, à son tour, un besoin de précisions jurisprudentielles.

De plus, le système envisagé a vocation à remplacer l'actuel recours constitutionnel subsidiaire. Comme la suppression d'un moyen pour les justiciables d'accéder à la Cour suprême n'est pas une décision anodine, la FRC souligne donc la nécessité que les voies de recours « de remplacement » ne constituent pas des alternatives amoindries ou affaiblies en vue de la défense des intérêts des justiciables.

¹ FF 2013 8143

L'objectif de réduction de la charge de travail du Tribunal fédéral

Une des motivations avancées pour la modification de la LTF est la recrudescence des cas à traiter par le Tribunal fédéral. Le Rapport explicatif n'informe que peu à ce sujet, spécialement en ne fournissant aucun chiffre. Une quantification des recours déposés, ventilés par domaine, permettrait de mieux apprécier où les effets des modifications proposées pourraient se manifester.

De plus, la surcharge de travail que connaîtrait le Tribunal fédéral n'est pas non plus mise en rapport avec d'éventuelles fluctuations des moyens à sa disposition, comme une augmentation de personnel par exemple. Il serait opportun de connaître les autres variables pouvant entrer en jeu, tant pour l'estimation de la situation actuelle, que pour évaluer les impacts des propositions de modifications des voies de recours.

La liste d'exceptions

La *liste d'exceptions* de l'art. 83 P-LTF, qui regroupe donc les requêtes qui deviendraient irrecevables devant le Tribunal fédéral, *sauf exception à l'exception*, comprend plusieurs domaines concernant les consommateurs, comme les questions de transports publics, de marchés publics ou encore d'assurance-maladie.

D'une manière plus générale, le système proposé d'une *exception à l'exception* a également des effets sur les recours en matière civile, pénale, et de droit public. Plus spécialement en matière civile, le projet de modification prévoit que le Tribunal fédéral puisse connaître plus largement des affaires pour lesquelles la valeur litigieuse minimale n'est pas atteinte (art. 74 al. 2 P-LTF). Actuellement, l'art. 74 LTF fixe qu'en matière civile, un recours est uniquement recevable si la valeur litigieuse s'élève à 15'000 francs en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, et à 30'000 francs dans les autres cas. Dès lors que les problématiques concrètes qui concernent les consommateurs impliquent majoritairement des montants peu élevés², la FRC accueille avec satisfaction cet élargissement du recours en matière civile qui doit permettre d'amener certaines questions relevant du droit de la consommation devant le Tribunal fédéral.

Le problème du recours aux notions de « question juridique de principe » et de « cas particulièrement important »

Bien que les notions de « *question juridique de principe* » et de « *cas particulièrement important* » ne soient pas totalement nouvelles au regard de la LTF ou de la jurisprudence du Tribunal fédéral³, elles devront être précisées dans leur nouvelle acceptation. Dès lors, de nombreux recourants vont probablement avancer que leur requête pose « *une question juridique de principe* », ou encore arguer qu'il s'agit d'un « *cas particulièrement important* », que ce soit dans le but d'obtenir une légitime décision sur le fond ou dans le but de préciser ces critères-clés.

Pour sa part, le Tribunal fédéral devra se prononcer quant à savoir si une question juridique de principe est réellement posée ou si le cas soumis doit, à ses yeux, être qualifié d'important. Selon la profondeur accordée à cet examen, on peut douter que celui-ci diminue réellement la surcharge de travail du Tribunal fédéral. Le Rapport note que jusqu'à présent le Tribunal fédéral a interprété ces notions juridiques indéterminées de façon restrictive⁴, cette approche sera-t-elle maintenue ? Dans l'affirmative, faut-il alors voir dans la modification de la LTF une diminution générale des opportunités de recours ?

De plus, s'étant une première fois prononcé sur une question de principe, le Tribunal fédéral refusera-t-il de se prononcer à nouveau sur un deuxième recours au cas où une dernière instance cantonale n'a pas respecté la première jurisprudence ? Dans l'affirmative, une inégalité de traitement est alors à souligner. Bien que rare, l'institution du « revirement de jurisprudence » est-elle menacée ?

² La qualité de consommateur est par ailleurs attribuée par certains textes de lois aux personnes qui concluent un contrat portant sur une « prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux », prestation qui est par définition d'une valeur modérée, cf par ex. l'art. 120 LDIP.

³ voir Rapport explicatif, Modification de la loi sur le Tribunal fédéral, 4 novembre 2015, p. 5-6.

⁴ voir Rapport explicatif, Modification de la loi sur le Tribunal fédéral, 4 novembre 2015, p. 5.

Les justiciables en tant que consommateurs

Par une modification des voies de recours devant le Tribunal fédéral, la procédure pour accéder à la Cour suprême devient plus complexe pour les consommateurs qui souhaitent faire valoir leurs droits: d'une part, car la nouvelle procédure leur sera totalement inconnue et, d'autre part, car la clarté de son fonctionnement n'est de loin pas une certitude pour tout un chacun. Ainsi, il n'est pas exclu que, dans un premier temps, certains avocats et autres professionnels de la justice exploitent ce flou procédural pour tenter des procédures qui ont peu de chance d'aboutir, voire pour être à l'origine de la jurisprudence précisant les nouvelles notions, portant ainsi préjudice aux intérêts financiers de certains « consommateurs » de services juridiques.

Au final, la révision de la LTF ne constitue pas une simplification, tant pour les consommateurs que pour les associations de défense des consommateurs. Le système proposé, peu transparent, laisse de nombreuses questions ouvertes, notamment quant à son aptitude à atteindre les objectifs de la révision.

Conclusion

Pour les raisons exposées ci-dessus, la FRC est plus que réservée quant à la proposition de modification de la LTF. Bien qu'elle admette qu'une solution doit être trouvée à la surcharge chronique de travail du Tribunal fédéral, les solutions amenées ne semblent pas être en mesure de résoudre ce problème.

Nous vous remercions de l'attention et de la suite que vous porterez à notre prise de position et vous prions de recevoir, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Fédération romande des consommateurs

A black ink signature, appearing to be 'M. Fleury', written in a cursive style.

Mathieu Fleury
Secrétaire général

A blue ink signature, appearing to be 'F. Bettschart', written in a cursive style.

Florence Bettschart
Responsable Politique & Droit

EJPD
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

lic. iur. Peter Fertig
lic. iur. Britta Keller
lic. iur. Milena Stark

Mitglieder des Zürcher und des
Schweizerischen Anwaltsverbandes
Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zürich

Löwenstrasse 22
8001 Zürich

Telefon 044 213 10 90
Fax 044 213 10 91
fertig@fertig-keller.ch
keller@fertig-keller.ch
stark@fertig-keller.ch
www.fertig-keller.ch

Zürich, 29. Februar 2016 PF/PF

Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) - Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir erlauben uns, zu obigem Revisionsvorhaben ohne Aufforderung eine Vernehmlassung einzureichen. Dies gestützt auf die Erfahrungen unserer Anwaltskanzlei in der Vertretung von Opfern von Straftaten. Das Bundesgerichtsgesetz sieht keine Information der Opfer von Straftaten für das Verfahren vor Bundesgericht vor. Selbst wenn sich das Opfer im kantonalen Verfahren als Privatkläger/-in konstituiert hat, erfährt es nicht zwingend von einer allfälligen Beschwerde des Beschuldigten an das Bundesgericht. Dies ist dann der Fall, wenn „lediglich“ das Strafmass oder eine Massnahme vor Bundesgericht anhängig gemacht wird. Es versteht sich von selbst, dass die Sanktion und eine allfällige Massnahme für das Opfer wesentlich sind. Immerhin wird mit der Sanktion die an ihm begangene Straftat „abgegolten“. Für die Verarbeitung des erlittenen Unrechts ist die strafrechtliche Sanktion für das Opfer meist von grosser Bedeutung. Als Beispiel hierfür kann das bundesgerichtliche Verfahren 6B_513/2015 (Urteil vom 4. Februar 2016) dienen. Erfährt das Opfer erst aus der Presse von einem bundesgerichtlichen Urteil in seiner Sache, wird es zusätzlich und unnötig traumatisiert. Wir regen daher an, in das Bundesgerichtsgesetz eine Bestimmung aufzunehmen, wonach das Opfer einer Straftat, welches sich am kantonalen Strafverfahren als Partei beteiligt hat, immer vom Eingang einer Beschwerde an das Bundesgericht in Kenntnis gesetzt wird und ihm von Amtes wegen das

Urteil des Bundesgerichts zugestellt wird. So könnten beispielsweise Art. 102 BGG und Art. 112 BGG entsprechend ergänzt werden.

Ursprünglich waren die Verfahrensrechte des Opfers im Opferhilfegesetz geregelt. Art. 37 Abs. 2 aOHG umfasste eine allgemeine Informationspflicht der Gerichtsbehörden. Mit Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung wurden die Art. 34-44 aOHG (Kap. 6 aOHG) aufgehoben. Die Verfahrensrechte des Opfers wurden in die neue Strafprozessordnung überführt. Damit wurde auch Art. 37 Abs. 2 aOHG aufgehoben. Eine für alle Gerichtsbehörden geltende Informationspflicht fehlt seither. Das Bundesgerichtsgesetz enthält wohl Bestimmungen über die Legitimation des Opfers zur Einreichung einer Beschwerde, jedoch kein allgemeines Recht des Opfers, über den Eingang einer Beschwerde und das Urteil des Bundesgerichts informiert zu werden. Richtet sich die Beschwerde allein gegen die Strafzumessung oder die Massnahme, erfährt das Opfer nichts vom Beschwerdeverfahren und dessen Ausgang.

Die mit Art. 92a StGB eingeführte Informationspflicht über Entlassungen und Vollzugslockerungen richtet sich allein an die Vollzugsbehörden und nicht an die beurteilenden Gerichte. Auch aus Art. 124 BV lässt sich keine Informationspflicht der Behörden herleiten. Es ist damit dringend notwendig, in das Bundesgerichtsgesetz eine entsprechende Bestimmung aufzunehmen.

Das Einfügen einer entsprechenden Norm würde weder weitere unerwünschte Verfahren vor Bundesgericht nach sich ziehen noch den Zugang zum Gericht erweitern. Es ginge darum, im Zuge dieser Revision eine Lücke im Bundesgerichtsgesetz zu füllen.

Abschliessend ersuchen wir Sie um wohlwollende Prüfung dieses Anliegens.

Mit freundlichen Grüssen


Peter Fertig


Britta Keller

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 29. Februar 2016

Stellungnahme von GastroSuisse zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroSuisse, der führende gastgewerbliche Arbeitgeberverband für Hotellerie und Restauration mit rund 20'000 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Bars, Cafés etc.) in allen Landesteilen, organisiert in 26 Kantonalsektionen und 4 Fachgruppen, bezieht im Vernehmlassungsverfahren betreffend die Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) wie folgt Stellung:

I. Anträge

Antrag

Die vorgeschlagene Änderung von Art. 49 VwVG (Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts) sei ersatzlos zu streichen.

II. Grundsätzliche Haltung

Mit der vorliegenden Revision der Bundesgerichtsgesetzgebung schlägt der Bundesrat eine umfassende Neuregelung der Zugangsmöglichkeiten an das Bundesgericht vor und nimmt des Weiteren Änderungen an anderen Gesetzen vor, namentlich am Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren.

Die grundsätzliche Stossrichtung der Revision ist nachvollziehbar. Das Bundesgericht als oberstes Gericht des Landes sollte die Kompetenz haben, in möglichst allen Bereichen grundlegende Rechtsfragen zu entscheiden und so die Einheit der Rechtsordnung zu wahren. Gleichzeitig ist es für die Rechtssuchenden von eminenter Wichtigkeit, dass die Ge-

GastroSuisse

Für Hotellerie und Restauration
Pour l'Hotellerie et la Restauration
Per l'Albergheria e la Ristorazione

Blumenfeldstrasse 20 | 8046 Zürich
T 0848 377 111 | F 0848 377 112
info@gastrosuisse.ch | www.gastrosuisse.ch

richtsverfahren effizient ablaufen und die Zugangsmöglichkeiten klar geregelt sind, so dass ein höchstmögliches Mass an Rechtssicherheit gewährt werden kann.

Die Revision erweitert allerdings auch die Anwendung der so genannten Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Eine solche ist nicht wie bisher nur in wenigen Fällen (Streitwertgrenze, öffentliche Beschaffung, gew. Steuerfälle) zu beurteilen, sondern neu bei einer Vielzahl von Entscheiden unterer Instanzen, bei denen normalerweise der Zugang zum Bundesgericht verwehrt bliebe. Dieser Mechanismus mag, wie eingangs erwähnt, hinsichtlich Effizienz und Organisation sinnvoll erscheinen, bringt aber auch gewisse Einschränkungen für die Rechtssuchenden mit sich. Die Auslegung darüber, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, obliegt nämlich allein dem Bundesgericht – diesem kommt bei der Beurteilung der Frage ein entsprechend grosser Spielraum zu. Und obwohl dem Bundesgericht als oberstes Gericht des Landes selbstverständlich dieser Spielraum zusteht, ist dies doch eine Ausdehnung der Kompetenzen, denn das Bundesgericht kann nun bei diversen Rechtsfällen zuerst entscheiden, ob es einen Fall überhaupt materiell behandelt oder nicht. Bei Entscheiden, deren Weiterzug zum Bundesgericht bislang komplett ausgeschlossen war, ist dies zweifellos ein Vorteil, es fällt aber auf, dass die Mehrheit der Fälle in umgekehrter Reihenfolge verlaufen, also dass der Zugang zum Bundesgericht neu nur noch bei Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung erfolgen kann.

Aufgrund der Bedeutung dieser Massnahme für das ganze Rechtssystem und angesichts der Tatsache, dass gegen einen Entscheid des Bundesgerichts grundsätzlich keine Beschwerdemöglichkeiten bestehen, ist es wichtig festzuhalten, dass die Frage des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung möglichst weit gefasst werden muss, also im Zweifelsfall das Vorliegen einer solchen grundsätzlichen Frage eher bejaht als verneint werden sollte.

III. Verfehlte Abschaffung der Angemessenheitsprüfung vor dem Bundesverwaltungsgericht

In die Vorlage zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes hat der Bundesrat eine gewichtige Änderung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren untergebracht. Es wird vorgeschlagen, Art. 49 VwVG abzuändern. Damit wird die Möglichkeit, Entscheide der Verwaltung auf ihre Angemessenheit hin überprüfen zu lassen, abgeschafft. Wie in der Folge ausgeführt wird, beschneidet diese Revision die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel in empfindlicher Art und Weise und bringt keinerlei Mehrwert. Sie ist deshalb abzulehnen.

a. Kein ausgewiesener Revisionsbedarf

Aus dem Bericht zur Revision der Vorlage wird kaum ersichtlich, wieso der Bundesrat die Abschaffung der Angemessenheitsprüfung als notwendig erachtet. Erwähnt wird nur, dass „immer wieder geltend gemacht“ wird, dass das Bundesverwaltungsgericht die Angemessenheitsprüfung nicht immer im vollen Umfang wahrnehmen könne. Für diese Bedenken

liefert der Bericht leider keine Quellen und auch die zum Abschnitt gehörende Fussnote (FN 30) wird nicht aufgeführt.

Die Befürchtungen äussern sich wohl dahingehend, dass das Bundesverwaltungsgericht als Ablösung von 36 Eidgenössischen Rekurskommissionen nicht das nötige Fachwissen aufbauen kann, um entsprechende Angemessenheitsprüfungen auszuführen. Sollte dies die Hauptargumentationslinie sein, ist dieser vehement zu widersprechen. GastroSuisse ist namentlich in Urheberrechtsangelegenheiten, aber auch in anderen Rechtsbereichen immer mal wieder Partei in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, sei als Beklagte oder als Kläger. Aus unserer eigenen Erfahrung hinaus haben wir festgestellt, dass die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts jeweils sehr kompetent und fundiert ausfallen. Auch und gerade dann, wenn die Angemessenheit geprüft werden muss. Kaum hoch genug gewichtet werden kann auch die Aussage im Bericht zur Revision, wonach weder das Bundesgericht noch das Bundesverwaltungsgericht diese Revision befürworten und sich offenbar relativ deutlich dagegen stellen. Das Bundesverwaltungsgericht würde wohl zuerst eine allfällige Überbelastung hinsichtlich der Angemessenheitsprüfung monieren. Ein tatsächlicher Revisionsbedarf ist also nichterkennbar. Die Abschaffung scheint vielmehr eine fixe Idee aufgrund theoretischer Überlegungen zu sein, jedenfalls lassen sich in der Praxis negative Auswirkungen der Angemessenheitsprüfung weder auf das Bundesverwaltungsgericht noch auf die Rechtssuchenden ausmachen.

b. Dünne Argumentationsdecke

Die vorgebrachten Argumente zu Gunsten der Abschaffung der Angemessenheitsprüfung sind wenig stichhaltig. Hinzu kommt, dass das Bundesverwaltungsgericht sich bekanntlicherweise bei der Überprüfung der Angemessenheit eines Entscheides selbst die nötige Zurückhaltung auferlegt und nicht ohne Not von den Beurteilungen des erstinstanzlichen Fachgremiums abweicht. Es handelt sich also um eine Angemessenheitsprüfung, die anders als teilweise behauptet, der Verwaltung durchaus den nötigen Spielraum belässt. Dass der Verwaltung bei der Entscheidungsfindung ein gewisses Ermessen zukommt, heisst nämlich weder heute noch in Zukunft, dass diese einfach frei und losgelöst entscheiden darf. Die Ermessensausübung muss nämlich ohnehin pflichtgemäss erfolgen, das heisst unter der Berücksichtigung der verfassungsmässigen Grundsätze und der Wahrung der öffentlichen Interessen, des Rechtsgleichheitsgebots und des Verhältnismässigkeitsprinzip. Das Bundesverwaltungsgericht prüft also lediglich, ob diese Prinzipien eingehalten sind und ob ein zweckmässiger Entscheid getroffen wurde, der von sachgerechten Überlegungen herrührt. Sofern die Behörde ihr Ermessen in diesem Rahmen ausgeübt hat, ist entsprechend nichts zu befürchten. Wird diese Prüfung abgeschafft, gibt es aber in vielen Fällen keine Instanz mehr, die das korrekte Ausüben des Ermessens überprüfen kann. Dies wäre für die Rechtssuchenden eine deutliche Einschränkung der zur Verfügung stehenden Rechtsmittel.

Die Ausführungen des Bundesrats, wonach das Bundesverwaltungsgericht die Angemessenheitsprüfung nicht ausüben könne oder diese die Verwaltung zu sehr einschränke, sind

wie ausgeführt unzutreffend. Hinzu kommt, dass eine Abschaffung der Angemessenheitsprüfung für die Rechtssuchenden weitreichende negative Folgen hätte.

c. Wichtige Entscheide für die Branche wären der Verwaltung überlassen

Wie oben angeführt besteht für die Ermessensausübung der Verwaltung ein gewisser Rahmen, dessen Sinn und Zweck darin besteht, der Verwaltung Grenzen zu setzen. Dieser Rahmen ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten und wird auch von der vorliegenden Revision nicht in Frage gestellt. Verwaltungsentscheide können sehr weitreichende Folgen haben und in die Rechtsstellung der Betroffenen empfindlich eingreifen. Entsprechend sind ausreichende Rechtsmittel zentral. Es kann und darf nicht sein, dass die Verwaltung ohne rechtliche Überprüfungsmöglichkeit beispielsweise überhöhte Gebühren festlegen kann.

Es ist zudem auch nicht so, dass immer eine spezialisierte Verwaltungsbehörde den ursprünglichen Entscheid fällt. Im Bereich der Urheberrechtstarife wird dieser Entscheid durch die Eidgenössische Schiedskommission vollzogen. Dabei handelt es sich nicht um eine klassische Verwaltungsbehörde, sondern um eine paritätisch zusammengesetzte Kommission, welche Tarifeingaben überprüft, die von ausserhalb der Verwaltung erstellt werden. Zu beachten ist dabei, dass zwischen den Parteien wie auch den Mitgliedern der Kommission gewissweit ein ungleiches Kräfteverhältnis herrscht. Auf Seiten der Verwertungsgesellschaften finden sich nämlich nur ausgewiesene Experten auf dem Gebiet, die sich ausschliesslich mit dem Urheberrecht beschäftigen und auch die Lehre zu diesem Rechtsgebiet erstellt haben. Auf Nutzerseite handelt es sich um Vertreter von Verbänden, welche die Interessen ihrer Mitglieder in sämtlichen Rechtsbereichen wahrnehmen müssen, woran das Urheberrecht nur einen geringen Anteil hat. Entsprechend findet hier die Rechtfertigung auch kaum Anwendung, dass es aufgrund der Beschaffenheit der „Behörde“ keiner Überprüfung der Angemessenheit mehr bedarf. Wäre dieser Entscheid nicht mehr mit voller Kognition anfechtbar, würde dies zur Situation führen, dass keine gerichtliche Instanz die Angemessenheit dieser Tarife prüfen könnte, sondern einzig und allein die besagte Kommission. Dies ist eine empfindliche Einschränkung der Rechtsstellung der betroffenen Organisationen und würde im Endeffekt im erwähnten Beispiel dazu führen, dass Verwertungsgesellschaften mit Zustimmung der Eidgenössischen Schiedskommission nahezu alleine über die Tarifhöhen von Urheberrechtstarifen entscheiden könnten. Zu befürchten wäre eine massive Mehrbelastung der Wirtschaft durch deutlich höhere, unangemessene Tarife.

Fazit – Die Angemessenheitsprüfung muss bestehen bleiben

Mit den genannten Überlegungen wurde aufgezeigt, dass für die Abschaffung der Angemessenheitsprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht nur keine Notwendigkeit besteht, sondern die Abschaffung für die betroffenen Rechtssuchenden eine massive Verschlechterung ihrer Position zur Folge hätte. Eine solche Einschränkung des Rechtsschutzes ist nicht hinnehmbar. Daher wird beantragt, die Revision von Art. 49 VwVG ersatzlos

aus der Vorlage zu streichen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass der Rest der Vorlage ausgewogen und überlegt erscheint und es schade wäre, wenn sich die Vorlage aufgrund der VwVG-Änderung einem verstärkten Widerstand ausgesetzt sähe.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

GastroSuisse

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'C. Belser', written in a cursive style.

Christian Belser, lic. iur.
Leiter Rechtsdienst

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'R. Kubalek', written in a cursive style.

Raffael Kubalek, MLaw
Stv. Leiter Rechtsdienst

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern
cornelia.perlerbj@admin.ch

Bern, 29. Februar 2016

Vernehmlassung von grundrechte.ch zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

grundrechte.ch nimmt gerne am Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht teil. Aus den nachfolgend dargelegten Gründen lehnen wir die Vorlage vollumfänglich ab.

1. Einleitende Bemerkungen

Es gehört zum Wesen eines Rechtsstaats, dass den Gerichten auf allen Stufen die benötigten Ressourcen zugeteilt werden müssen. Mit der Begründung, dass ein Gericht überlastet sei, darf nicht der Zugang zu diesem Gericht verunmöglicht werden, wie dies im vorgeschlagenen Erlass der Fall wäre. Der Rechtsstaat verkommt so zur Farce.

Das Verhältnismässigkeitsgebot und das Gleichbehandlungsgebot gelten auch für die Organisation des Gerichtswesens. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb in verwaltungsrechtlichen Belangen weiterhin wegen Beträgen von wenigen Franken ans Bundesgericht gelangt werden könnte, nicht aber wegen einer Busse von 5,000 Franken.

Ebenso ist die Waffengleichheit im Grundsatz des fairen Verfahrens festgeschrieben und ist für die Schweiz aufgrund internationaler Verträge bindend. Dass bei Bussen von weniger als 5,000 Franken zwar die Staatsanwaltschaft, nicht aber der Verurteilte ans Bundesgericht gelangen kann, verstösst klar gegen die ERMK. Sogar eine Anschlussberufung im Sinne von Art. 401 StPO wäre ausgeschlossen.

Volk und Stände haben mit Artikel 29a BV die Rechtsweggarantie in die Verfassung aufgenommen, welche erst seit dem 1. Januar 2007 in Kraft ist. Die Änderung des Bundesgerichtsgesetzes widerspricht zwar nicht explizit im Wortlaut, aber dem Geiste nach diesem Volkswillen. Ziel der Rechtsweggarantie war eine Verbesserung des Rechtsschutzes der Bevölkerung, und die vorgeschlagene Gesetzesrevision bewirkt genau das Gegenteil, keine 10 Jahre, nachdem die Rechtsweggarantie auf Verfassungsstufe festgeschrieben wurde.

Bereits heute gibt es Ausschlüsse vom Zugang zum Bundesgericht, namentlich bei Auslieferungshaft und Auslieferungen sowie im Asylbereich. Dies bedeutet aber keineswegs, dass sich das Bundesgericht nicht mit derartigen Fällen befassen müsste. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts resp. der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts werden dennoch ans Bundesgericht weitergezogen, welches dann Nichteintreten beschliesst. Ein grosser Leerlauf mit Arbeit für das Bundesgericht und Kosten für die Beschwerdeführer ist die Folge. Mit den vorgeschlagenen Begrenzungen des Zugangs zum Bundesgericht hätte letzteres nicht weniger, sondern einfach andere, notabene sinnlose, Arbeit.

Wird in einer Beschwerdesache die Streitwertgrenze nicht erreicht, kann ein Urteil einer Vorinstanz dennoch in beschränktem Ausmass, beispielsweise wegen der Verletzung von Parteirechten, mit Subsidiärer Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Mit der Einheitsbeschwerde würde diese Möglichkeit wegfallen, weil die Ausschlusskriterien global wirken würden.

Auch wenn das Bundesgericht nicht mehr angerufen werden kann, ist doch in allen Fällen ein Weiterzug an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte EGMR möglich. Eine massive Zunahme der Beschwerden vor dem EGMR wird die Folge sein. Weil selbst bei banalen Fehlern, wie etwa der Verweigerung des rechtlichen Gehörs, Beschwerden direkt an den EGMR gerichtet werden müssen, wird auch die Zahl der Verurteilungen der Schweiz drastisch steigen.

Als Retter der Rechtsstaatlichkeit wird die Ausnahme präsentiert, dass bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung immer ans Bundesgericht gelangt werden könne. Wie es sich damit verhält, kann in einschlägigen Urteilen nachgeschlagen werden (diese Regelung gilt bereits in den bereits thematisierten bestehenden Ausschlüssen im Auslieferungs- und Asylbereich):

BGEr Urteil 1C_639/2015 vom 16. Dezember 2015, Erwägung 3.1:

Art. 84 BGG bezweckt die wirksame Begrenzung des Zugangs zum Bundesgericht im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein besonders

bedeutender Fall gegeben ist, steht dem Bundesgericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Auch bei Auslieferungshaftentscheiden kann ein besonders bedeutender Fall nur ausnahmsweise angenommen werden. In der Regel stellen sich namentlich keine wichtigen bzw. erstmals zu beurteilenden Rechtsfragen, die einer Klärung durch das Bundesgericht bedürften

Dieser Regelung kommt lediglich ein Alibi-Charakter zu, weil nur die allerwenigsten Fälle davon profitieren können.

2. Bemerkungen zu einzelnen Neuerungen

zu 2.1.2 Entlastung des Bundesgerichts von weniger bedeutenden Fällen

Künftig soll gegen Bussen bis 5,000 Franken wegen Übertretungen grundsätzlich nicht mehr beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden können. Der Bundesrat schreibt, dass solche Bussen in der Regel auch nicht ins Strafregister eingetragen werden. Er sagt damit implizit aus, dass das Ausschlusskriterium mit der Höhe der Busse bis 5,000 Franken falsch ist. Wenn schon, müssten alle Bussen, welche nicht ins Strafregister eingetragen werden, ausgeschlossen werden. grundrechte.ch lehnt diese Regelung aber ohnehin ab.

Eine Busse, die fast CHF 5,000 beträgt, ist für nicht sehr wohlhabende Personen angesichts der Tatsache, dass Bussen immer unbedingt ausgesprochen werden, ein Betrag von erheblicher Tragweite. Der Umstand, dass solche Strafen nicht im Strafregister eingetragen werden, spielt für jene Personen selten eine entscheidende Rolle. Es ist eine Realität, dass solch ein Busse weit über dem Monatslohn von vielen Betroffenen liegen kann, was dazu führt, dass Bussen - etwa im Vergleich zu Entscheiden, welche eine bedingte Geldstrafe zur Folge haben - trotz einem vergleichsweise geringen Betrag häufig angefochten werden. Bei solchen Entscheiden den Rechtsweg an das Bundesgericht nur unter der nicht näher bestimmten Voraussetzung zu gewähren, dass eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung oder aus einem anderen Grund ein besonders bedeutender Fall vorliegen muss - wobei die finanzielle Situation des Rechtssuchenden wohl keine Rolle spielen wird - stellt eine faktische Diskriminierung von Personen mit geringen finanziellen Möglichkeiten dar. Sie werden bei für sie finanziell wichtigen Entscheiden vom Rechtsweg abgeschnitten.

Mit einer Busse wird jeweils auch eine Ersatzfreiheitsstrafe festgelegt. Mitunter kann es daher um Freiheitsentzug von wenigen Tagen bis einigen Wochen gehen.

Dass bei Bussen bis 5,000 Franken zwar die Staatsanwaltschaft, nicht aber der Verurteilte ans Bundesgericht gelangen kann, verstösst gegen das Gebot der Waffengleichheit. Auch ist kein der Anschlussberufung gemäss StPO analoges Institut für die verurteilte Person vorgesehen, falls die Staatsanwaltschaft ans Bundesgericht gelangt. Es wäre dem Bundesgericht verwehrt, die Strafe zu reduzieren, sie könnte nur gleich belassen oder erhöht werden. Eine derartige Regelung spottet

jeder Beschreibung und hat nichts mit einem fairen Verfahren zu tun.

Mit dem Wegfall der Subsidiären Verfassungsbeschwerde wären in Zukunft auch die meisten Verfassungsrügen ausgeschlossen, was nicht hinnehmbar ist. Wegen Verletzung von Parteirechten kassiert das Bundesgericht regelmässig Entscheide von obersten kantonalen Gerichten, und ein grosser Teil davon könnte in Zukunft nicht mehr angefochten werden. Stellvertretend für viele sei das Urteil [6B_704/2015](#) vom 16. Februar 2016 zitiert, welches eine Busse von 400 Franken betrifft und bei welchem die Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen willkürlich nicht auf eine Berufung eingetreten ist. Das Urteil betrifft nicht etwa einen «besonders bedeutenden Fall», sondern lediglich eine Nachlässigkeit der Vorinstanz.

zu 2.1.3 Einheitsbeschwerde statt subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Der Bundesrat schreibt, dass im Jahr 2015 lediglich 5 % der Eingänge die Subsidiäre Verfassungsbeschwerden betrafen. Daraus leitet er ab, dass dieses Rechtsmittel unbedeutend sei. Er übersieht aber, dass mit der massiven Restriktion des Zugangs zu ordentlichen Beschwerden die Zahl der Subsidiären Verfassungsbeschwerden massiv steigen würde, wenn sie weiterhin zulässig wären. Mit ihrem Wegfall wären auch fast alle Verfassungsrügen nicht mehr zulässig, weil etwa die banale Verweigerung einer Akteneinsicht keinen «besonders bedeutenden Fall», sondern lediglich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz darstellt.

Mit der Kombination der Beschränkung des Zugangs zum Bundesgericht und dem Wegfall der Möglichkeit, auf jeden Fall Verfassungsrügen vor dem Bundesgericht vorzutragen, würde nicht etwa die Rechtsprechung verbessert, wie der Bundesrat behauptet, sondern massiv verschlechtert. Ausbaden müssten dies der EGMR und die Schweizer Bevölkerung, welche sich bei jeder Verurteilung der Schweiz wegen der schlechten Rechtsprechung schämen müsste.

Verfassungsrügen an das Bundesgericht müssen auf jeden Fall ohne jede Einschränkung möglich bleiben.

In Bezug auf zivilrechtliche Streitigkeiten stellt die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde die wichtigste der vorgeschlagenen Änderungen dar. Gemäss dem geltenden Recht beurteilt das Bundesgericht Verfassungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonomer Instanzen, soweit eine Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig ist (Art. 113 BGG). Praktische Bedeutung hat die subsidiäre Verfassungsbeschwerde bei Streitigkeiten, in denen die Streitwertgrenze von Art. 74 BGG nicht erreicht wird, insbesondere aber auch bei Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 98 BGG), zu welchen auch Eheschutzurteile gezählt werden. Auch soll eine Beschwerde an das Bundesgericht nur noch zulässig sein, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, oder wenn aus andern Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.

Wird diese Formel restriktiv angewendet, ist der Individualrechtsschutz nicht mehr gewährleistet, was gerade bei vorsorglichen Massnahmen und Eheschutzentscheiden eine gravierende Verschlechterung darstellen würde. In Eheschutzurteilen werden wichtige Entscheide über Kinderbelange und Unterhalt für eine beträchtlich lange Zeit und mit teilweise faktisch präjudizierender Wirkung gefällt. Die Bedeutung für die Betroffenen ist gross; häufig ist auch der Streitwert hoch. Selten jedoch stehen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Raum, und man darf realistisch gesehen nicht darauf hoffen, dass das Bundesgericht in einer angefochtenen Zuteilung der Obhut oder zu hohen resp. tiefen Unterhaltsbeiträgen einen «besonders bedeutenden Fall» sehen wird, auch wenn das kantonale Gericht einen fehlerhaften, von der bundesgerichtlichen Praxis abweichenden Entscheid gefällt hat. Die betroffenen Parteien werden auf keinen bundesrechtlichen Rechtsschutz mehr zählen können. Wenn sie es doch mit einer Beschwerde an das Bundesgericht versuchen, gehen sie ein hohes Risiko ein, keiner günstigeren Lösung und sehr hohen Kosten gegenüberzustehen.

zu 2.1.4 *Besondere Regelung im Ausländer- und Asylrecht*

Künftig soll das Bundesgericht in eingeschränkter Masse zu Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auch dort Stellung nehmen können, wo das Bundesverwaltungsgericht bisher endgültig entschieden hat. Allerdings müsste das Bundesverwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid feststellen, dass es sich um eine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung handle. Es wird mit maximal 20 derartiger Beschwerden pro Jahr gerechnet.

Im Verhältnis zur Grossen Zahl der Fälle, welche bisher nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden konnten, sind diese 20 neu möglichen Beschwerden ein Klacks und rechtfertigen in keiner Weise, als «Kompensation» eine sehr grosse Anzahl von Beschwerden zusätzlich vom Zugang zum Bundesgericht auszuschliessen.

Auch bedeuten diese Fälle für die betroffenen Personen massive Einschränkungen, weil sie oftmals ihre Lebensgrundlage aufgeben und die Schweiz verlassen müssten. Es erscheint sehr zynisch, wenn der Bundesrat im Bericht schreibt, dass lediglich «weniger bedeutende Fälle» neu vom Zugang zum Bundesgericht ausgeschlossen werden sollen.

Es widerspricht der Verbesserung des Rechtsschutzes, welche Volk und Stände im Rahmen der Justizreform mit der Rechtsweggarantie beschlossen haben, wenn derartige massive Eingriffe in die persönliche Freiheit nicht mehr am Bundesgericht angefochten werden könnten.

Zu 2.3 *Anpassung der Bestimmungen über die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts*

Auch die Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgericht würde dem Geiste nach dem Volkswillen widersprechen, der mit der Aufnahme der Rechtsweggarantie in die Verfassung ausgedrückt wurde. Behörden könnten wie vor der Justizreform willkürliche Entscheide treffen, und

diese könnten de facto nicht angefochten werden, weil dem Bundesverwaltungsgericht eine Beurteilung verwehrt wäre.

Besonders drastisch käme dies bei der neu vorgesehenen Überprüfung der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen gemäss Nachrichtendienstgesetz zu tragen, würde doch mit dem Wegfall der Ermessenskontrollen jede Überprüfungsmöglichkeit wegfallen und das Bundesverwaltungsgericht müsste jede Anfrage genehmigen.

3. Fazit

Die Vorgeschlagene Änderung des Bundesgerichtsgesetzes gaukelt eine Entlastung des Bundesgerichts vor, welche in diesem Ausmass nicht realisiert werden kann, weil sich das Bundesgericht eben weiterhin mit diesen «eingesparten» Fällen befassen müsste, wenn auch meist nur mit einem Nichteintretensentscheid. Sie bringt aber eine massive Verschlechterung der Rechtsstellung von sehr vielen Personen. grundrechte.ch lehnt diese Vorlage deshalb vollumfänglich ab.

Sofern das Bundesgericht tatsächlich überlastet ist, empfiehlt grundrechte.ch eine Steigerung der Qualität der Verfügungen und Entscheide, welche von eidgenössischen und kantonalen Behörden und Gerichten erlassen werden.

Mit freundlichen Grüssen

grundrechte.ch

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'V. Györffy', written in a cursive style.

Viktor Györffy, Präsident

DR. IUR. FELIX HUNZIKER-BLUM

RECHTSANWALT

DUFOURSTRASSE 101
CH-8008 ZÜRICH
TELEFON +41 44 385 50 30
TELEFAX +41 44 385 50 31

UNGARBÜHLSTRASSE 20
CH-8200 SCHAFFHAUSEN
TELEFON +41 52 625 12 24

FELIX.HUNZIKER-BLUM@BLUEWIN.CH
WWW.DURENDAL.CH

CHE-312.653.073 MWST

BA Justiz

E 29. Feb. 2016

Act

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Frau Cornelia Perler
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 26. Februar 2016
FHB/ck

Vernehmlassungseingabe zur BGG-Revision

Sehr geehrte Frau Perler

In der Beilage erhalten Sie meine Eingabe. Separat erhalten Sie an Ihre eMail-Adresse eine PDF-Version.

Das Original meiner Eingabe habe ich der Departementschefin zugesandt, weil sie mich in einer anderen Funktion kennt.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Felix Hunziker-Blum

DR. IUR. FELIX HUNZIKER-BLUM

RECHTSANWALT

DUFOURSTRASSE 101
CH-8008 ZÜRICH
TELEFON +41 44 385 50 30
TELEFAX +41 44 385 50 31

UNGARBÜHLSTRASSE 20
CH-8200 SCHAFFHAUSEN
TELEFON +41 52 625 12 24

FELIX.HUNZIKER-BLUM@BLUEWIN.CH
WWW.DURENDAL.CH

CHE-312.653.073 MWST

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

PDF an cornelia.perler@bj.admin.ch

8008 Zürich, 26. Februar 2016
Dufourstrasse 101

Revisionsvorlage des Bundesgerichtsgesetzes (BGG): Vernehmlassungseingabe

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Als praktizierender Rechtsanwalt bearbeite ich auch Prozessmandate, namentlich im Haftpflicht- und Versicherungsrecht sowie im Sozialversicherungsrecht. Einige Prozesse endeten am Bundesgericht oder machten dort eine Zwischenstation. In frischer Erinnerung ist ein sehr tragischer Fall mit einem (im Unfallzeitpunkt) Kleinkind, der auch in der Tagespresse besprochen wurde; er wurde zweimal vom Bundesgericht bearbeitet (4A_504/2011, 4A_260/2014), und der dritte Entscheid des Zürcher Handelsgerichts hätte Anlass für eine dritte Beschwerde gegeben – eine „Fehlbelastung“, die m.E. hausgemacht war. Der Streit ist nach einem Exkurs ans Zivilkreisgericht Basel-Landschaft-Ost derzeit beim Bezirksgericht Zürich in weiterer Bearbeitung.

Aus der Sicht der Rechtsuchenden und ihrer Rechtsanwälte kann es bei einer erneuten Revision des BGG auf gar keinen Fall darum gehen, Wünsche des Bundesgerichts zu erfüllen (Entlastung, nur noch „bedeutende“ Fälle, Beschränkungen durch Ausschluss bestimmter Fragestellungen). Was für sie „bedeutend“ ist, entscheiden die Rechtsuchenden. Es muss darum gehen, die Justizgewährleistung für die Rechtsuchenden wieder an die erste Stelle zu setzen und damit den Verfassungsauftrag und die Funktion des Bundesgerichts zu erfüllen, nämlich den Privaten, Unternehmungen und den Subjekten des öffentlichen Rechts

den Rechtsschutz zu gewähren und so natürliche und juristische Personen sowie die öffentlichrechtlichen Körperschaften (Gemeinden, Kantone) zu entlasten. Ich begründe nachfolgend meine Auffassung, dass die vorgesehene **Revision des BGG in eine falsche Richtung läuft**.

1. Entlastung ist immer Um-Lastung

1966 wurde die Nationalstrasse N3 („Zimmerbergautobahn“, heute: A3) mit der Teilstrecke Wollishofen-Richterswil eröffnet. Schlagartig wurde die Seestrasse am linken Zürichseeufer um rund 50% des Verkehrs entlastet. Bereits 1981 war die Verkehrsfrequenz auf der Seestrasse jedoch wieder auf dem Niveau von 1966. Das ist der Auffülleffekt. Die Entlastung der Seestrasse war also nicht nachhaltig, aber immerhin wurde ein Hauptzweck erreicht: der Fern- und Schwerverkehr wählte fortan die N3, einstweilen bis Richterswil, wo damals der spätere Bezirksrichter Richter aufwuchs – wir sind damit mitten im Thema.

Am 1. Januar 2007 trat das neue Bundesgerichtsgesetz¹ in Kraft. Es sollte primär zu einer Entlastung des Bundesgerichts führen. Das dafür gewählte Konzept des BGG war eine Industrialisierung des Fallrechtschaffens auf drei „Produktionsstrassen“: Zivilsachen, Strafsachen, öffentlich-rechtliche Angelegenheiten. Dafür wurde die Einheitsbeschwerde eingeführt, d.h. das alte „Produktionshandbuch“ OG für Verfahren am Bundesgericht wurde für alle drei Produktionsstrassen vereinheitlicht, mit den nötigen produktbezogenen Anpassungen. Quer zu diesen Produktionsstrassen wurde am Schluss quasi ein Grundrechts-Tauchbad angelegt: in allen drei Produktionsstrassen kann eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden, für den Fall, dass die Beschwerde in der Produktionsstrasse keinen Erfolg hat. Solche Beschwerdefälle werden dann noch in diesem Grundrechts-Tauchbad behandelt. Soweit bekannt hat dieses industrielle Konzept mit drei spezialisierten Produktionsstrassen in den Kantonen wenig Echo gefunden, wurde also nicht rezipiert. Die kantonalen Justizorganisationen blieben nach dem 1.1.2011 im Wesentlichen dieselben.

Die „entlastende“ Wirkung des BGG wurde zwar in einer Wirkungsanalyse des EJPD bestätigt. Doch die Zahlen sprechen eine andere Sprache: gingen 2006, vor Inkrafttreten des BGG, in Lausanne 5210 neue Fälle ein und am Eidg. Versicherungsgericht in Luzern 2650, zusammen also 7760, so kamen nach einem kurzen Tiefstand 2007 (7192) fünf Jahre später, 2012, bereits wieder 7875 Beschwerden herein, 2013 noch etwas mehr: 7919, und

¹ Bundesgesetz über das Bundesgericht, vom 17. Juni 2005

2014 waren es mit 7702 etwas weniger. 2015? On verra. Der N3/Seestrasse-Auffülleffekt wiederholte sich also: die Entlastung des Bundesgerichts (was immer das bei seinem unveränderten Verfassungsauftrag heissen *darf*) erweist sich damit als Illusion. Der Bundesgerichtspräsident sprach im Juni 2013 im Ständerat von Rekordzahlen 2012; die Situation sei nicht dramatisch, aber besorgniserregend. Eventuell müssten die Aufgaben des Bundesgerichts überdacht werden (NZZ 11.6.2013 S. 10). Das war der erneute Ruf nach weiterer Entlastung, diesmal mit dem Mittel einer Vorselektion. Der Ständerat nahm davon anscheinend zustimmend Kenntnis.

Folgerung: da der Auffülleffekt unausweichlich ist, wird das Ziel der Entlastung auch im zweiten Anlauf unerreichbar bleiben. Hingegen stellt sich die Frage, wer denn diese Last der Justizgarantie anstelle des Bundesgerichts übernehmen solle und könnte. Naheliegend, *aber aus ebenso naheliegenden Gründen sofort zu verwerfen* ist beispielsweise folgendes:

Auf Seite 21 des Geschäftsberichts 2012 des Bundesgerichts findet sich eine Balkengrafik, welche die Eingänge nach Sprachen gliedert: italienisch 5,4%, französisch 32,5%, deutsch 62,1%. Die Beschwerden stammten somit deutlich überproportional aus dem französischsprachigen Raum, während die italienischsprachigen Beschwerden unterproportional zum Bevölkerungsanteil eingingen. Eine naheliegende Entlastungsmöglichkeit wäre demnach eine Reduktion der französischsprachigen Beschwerden. Aber daran denkt im Ernst niemand, denn die Justizgewährleistungsgarantie gilt natürlich auch für die Romands. Aus den Zahlen ergibt sich aber umgekehrt, dass die Romands entweder aufgrund ihrer kantonalen Justiz-Leistungen ein höheres Interesse an Rechtsschutz durch das Bundesgericht haben, oder dass sie es „einfach wissen wollen“, und darum mehr Beschwerden ans Bundesgericht führen. Das ist als Rechtsschutzbedürfnis in einem föderalistischen Rechtsstaat zu respektieren und im Rahmen der Justizgarantie zu honorieren.

2. Der Auftrag von Volk und Ständen ans Bundesgericht

Am Beginn jeder Tätigkeit muss ein Auftrag stehen, so auch bei Behörden und Gerichten. Nach der Erteilung des Verfassungsauftrags mussten dessen Empfänger, die Eidgenössischen Räte, eine Analyse des Auftrags² ans Bundesgericht vornehmen, wie er sich aus Art.

² Den aktuellen methodischen Hinweis auf Ziffer 149 des Reglements Führung- und Stabsorganisation (FSO), S. 26 verdankt der Verfasser Br Daniel Lätsch, Kdt Gst S:
www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/dokumentation/fuhrungsreglemente/fuhrungs.html

188ff. der Bundesverfassung ergibt. Bestandteile einer Auftragsanalyse sind – und ich fasse mich danach kurz:

- ☐ Bedeutung der Aufgabe im Gesamtrahmen,
- ☐ erwartete Leistung der Organisation,
- ☐ Handlungsspielraum,
- ☐ Unterstützung durch vorgesetzte und andere Stellen

Bedeutung im Gesamtrahmen: In Art. 188 BV wird das Bundesgericht als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes bezeichnet. Daraus ist unter dem Aspekt des Systems der Justiz in der Schweiz zu erkennen, dass das Bundesgericht in letzter Instanz Recht zu sprechen hat. Dass das auf Bundesebene erfolgt, bedeutet, dass das Bundesgericht eine Koordination der Rechtsprechung im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsauffassung in den Kantonen anzustreben hat. Es hat damit eine Vorbildfunktion, nicht nur in der Rechtsauffassung, sondern zweifellos auch in der Arbeitstechnik der Gerichte und der Kollegialgerichte und Einzelrichter, Gerichtsschreiber und Kanzleipersonal, und in der Gestaltung ihrer Produkte, den Urteilen.

Art. 188 Abs. 2 BV bestimmt, dass die Organisation und das Verfahren vom Gesetzgeber bestimmt werden. Dem Bundesgericht ist damit insbesondere jede Befugnis entzogen, das Verfahren abweichend vom Willen des Verfassungs- und des Gesetzgebers in seiner Praxis selber zu gestalten. Auf der Basis der ihm (mit dem BGG) gegebenen Organisation und Verfahren ist das Bundesgericht dann jedoch in der internen (Ablauf-) Organisation frei (Art. 188 Abs. 3 BV), nicht aber im Umgang mit den Parteien.

Die erwartete Leistung des Bundesgerichts ergibt sich aus der Zuständigkeit, eigentlich einer Arbeitszuweisung, in Art. 189 BV. Kernaussage ist, dass das Bundesgericht Streitigkeiten daraufhin beurteilt, ob Recht verletzt ist – oder nicht. Vom Bundesgericht erwarten Volk und Stände aber, **dass es Streitigkeiten in der Sache entscheidet**, entsprechend seiner Rolle als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes (Art. 188 BV). Das heisst: liegt eine Streitigkeit vor, und wird eine Rechtsverletzung geltend gemacht, **muss** das Bundesgericht in der Sache entscheiden. Dass Akte der beiden anderen höchsten Organe des Bundes nicht angefochten werden können (Abs. 5), entspricht dem Prinzip der Gewaltenteilung, und Ausnahmen sollten sich auf eine sehr kleine Zahl beschränken. Umgekehrt müssen sich die Mitglieder des Bundesgerichts von jedem Versuch fern halten, selber Rechtssätze zu beschliessen oder das Bundesrecht zu „dynamisieren“: ihre Aufgabe ist die

Schaffung von Recht und Rechtsfrieden im Einzelfall - nicht mehr, aber eben auch nicht weniger. Eine Rechtsentwicklung ist im Auftrag nicht enthalten. Dafür, dass das BGG diese Vorgaben der Bundesverfassung an eine Produktionsvorschrift ans Bundesgericht erfüllt bzw. einhält, sind die Eidgenössischen Räte gewählt, zuständig und verantwortlich.

Mit Bezug auf den Entscheidungsspielraum legt Art. 190 BV fest, dass Bundesgesetze (und, warum nicht: auch die Bundesverfassung) und Völkerrecht für alle rechtsanwendenden Schweizer Behörden massgebend sind, d.h.: verbindlich.

Art. 191 BV erklärt die Gewährleistung des Zuganges zum Bundesgericht (Abs. 1). Diese Garantie darf vom Gesetzgeber nur mit Streitwertgrenzen (Abs. 2) und für bestimmte Sachgebiete (Abs. 3) eingeschränkt werden – **und sonst nicht**. Das Zulassungsregelwerk für Beschwerden ist viel zu kompliziert, auch für Anwälte eine Art dunkle Gummizelle, in der Fallen lauern. Das Resultat davon ist eine zu hohe Nichteintretensquote (unten 3.), mächtiger und kostspieliger Grund für die Frustration von Stimmbürgern, von juristischen Personen, Behörden und ihren Anwälten. Für offensichtlich unbegründete Beschwerden gibt es zwar ein vereinfachtes Verfahren (Abs. 4), aber das darf nicht bedeuten, dass für solche Beschwerden der Grundauftrag, Streitigkeiten in einem Sachurteil zu beurteilen, nicht gelten solle. Heute dient das vereinfachte Verfahren jedoch oft dazu, eine Beschwerde kurzerhand mit Nichteintreten zu erledigen.

Zusätzlich zu diesem Auftrag von Volk und Ständen an das Bundesgericht ist die Rechtsweggarantie zu beachten (Art. 29a BV). Sie enthält ausdrücklich den Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Ein Rechtsstaat muss insbesondere diesen Anspruch schützen. Die Bestimmung legt deshalb im zweiten Satz Wert darauf, dass der Gesetzgeber die richterliche Beurteilung nur in Ausnahmefällen ausschliesst. Bei der „Verbesserung des Ausnahmekatalogs“ und der Definition der „weniger bedeutenden Fälle“ muss deshalb die Rechtsschutzgarantie das Ziel bleiben, nicht die Entlastung. Dies gilt insbesondere für die Einschränkung des Beschwerderechts von Privatklägern in Strafsachen. Wenn die Anklagebehörden ermatten, muss es das Recht des Opfers bleiben, den Widerstand von Tätern und Haftpflichtigen durch ein Strafurteil brechen zu können, das auf einer vollständigen Untersuchung aller Umstände beruht, die ohne Strafuntersuchung einer Zivilpartei verborgen bleiben würden.

Unterstützung durch die vorgesetzte und andere Stellen: die Bundesversammlung als Wahlbehörde greift nicht bloss mit allergrösster Zurückhaltung, sondern eigentlich gar nicht in die Tätigkeit des Bundesgerichts ein, obwohl sie Oberaufsichtsbehörde ist (Art. 169 BV). Es scheint eine Berührungsangst oder gar Konfliktscheu zu bestehen. Dabei gäbe es genügend Stoff, dessen offene Diskussion Nutzen bringen könnte. In der Schweizer Armee waren früher Diskussionen zwischen Funktionsstufen tabu; heute ist der „operative Dialog“ ein reglementarischer Begriff.

3. Das Nichteintreten als sehr erheblicher Verlust an Rechtsschutz

Die Entwicklung der „Art der Erledigung“ ist in den Geschäftsberichten des Bundesgerichts unter „Statistiken“ in Kreisgrafiken visualisiert; die Zahlen dazu:

Jahr	%	Abschreibung	Nichteintreten	Abweisung/ Ablehnung	Gutheissung/ Bewilligung	Rückweisung/ Ueberweisung
2006		6,0	29,1 (mit EVG: 23,3)	53	11,8	0,1
2007		5,68	26,78	52,80	10,60	4,14
2008		4,8	30,6	48,1	12,4	4,1
2009		4,9	32,3	47,4	11,4	4,0
2010		4,1	34,5	45,3	12,2	3,9
2011		3,6	35,2	45,8	12,4	3,0
2012		3,3	36,2	45,5	12,5	2,5
2013		4,7	34,0	45,0	14,1	2,2
2014		3,31	37,87	44,15	12,81	1,86

Das heisst für 2012: bloss 60,5% aller eingegangenen Beschwerden wurden materiell behandelt, im Jahr 2013 waren es 61,3%, im Jahr 2014 nur noch 59,1%. Und nur 12,5% / 14,0% / 12,5% aller Beschwerden wurden gutgeheissen. Beide Kennzahlen liegen in Bereichen, die auffällig und eher unwahrscheinlich tief sind, aber nie zu staatspolitischen Reflexionen führten. Besonders auffällig ist der Anstieg der Nichteintretensentscheide, ein fast linearer Trend bis 2012: 2006, vor dem BGG, wurden in beiden Gerichten (Bundesgericht: 1462/5007, Eidg. Versicherungsgericht: 280/2475) bloss 23,3% der Streitsachen mit Nichteintreten erledigt, 2007, neu unter dem BGG, aber schon 26,78%, 2008 sogar 30,6% und 2012 wie erwähnt 36,2%. Die Nichteintretensquote stieg demnach in den sechs Jahren

seit Inkrafttreten des BGG um mehr als 35% auf mehr als einen Drittel aller Fälle, Jahr für Jahr um fast 1,4 Prozentpunkte. Der Rechenschaftsbericht 2013 brachte eine leichte Trendabweichung und wies eine Nichteintretensquote von immer noch 34% aus, 2,2%-Punkte weniger. Der bisher letzte Rechenschaftsbericht 2014 weist eine Nichteintretensquote von gar 37,2% aus, in Strafsachen gar 40,16%. Von einem Trendbruch 2013 kann damit nicht gesprochen werden, und die Steigerung der Nichteintretensquote seit 2007 liegt damit immer noch deutlich über 1%-Punkt pro Jahr. Eine Projektion dieses Trends nach bloss sieben Jahren seit Inkrafttreten des BGG bis zu einer Nichteintretensquote von 100% wäre polemisch. Genauso falsch wäre es jedoch, zuzuwarten und, wenn einmal 40-50% aller Beschwerden durch Nichteintreten erledigt werden, im Rückblick festzustellen, dass schon 2007-2014 etwas aus dem Ruder gelaufen war, was Volk und Stände mit der neuen Bundesverfassung nicht gewollt haben können. Der präzise richtige Zeitpunkt für einen Marschhalt mit Rück- und Ausblick wird nie kommen; aus Anlass der Vernehmlassung der Vorlage für das revBGG ist eine Reflexion dennoch angezeigt.

Die Nichteintretensquote schleppt zusätzlich noch einen Schatten hinter sich her, denn in die quantitative Betrachtung der Nichteintretens-Problematik sind drei weitere Beschwerde-Gruppen einzubeziehen:

- Zu den Beschwerden, auf die das Bundesgericht materiell nicht eintritt (Entscheid: „Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten“) müssten auch die Beschwerden gezählt werden, die zwar abgewiesen werden, die aber auf ein materielles Nichteintreten hinauslaufen. Das Bundesgericht verweist in zahlreichen Fällen auf seine Praxis und setzt sich mit den Argumenten in der Beschwerde gar nicht mehr auseinander. In einem Urteil vom 16.4.2013 (Verfahren 8C_81/2013) ging es um die Verweisung der Langzeitpflege einer Versicherten der obligatorischen Unfallversicherung (UVG) an ihre Krankenkasse. Das Bundesgericht verwies auf frühere Entscheidungen, in denen es beschlossen hatte, die Leistungspflicht des Unfallversicherers für Heilbehandlungen „nur solange zu gewähren, als von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung noch eine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes erwartet werden kann“. Auf die Beschwerdegründe, die die Gesetzwidrigkeit dieser Praxis rügten, ging das Bundesgericht gar nicht ein: „Was die Versicherte gegen diese Praxis vorbringt, gibt keinen genügenden Anlass, um auf sie zurückzukommen“. Mit diesem lakonischen Satz wurde zwar die Beschwerde abgewiesen, aber die Begründung war nicht fallbezogen, sondern folgte einer arbeit ersparend-entlastenden

Kategorisierung durch Verweisung auf die Praxis – ohne diese zu reflektieren. Es ist zwar gewiss nicht so einfach, wie sich ein ehemaliger Bezirksgerichtspräsident ausdrückte: „Manchmal wollen die Richter nicht. Einfach nicht.“ Aber die Wirkung solcher Kategorisierungen, der Verweisungen auf die eigene Praxis, wecken den Anschein der Entlastungsabsicht, obwohl manchmal zu vermuten ist, dass der gerichtliche und redaktionelle Einwand für ein Nichteintreten gleich gross war wie er für einen Sachentscheid gewesen wäre. Im Endeffekt kommen solche Abweisungen aber eben doch einem Nichteintretensentscheid gleich. Und die Nichtprüfung von Rügen kann zur unerwünschten Folge haben, dass sich die Rechtsauffassungen in den Kantonen in unterschiedliche Richtungen entwickeln können.

- Eine zweite Art des Nichteintretens ist der Entscheid „Die Beschwerde wird abgewiesen/gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist“. Es ist unklar, ob das Bundesgericht solche Entscheide in seiner Statistik zu den Nichteintretensentscheiden zählt oder nicht, oder zu den abgewiesenen bzw. gutgeheissenen. Aber das ist bei der Betrachtung der Nichteintretensproblematik nicht richtig, denn dann sind einzelne Beschwerdegründe, die das Bundesgericht materiell nicht behandelte, dennoch mit Nichteintretensentscheid erledigt worden.
- Kognition/Kognitionsbefugnis: Kognition ist an sich ein Begriff aus der Neurologie, wird vom Bundesgericht aber verwendet, um eine eingeschränkte Prüfungsbefugnis zu begründen, für die sich in der Bundesverfassung kein Anhaltspunkt findet. „Welche Rügen können dem Bundesgericht unterbreitet werden und welche nicht?“ „Hinter den ‚harmlosen‘ Grundsätzen, die der Gesetzgeber aufgestellt hat, verbergen sich vielfältige prozessuale Tücken“ (PETER MÜNCH, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. A., Rz 4.36). Tatsächlich können es sich nur wenige Anwälte mit viel Freude an formellen Fragen leisten, den Ueberblick über die zulässigen Rügen zu gewinnen und die Entwicklung der Rechtsprechung zu verfolgen und zu prognostizieren. Ein Neurologe, mit dem Begriff der „beschränkten Kognition“ des Bundesgerichts konfrontiert, würde eine andere Frage stellen: wieso nutzt die Eidgenossenschaft die geistige Leistungsfähigkeit ihrer besten Richter nicht uneingeschränkt zugunsten von Volk und Ständen aus? Tatsächlich kann man sich fragen, ob der Aufwand für die Prüfung der Kognitionsbefugnis nicht produktiver direkt in der Beurteilung von Streitigkeiten eingesetzt würde.

Nichteintreten ist die Verweigerung der Beurteilung einer Streitigkeit (Art. 189 BV) und rechtsstaatlich sehr bedenklich, zumal das Bundesgericht in einem jüngsten Entscheid wiederholte (22.9.2015, 5A_299/2015):

3.1. Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV). Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt formelle Rechtsverweigerung vor, wenn eine Behörde auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt, obschon sie darüber entscheiden müsste (**BGE 135 I 6 E. 2.1 S. 9; 134 I 229 E. 2.3 S. 232; vgl. auch BGE 136 II 177 E. 2.1**).

Ein Nichteintreten müsste zwingend eine ausdrückliche Ermächtigung in einem formellen Gesetz zur Grundlage haben, und eine solche Ermächtigung müsste auf wenige Ausnahmen beschränkt bleiben.

4. Unwirksame Dissuasion aus der Statistischen Interpretation

Einen befreundeten Mathematiklehrer befragte ich um Rat bei der Interpretation der statistischen Daten aus den bundesgerichtlichen Geschäftsberichten. Er studierte den Zahlenkranz in den Kreisgrafiken „Art der Erledigung“, und gefragt nach der mathematischen Wahrscheinlichkeit des Erfolgs einer Beschwerde ans Bundesgericht sagte er nach einem Seufzer ganz ruhig: „Vergiss es!“. Dann rechnete er vor: Eine erste Wahrscheinlichkeit, dass das Bundesgericht überhaupt auf eine Beschwerde eintritt, ist um mehr als einen Drittel reduziert. Die verbleibende Quote ist mit der Gutheissungsquote zu multiplizieren, für 2012: $63,8\% \times 12,5\% = 7,975\%$, für 2013: $9,306\%$, 2014: $7,25\%$. Das ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine eingereichte Beschwerde gutgeheissen wird. Mit anderen Worten: bei einer Chance von bloss 8% lohnt es sich aus der Sicht eines Mathematikers gar nicht erst, eine Beschwerde ans Bundesgericht in Betracht zu ziehen.

Eine solche Wahrscheinlichkeitsrechnung wurde soweit ersichtlich noch nie gemacht, und ihre dissuasive Wirkung konnte sich deshalb bisher auch nicht in einer Entlastung des Bundesgerichts auswirken. Das heisst aber umgekehrt, aus der Sicht von Volk, privaten und öffentlichen Unternehmen, Gemeinden und Ständen, die vor Bundesgericht auftreten: der subjektiv, von Prozessparteien erkannte Bedarf an Korrekturen von kantonalen und bundesverwaltungs- und bundesstrafergerichtlichen Entscheiden durch das Bundesgericht steigt trotz minimier Chancen einer Beschwerdegutheissung weiter an – und dem zuwider-

laufend wurde deren Rechtsschutzbedürfnis seit dem Inkrafttreten des BGG ständig abnehmend befriedigt.

5. Die verkannte Doppelkrise

Die Belastung des Bundesgerichts hat zwar bisher nur bis 2013, und 2014 nicht mehr zugenommen. 2015? Was aber in der Evaluation 2013 nicht wahrgenommen wurde, das ist die Doppelkrise, in der sich das Bundesgericht befindet: einerseits nimmt die Nachfrage nach Rechtsschutz und damit die numerische Belastung weiter zu, andererseits nimmt mit den Nichteintretensentscheiden der Nutzen seiner Arbeit für Einwohner und Unternehmen und sogar für öffentlichrechtliche und staatsnahe Einheiten und Organe³ ab. Unter dem Gesichtspunkt der vertikalen Unterstützungspflicht (Art. 296, 328 ZGB) war auch nicht verständlich, weshalb das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation einer Mutter ablehnte, die sich gegen die Errichtung einer Beistandschaft für ihren Sohn wehrte; es hätte wohl genausogut in der Sache entscheiden können⁴.

Die Entlastung des Bundesgerichts durch die Ablösung des OG mit dem BGG kann somit aus der Sicht der Rechtssuchenden nicht das richtige Ziel gewesen sein, und sie kann auch bei der ersten Revision des BGG nicht das richtige Ziel sein; Volk und Stände erwarten anderes und mehr vom Bundesgericht.

Aber die einschlägigen Artikel der Bundesverfassung (29-30 und 188-191c) können den Rechtssuchenden unter dem geltenden BGG keine Hoffnung auf besseren Rechtsschutz verschaffen. Auch die mehrfach befürwortete Erweiterung der Aufgaben des Bundesgerichts mittels Angliederung eines Verfassungsgerichts würde am Nutzen des Bundesgerichts für die Privatpersonen, Unternehmen und öffentlichen Körperschaften der Schweiz nichts ändern, sondern auch ein solcher Ausbau drohte in der hohen Nichteintretensquote zu deutlich mehr als einem Drittel zu verpuffen.

³Urteil vom 4. März 2014, 1C_780/2013, i.S. Spitalrat USZ/X betr. Akteneinsicht: Einheiten und Organe der öffentlichen Hand sind nur in engen Grenzen beschwerdeberechtigt (Bestätigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung)

⁴ Urteil vom 2.10.2015, 5A_649/2015

6. „Was tun?“ – die Strategische Frage von Lenin und Mao

In der nächsten Junisession werden die Eidgenössischen Räte erneut die Geschäftsberichte der Eidgenössischen Gerichte beraten, sich wie schon 2013 und 2014 die Klagen des Bundesgerichtspräsidenten über die zunehmende Arbeitslast anhören und dann den Bericht zustimmend zur Kenntnis nehmen. Hätten sie eine Alternative? Als Oberaufsichtsorgan müssten sie eine entwickeln oder von der Verwaltung oder einer grossen Expertenkommission entwickeln lassen – aber dann den Vorentwurf auch gut daraufhin prüfen, was *unter dem Verfassungsauftrag ans Bundesgericht* Sinn macht und was nicht.

Eine Art „mission creep“ ergab sich in den letzten Jahren in der Rechtsprechung der sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen. Eigentlich wäre es Sache des Bundesamtes für Sozialversicherungen, die Versicherungsträger mit Verordnungen oder Kreisschreiben in der Behandlung und Beurteilung von speziellen medizinischen Fragen anzuleiten; das unterblieb zu in der Praxis wichtigen Fragen und neuen Entwicklungen. Aufgabe des Bundesgerichts wäre es dann im Streit zwischen Versicherten und Versicherungsträgern gewesen, die Gesetzeskonformität solcher Erlasse des BSV zu beurteilen. In Urteilen zum Thema HWS-Distorsion und überhaupt zu unklaren Beschwerdebildern und unerklärbaren Schmerzstörungen (PÄUSBONOG) hat das Bundesgericht verschiedentlich Urteilsbegründungen erarbeitet, die an die Grenze zu kommentierten Verordnungen kamen, gewiss mit grossem wissenschaftlichen und redaktionellem Aufwand, teilweise auch unter Beizug von medizinischen Experten (somatoforme Schmerzstörung: BGE 130 V 352 und neu 141 V 585, Fibromyalgie: 132 V 65, Nichtorganische Hypersomnie: 137 V 64, Neurasthenie: 9C_98/2010, chronic fatigue syndrome: 139 V 346, Ueberwindbarkeitsvermutung und Beurteilungsraster: 141 V 281). Diese Arbeiten, speziell die Erarbeitung von Beurteilungsrastern und andere Arbeitshilfen, müssten vom Bundesgericht weg zurück auf das BSV umgelastet werden, sonst funktioniert die Gewaltenteilung nicht mehr richtig. Solche Problemstellungen sind zwar sicher interessant und anspruchsvoll, lenken aber von der Hauptaufgabe des Bundesgerichts ab.

Machen wir uns nichts vor: die obersten kantonalen Gerichte und die Gerichte des Bundes (das Bundespatentgericht ausgenommen) sind in der ganzen Fallrechtsproduktions-Prozesskette (justice supply chain) die Reparaturwerkstätten der regionalen Justiz. Eine Entlastung des Bundesgerichts muss deshalb – föderalistisch heikel – bei den Kantonen ansetzen und würde gewiss dadurch erzielt, wenn das Rechtsschutzbedürfnis spätestens nach der obersten kantonalen Instanz reduziert werden könnte. Das erfordert eine qualitati-

ve Verbesserung der „Produktionsvorstufe“ des Bundesgerichts, mit einer konzeptionell durchdachten Entwicklung der Qualität und Organisation der kantonalen Gerichte erster und zweiter Instanz. In diesem Kontext komme ich auf die Vorbildfunktion des Bundesgerichts und - erneut - auf das Nichteintreten-Problem zurück. Zwei Beispiele zeigen, worum es geht:

- Art. 312 ZPO erlaubt es, die Berufung der Gegenpartei *nicht* zur Beantwortung zuzustellen, wenn die Berufung „offensichtlich unbegründet“ ist. In einem Forderungsprozess verzichtete ein Obergericht mit dieser Begründung darauf, eine Berufungsantwort einzuholen, und trat auf die Berufung nicht ein – obwohl die Berufungsschrift eine ausführliche Begründung enthielt, die eine Beantwortung durchaus verdiente. Die Berufung hätte also in der Sache entschieden und abgewiesen werden müssen; das Obergericht erlaubte sich ein Nichteintreten.
- Ein Leitender Staatsanwalt, der eine Strafanzeige wegen Amtsgeheimnisverletzung erhalten hatte, schrieb dem Anzeigerstatte einen Zweizeiler: „In Anwendung von Art. 301 Abs. 2 StPO teile ich Ihnen mit, dass auf Ihre Strafanzeige vom 3. Januar 2012 mit Nichtannahmeverfügung vom 16. Februar 2012 nicht eingetreten wurde.“ Keine Rechtsmittelbelehrung.

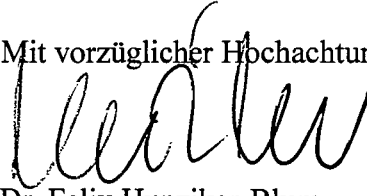
Der Hang zum Nichteintreten darf nicht weiter einreissen, bis auf die Stufe 1. Instanz, in die Strafuntersuchungsbehörden oder gar bis in die Polizeiorgane; die Entwicklung der Nichteintretensquote beim Bundesgericht (Strafsachen 2014: 694 Nichteintreten / 1728 Erledigungen = 40,16%) muss allein schon wegen dessen Vorbildfunktion gestoppt werden.

Ein weiteres Entlastungspotential sehe ich statt in der „Art der Erledigung“ in der „Art der Bearbeitung“. Das Zürcher Handelsgericht erledigt einen sehr grossen Teil seiner Klageeingänge nach einem Schriftenwechsel mittels Vergleich. Die Parteien werden bis zur Einsicht „bearbeitet“, dass die ihnen vorgeschlagene vergleichsweise Einigung besser ist als ein langjähriger teurer Prozess mit deutlich höheren Kostenfolgen. Es wird nach einer Lösung gesucht, verhandelt. Vor 20 Jahren versuchte auch das Bundesgericht bisweilen, eine Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung (HANS-ULRICH WALDER) anzustreben. So gelang es den Bundesrichtern Messmer und Schubarth vor 30 Jahren, einen prominenten Anwalt in einer Referentenaudienz davon zu überzeugen, dass er die falsche Partei eingeklagt hatte (Direktprozess C 37/86/ab, Verfügung vom 17.11.1987). Da er die Klage zurückzog und die Anwaltskosten wettgeschlagen wurden, konnte der Prozess mit einer 2-Schreibseiten-Verfügung erledigt werden. Die Gerichtsgebühr wurde mit CHF 100.-- festgesetzt. So wurde ein wirklich freundeidgenössischer Rechtsfrieden mit dem Siegel des

Bundesgerichts geschlossen. Das sollte auch heute noch möglich sein, ist aber in den Kreisgrafiken nicht mehr abgebildet.

Volk und Stände haben einen Anspruch darauf, dass sich die kürzlich neu gewählten Eidgenössischen Räte mit dem Thema Bundesgericht ganz grundsätzlich neu befassen. Man darf nicht, sondern muss mit Sorge gespannt sein, wie es weitergeht.

Mit vorzüglicher Hochachtung

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Hunziker-Blum', written in a cursive style.

Dr. Felix Hunziker-Blum

An das
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern
per Email an: cornelia.perler@bj.admin.ch

Bern, Februar 2016

Vernehmlassung BGG-Revision

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Inclusion Handicap ist der Dachverband der Behindertenorganisationen in der Schweiz und vertritt die Interessen von Menschen mit Behinderungen. Die Abteilung Gleichstellung von Inclusion Handicap hat die Aufgabe, die Umsetzung sowie Weiterentwicklung des Behindertengleichstellungsrechts zu fördern und so die autonome Lebensführung von Menschen mit Behinderungen in allen Aspekten des täglichen Lebens zu unterstützen.

Die Bundesverfassung verbietet in Art. 8 Abs. 2 Diskriminierungen wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Art. 8 Abs. 4 BV verpflichtet den Gesetzgeber, Massnahmen zur Beseitigung der Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zu ergreifen. Demnach müssen die einer Revision unterliegenden Gesetze oder Verordnungen immer auch unter dem Aspekt der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen überprüft werden. Führen sie zu einer direkten oder indirekten Diskriminierung, sind sie mit Art. 8 Abs. 2 BV nicht vereinbar. Den Auftrag von Art. 8 Abs. 4 BV hat der Bundesgesetzgeber bis jetzt hauptsächlich durch den Erlass des Behindertengleichstellungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3) wahrgenommen, aber auch durch die Verankerung von behindertengleichstellungsrechtlicher Vorschriften in der Spezialgesetzgebung, wie etwa im Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG; SR 784.40), im Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) oder im Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1).

Neu verpflichtet zudem die UNO-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UNO-BRK; SR 0.109) zur Berücksichtigung von deren Anliegen insbesondere auch im Gesetzgebungsverfahren (Art. 4 Abs. 1 lit. a+b UNO-BRK).



Relevant im Zusammenhang mit der vorliegenden Revision des Bundesgerichtsgesetzes ist Art. 13 UNO-BRK, der den Zugang zur Justiz gewährleistet¹:

„(1) Die Vertragsstaaten gewährleisten Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksamen Zugang zur Justiz, unter anderem durch verfahrensbezogene und altersgemässe Vorkehrungen, um ihre wirksame unmittelbare und mittelbare Teilnahme, einschliesslich als Zeugen und Zeuginnen, an allen Gerichtsverfahren, auch in der Ermittlungsphase und in anderen Vorverfahrensphasen, zu erleichtern.

(2) Um zur Gewährleistung des wirksamen Zugangs von Menschen mit Behinderungen zur Justiz beizutragen, fördern die Vertragsstaaten geeignete Schulungen für die im Justizwesen tätigen Personen, einschliesslich des Personals von Polizei und Strafvollzug.“

Schliesslich sind die Ansprüche, die auch für Menschen mit Behinderungen aus dem Recht auf gleichen Zugang zum Gericht nach Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II folgen, zu berücksichtigen und konkretisieren².

Im Fokus der BGG-Revision stehen hauptsächlich zwei Ziele. Einerseits sollen die Rechtssuchenden in allen Fällen von besonderer Bedeutung an das Bundesgericht gelangen können, andererseits soll das oberste Gericht von weniger bedeutsamen Fällen entlastet werden. Gerne ergreifen wir die Gelegenheit dieser Vernehmlassung, um auf wichtige Aspekte der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen im Verfahren aufmerksam zu machen (1). Wir beschränken uns in diesem Zusammenhang bewusst auf allgemeine Anregungen und bitten Sie, zwecks Formulierung von konkreten Gesetzesbestimmungen mit dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (EBGB) Kontakt aufzunehmen. Es ist grundsätzlich zu prüfen, welche Konkretisierung des auf völker- und verfassungsrechtlicher Ebene sowie im BehiG verankerten Behindertengleichstellungsrechts im BGG notwendig ist, um dessen Umsetzung im Verfahren vor Bundesgericht sicherzustellen. Dies insbesondere auch unter Berücksichtigung folgender Feststellung von Inclusion Handicap: Bis heute sind die Grundlagen des Behindertengleichstellungsrechts in der Praxis wenig bekannt. Sogar in der Bundesverwaltung sind sich viele Bundesbehörden ihrer Verpflichtungen noch zu wenig bewusst. Eine klare Verankerung und Konkretisierung der behindertengleichstellungsrechtlichen Anforderungen in der jeweils relevanten Spezialgesetzgebung kann dies ändern und zur konsequenten Umsetzung der Rechte von Menschen mit Behinderungen beitragen. Im Anhang haben wir rechtsvergleichend Beispiele von behindertengleichstellungsrechtlichen Bestimmungen in unterschiedlichen Verfahrensordnungen in Deutschland und Österreich aufgeführt.

Ergänzend zur behindertengleichstellungsrechtlichen Analyse der BGG-Revision haben wir die Auswirkungen der vorgeschlagenen Änderungen auf das Sozialversicherungsrecht kurz gewürdigt (2), in Anknüpfung an der Kritik, die unsere Organisation im Rahmen der letzten Revision des BGG geäussert hatte.

¹ Aus der Lehre zur Tragweite von Art. 13 UNO-BRK siehe etwa EILIONÓIR FLYNN, Disabled Justice? Access to Justice and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Surrey/Burlington 2015, insbesondere S. 5ff sowie 83ff; MARCUS KREUTZ, Zugang zur Justiz, Art. 13, in: Kreutz Marcus/Lachwitz Klaus/Trenk-Hinterberger Peter (Hrsg.), Die UNO-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, Köln 2013, S. 163ff. Siehe zudem auch, aus der Praxis des UNO-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, die Schlussempfehlungen zuhanden von Deutschland, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015).

² MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, S. 257ff.



1. Anregungen zur Gewährleistung des Zugangs zur Justiz aus Sicht des Behindertengleichstellungsrechts

Art. 25a Infrastruktur

Als Folge von Art. 9 UNO-BRK, Art. 8 Abs. 2 BV sowie Art. 3 lit. a BehiG, in Verbindung mit Art. 15 Abs. 2 BehiG sowie Art. 8 Abs. 1 BehiV (SR 151.31) sind die vom Bundesgericht benutzten Gebäude im Rahmen von bewilligungspflichtigen Renovationen an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen anzupassen. Dabei ist die SIA-Norm 500 anzuwenden.

Es ist im Sinne unserer einleitenden Bemerkungen zu prüfen, inwiefern diese Verpflichtung zwecks Erinnerung/Konkretisierung direkt im BGG verankert werden sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Menschen mit Behinderungen die Gebäude des Bundesgerichts als Partei, als Rechtsvertretende, als Besucher, als Zeugen sowie als Mitarbeitende betreten können.

Art. 27 Information

Nach Art. 27 BGG hat das Bundesgericht die Öffentlichkeit über seine Rechtsprechung zu informieren. Die Grundsätze dieser Information regelt das Bundesgericht in einem Reglement.

Das Bundesgericht ist verpflichtet, die auf Internet veröffentlichten Informationen für alle Menschen mit Behinderungen zugänglich zu machen. Dies ist Folge von Art. 9 UNO-BRK, 8 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 4 BehiG in Verbindung mit Art. 3 lit. e BehiG sowie Art. 14 Abs. 2 BehiG und Art. 10 BehiV. Eine im Jahre 2011 – und somit 7 Jahre nach Inkrafttreten des BehiG – veröffentlichte Studie der Stiftung Zugang für Alle kam zum Schluss, dass die Website des Bundesgerichts für Menschen mit Behinderungen „nach wie vor völlig unzugänglich (ist) für Menschen mit Behinderungen (...)“³.

Im Rahmen der vorliegenden BGG-Revision ist zu prüfen, wie die erwähnten Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Zugänglichkeit von Websites in Ergänzung zu den Vorschriften des BehiG konkretisiert werden können, damit die Informationen des Bundesgerichtes für Menschen mit Behinderungen zugänglich werden, insbesondere auch für Menschen mit einer Seh- und Hörbehinderung.

Art. 33 Disziplin

Nach Art. 33 wird mit einem Verweis oder einer Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken bestraft, wer im Verfahren vor dem Bundesgericht den Anstand verletzt oder den Geschäftsgang stört. Wir gehen davon aus, dass angesichts des Schutzes, welcher Art. 8 Abs. 2 BV vor direkter und indirekter Diskriminierung bietet, an dieser Stelle keine spezifische Erwähnung der besonderen Situation von Menschen mit gewissen Behinderungen nötig ist. Nichtsdestotrotz möchten wir Sie auf folgende mögliche Situation aufmerksam: Gewisse Behinderungen (etwa Gilles de la Tourette Syndrom oder eine geistige Behinderung) können zur Folge haben, dass

³ Schweizerische Stiftung zur Behindertengerechten Technologienutzung «Zugang für alle», Überprüfung der Erfüllung der Konformitätsbedingungen gemäss WCAG 2.0 (Web Content Accessibility Guidelines), Zürich 2011, abrufbar unter <http://goo.gl/JwD7UW>.



die davon betroffene Person unkontrollierte Laute vor sich gibt. Im Fall von Personen mit Tourette Syndrom⁴ kann das Verhalten für Aussenstehende gar bedrohlich erscheinen. In einem solchen Fall eine Strafe zu sprechen, würde das Verbot der Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV verletzen.

Art. 42 Rechtsschriften

Art. 42 BGG legt fest, in welcher Sprache und mit welchem Inhalt Rechtsschriften abzufassen sind. Die Pflicht zur Berücksichtigung der Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen wird nicht erwähnt. Auch hier ist eine Anpassung von Art. 42 BGG im Sinne einer Konkretisierung des Behindertengleichstellungsrechts zu prüfen. Dabei sind zwei Konstellationen zu berücksichtigen: einerseits eine Partei mit Behinderung, die von ihrem Recht Gebrauch macht, in eigener Person ohne Verfahrensbevollmächtigten vor Bundesgericht aufzutreten, andererseits ein Rechtsvertreter/eine Rechtsvertreterin mit Behinderung.

Zu denken ist etwa an Personen mit einer Sehbehinderung, gehörlose Personen, die der Schriftsprache nicht genügend mächtig sind sowie Personen mit einer Mobilitätsbehinderung, als Folge derer das Verfassen eines Schriftstücks erschwert ist oder zu Konstellationen nach Art. 42 Abs. 6 BGG führen würde. Als zu prüfende Anpassungsmassnahmen kommen beispielsweise in Frage das Einreichen der Rechtsschrift in einer für sehbehinderte zugänglichen Form (nicht nur elektronisch), unentgeltliche personelle Assistenz beim Verfassen der Rechtsschrift oder ein mündliches Verfahren.

7. Abschnitt: Verfahrenssprache

Art. 54

Art. 54 BGG regelt die Verfahrenssprache. Nach dessen Abs. 4 ordnet das Bundesgericht eine Übersetzung an, „wo dies nötig ist“. Es ist zu prüfen, ob eine Konkretisierung des Behindertengleichstellungsrechts an dieser Stelle notwendig ist, insbesondere auch unter Berücksichtigung unserer Anregungen im Zusammenhang mit Art. 42 sowie 55-59 BGG.

8. Abschnitt: Beweisverfahren

Art. 55 und 56 BGG

Für das Beweisverfahren verweist Art. 55 BGG auf die entsprechenden Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273). Nach Art. 56 BGG sind die Parteien berechtigt, der Beweiserhebung beizuwohnen und in die vorgelegten Urkunden Einsicht zu nehmen. Weder das BZP noch Art. 56 BGG beinhalten behindertengleichstellungsrechtliche Vorschriften. So wird zum Beispiel das Recht einer Partei mit Behinderung auf eine auch für sie zugängliche Beweiserhebung sowie Urkundeneinsicht nicht erwähnt, bzw. nicht konkretisiert. Im BZP wird somit etwa nicht auf die Tatsache Rücksicht genommen, dass eine Person mit einer Hör-, Seh-, Sprach oder geistigen Behinderung zur Wahrnehmung ihrer Pflicht als Zeugin unter Umständen auf Anpassungsmassnahmen angewiesen sein wird.

⁴ Siehe dazu im Zusammenhang mit dem Bürgerrechtsgesetz MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, S. 464f.



9. Abschnitt: Urteilsverfahren

Art. 57-59

Wird von der Möglichkeit einer mündlichen Parteiverhandlung Gebrauch gemacht oder wird ein Entscheid mündlich beraten, sind die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen – als Partei, als Verteidiger oder als Publikum – zu berücksichtigen. Im Falle einer hör- oder sprachbehinderten Person kämen beispielsweise eine Übersetzung in Gebärdensprache⁵ oder ein Schriftsprachdolmetschen in Frage. Im Falle einer sehbehinderten Person wäre sicherzustellen, dass allfällige Informationen, die nur von Sehenden wahrgenommen werden können, auch ihr zugänglich gemacht werden.

Im Gegensatz zu verfahrensrechtlichen Vorschriften aus Deutschland und Österreich (siehe Anhang) enthält die heute geltende Fassung des BGG keine entsprechenden Vorschriften. Diesbezüglich sind auch im Rahmen der vorliegenden Revision keine Änderungen vorgesehen. Eine Konkretisierung des Behindertengleichstellungsrechts im BGG ist hier zu prüfen.

Art. 60 Eröffnung des Entscheids

Art. 60 BGG regelt die formellen Anforderungen an die Eröffnung eines Entscheides. Er enthält keine besondere Bestimmung betreffend Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen, insbesondere auch nicht im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Eröffnung auf dem elektronischen Wege (Art. 60 Abs. 3). Das Reglement des Bundesgerichts über den elektronischen Rechtsverkehr mit Parteien und Vorinstanzen vom 5. Dezember 2006 (ReRBGer; SR 173.110.29), das die Anforderungen an die elektronische Eröffnung festlegt, erwähnt die Verpflichtung zur Zugänglichmachung der Zustellplattform (Art. 3 ReRBG) sowie der darin veröffentlichten Eingaben für Menschen mit Behinderungen ebenfalls nicht.

Die Verpflichtung des Bundesgerichts zur Eröffnung seiner Entscheide in einer für Menschen mit Behinderungen zugänglichen Form folgt bereits aus den einleitend erwähnten völker- und verfassungsrechtlichen Grundlagen sowie dem Behindertengleichstellungsgesetz. Es ist aber auch hier im Rahmen der vorliegenden BGG-Revision zu prüfen, inwiefern ihre Konkretisierung, insbesondere im Zusammenhang mit der elektronischen Zustellung, erforderlich ist.

Art. 102 Schriftenwechsel

Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nach Art. 90 BGG stellt das Bundesgericht soweit erforderlich die Beschwerde der Vorinstanz sowie den allfälligen anderen Parteien, Beteiligten oder zur Beschwerde berechtigten Behörden zu und setzt ihnen Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung an (Art. 102 BGG).

Bei der Zustellung der Beschwerde und bei der Vernehmlassung sind die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen sowohl als Partei als auch als Vertretung zu berücksichtigen. So ist beispielsweise sicherzustellen, dass die Beschwerde einer sehbehinderten Person in einem für sie zugänglichen Format erstellt wird. Für eine gehörlose Person, die der Schriftsprache für die Erstellung einer schriftlichen Vernehmlassung nicht genügend mächtig ist,

⁵ Dazu MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, S. 26, mit Verweis auf die kantonale Rechtsprechung, sowie S. 277.



sind alternative Formen vorzusehen. Eine diesbezügliche Konkretisierung des Behinderten-gleichstellungsrechts in Art. 102 BGG, auch im Lichte eines Rechtsvergleichs (siehe Anhang), ist im Rahmen der vorliegenden Revision zu prüfen.

2. Zu den Auswirkungen im Bereich des Sozialversicherungsrechts

Einig sind wir mit der Verwaltung, dass es keinen vernünftigen Grund gibt, im Bereich der Unfall- und Militärversicherung die volle Kognition zuzulassen, nicht aber im Bereich der Invalidenversicherung und beruflichen Vorsorge, wo ebenfalls existentielle Rentenfragen im Vordergrund stehen.

Inclusion Handicap ist jedoch grundsätzlich der Auffassung, dass die Beschränkung der Kognition gemäss Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG (Berichtigung von Sachverhaltsfeststellungen nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit oder bei eigentlichen Rechtsfehlern bei der Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz) im Bereich des Sozialversicherungsrechts problematisch ist, weshalb sich unsere Organisation bereits bei der letzten Revision kritisch hierzu geäussert hat.

Das Problem liegt darin, dass im Bereich des Sozialversicherungsrechts und insbesondere bezüglich Rentenfragen die Festlegung des Sachverhalts (insbesondere die Beurteilung der zumutbaren Arbeitsfähigkeit) eine absolut entscheidende Rolle spielt. Von daher ist es nicht befriedigend, wenn nur eine gerichtliche Instanz den Sachverhalt überprüfen kann, nämlich das kantonale Versicherungsgericht oder das Bundesverwaltungsgericht. Diese Gerichte wenden oft einen unterschiedlichen Massstab an mit dem Ergebnis, dass die Leistungen der eidg. Sozialversicherungen je nach Wohnsitzkanton der versicherten Person ungleich zugesprochen werden. Inclusion Handicap würde es deshalb begrüssen, dass bezüglich Geldleistungen nicht nur der Unfall- und der Militärversicherung, sondern aller Sozialversicherungen die volle Kognition wiederhergestellt würde.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen für weitere Fragen, bzw. für ein Weiterentwickeln der unterbreiteten Vorschläge auch in Zusammenarbeit mit dem EBGB gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Julien Jaeckle

Geschäftsführer

Caroline Hess-Klein, Dr. iur.

Leiterin Abteilung Gleichstellung



Anhang

Rechtsvergleich: Spezifische behindertengleichstellungsrechtliche Regelungen in den Verfahrensordnungen von Deutschland und Österreich

1. Deutschland, Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2015 (BGBl. I S. 2525)

§ 191a

(1) Eine blinde oder sehbehinderte Person kann Schriftsätze und andere Dokumente in einer für sie wahrnehmbaren Form bei Gericht einreichen. Sie kann nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach Absatz 2 verlangen, dass ihr Schriftsätze und andere Dokumente eines gerichtlichen Verfahrens barrierefrei zugänglich gemacht werden. Ist der blinden oder sehbehinderten Person Akteneinsicht zu gewähren, kann sie verlangen, dass ihr die Akteneinsicht nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach Absatz 2 barrierefrei gewährt wird. Ein Anspruch im Sinne der Sätze 1 bis 3 steht auch einer blinden oder sehbehinderten Person zu, die von einer anderen Person mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt oder hierfür bestellt worden ist. Auslagen für die barrierefreie Zugänglichmachung nach diesen Vorschriften werden nicht erhoben.

(2) Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bestimmt durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrates bedarf, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise die in Absatz 1 genannten Dokumente und Dokumente, die von den Parteien zur Akte gereicht werden, einer blinden oder sehbehinderten Person zugänglich gemacht werden, sowie ob und wie diese Person bei der Wahrnehmung ihrer Rechte mitzuwirken hat.

(3) Sind elektronische Formulare eingeführt (§ 130c der Zivilprozessordnung, § 14a des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 46f des Arbeitsgerichtsgesetzes, § 65c des Sozialgerichtsgesetzes, § 55c der Verwaltungsgerichtsordnung, § 52c der Finanzgerichtsordnung), sind diese blinden oder sehbehinderten Personen barrierefrei zugänglich zu machen.

Dabei sind die Standards von § 3 der Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung vom 12. September 2011 (BGBl. I S. 1843) in der jeweils geltenden Fassung maßgebend.

§ 186

(1) Die Verständigung mit einer hör- oder sprachbehinderten Person in der Verhandlung erfolgt nach ihrer Wahl mündlich, schriftlich oder mit Hilfe einer die Verständigung ermöglichenden Person, die vom Gericht hinzuzuziehen ist. Für die mündliche und schriftliche Verständigung hat das Gericht die geeigneten technischen Hilfsmittel bereitzustellen. Die hör- oder sprachbehinderte Person ist auf ihr Wahlrecht hinzuweisen.

(2) Das Gericht kann eine schriftliche Verständigung verlangen oder die Hinzuziehung einer Person als Dolmetscher anordnen, wenn die hör- oder sprachbehinderte Person von ihrem Wahlrecht nach Absatz 1 keinen Gebrauch gemacht hat oder eine ausreichende Verständi-



gung in der nach Absatz 1 gewählten Form nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

§ 187

(1) Das Gericht zieht für den Beschuldigten oder Verurteilten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist **oder der hör- oder sprachbehindert ist**, einen Dolmetscher oder Übersetzer heran, soweit dies zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte erforderlich ist. Das Gericht weist den Beschuldigten in einer ihm verständlichen Sprache darauf hin, dass er insoweit für das gesamte Strafverfahren die unentgeltliche Hinzuziehung eines Dolmetschers oder Übersetzers beanspruchen kann.

(2) Erforderlich zur Ausübung der strafprozessualen Rechte des Beschuldigten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, ist in der Regel die schriftliche Übersetzung von freiheitsentziehenden Anordnungen sowie von Anklageschriften, Strafbefehlen und nicht rechtskräftigen Urteilen. Eine auszugsweise schriftliche Übersetzung ist ausreichend, wenn hierdurch die strafprozessualen Rechte des Beschuldigten gewahrt werden. Die schriftliche Übersetzung ist dem Beschuldigten unverzüglich zur Verfügung zu stellen. An die Stelle der schriftlichen Übersetzung kann eine mündliche Übersetzung der Unterlagen oder eine mündliche Zusammenfassung des Inhalts der Unterlagen treten, wenn hierdurch die strafprozessualen Rechte des Beschuldigten gewahrt werden.

Dies ist in der Regel dann anzunehmen, wenn der Beschuldigte einen Verteidiger hat.

(3) Der Beschuldigte kann auf eine schriftliche Übersetzung nur wirksam verzichten, wenn er zuvor über sein Recht auf eine schriftliche Übersetzung nach den Absätzen 1 und 2 und über die Folgen eines Verzichts auf eine schriftliche Übersetzung belehrt worden ist. Die Belehrung nach Satz 1 und der Verzicht des Beschuldigten sind zu dokumentieren.

(4) Absatz 1 gilt entsprechend für Personen, die nach § 395 der Strafprozessordnung berechtigt sind, sich der öffentlichen Klage mit der Nebenklage anzuschließen.

2. Deutschland, Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.04.1987 (BGBl. I S. 1074, ber. 1319), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.12.2015 (BGBl. I S. 2525)

§ 66 Eidesleistung bei Hör- oder Sprachbehinderung

(1) Eine hör- oder sprachbehinderte Person leistet den Eid nach ihrer Wahl mittels Nachsprechens der Eidesformel, mittels Abschreibens und Unterschreibens der Eidesformel oder mit Hilfe einer die Verständigung ermöglichenden Person, die vom Gericht hinzuzuziehen ist. Das Gericht hat die geeigneten technischen Hilfsmittel bereitzustellen. Die hör- oder sprachbehinderte Person ist auf ihr Wahlrecht hinzuweisen.

(2) Das Gericht kann eine schriftliche Eidesleistung verlangen oder die Hinzuziehung einer die Verständigung ermöglichenden Person anordnen, wenn die hör- oder sprachbehinderte Person von ihrem Wahlrecht nach Absatz 1 keinen Gebrauch gemacht hat oder eine Eides-



leistung in der nach Absatz 1 gewählten Form nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

§ 68b Zeugenbeistand

(1) [...]

(2) Einem Zeugen, der bei seiner Vernehmung keinen anwaltlichen Beistand hat und dessen schutzwürdigen Interessen nicht auf andere Weise Rechnung getragen werden kann, ist für deren Dauer ein solcher beizuordnen, wenn besondere Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass der Zeuge seine Befugnisse bei seiner Vernehmung nicht selbst wahrnehmen kann. § 142 Absatz 1 gilt entsprechend.

(3) [...]

§ 140 Notwendige Verteidigung

(1) [...]

(2) In anderen Fällen bestellt der Vorsitzende auf Antrag oder von Amts wegen einen Verteidiger, wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann. **Dem Antrag eines hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten ist zu entsprechen.**

(3) [...]

§ 259 Dolmetscher

(1) Einem der Gerichtssprache nicht mächtigen Angeklagten müssen aus den Schlußvorträgen mindestens die Anträge des Staatsanwalts und des Verteidigers durch den Dolmetscher bekanntgemacht werden.

(2) **Dasselbe gilt nach Maßgabe des § 186 des Gerichtsverfassungsgesetzes für einen hör- oder sprachbehinderten Angeklagten.**

3. Österreich, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Februar 1991 BGBl. Nr. 51/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2013

Blinde und hochgradig sehbehinderte Beteiligte

§ 17a.

Blinden oder hochgradig sehbehinderten Beteiligten, die eines Vertreters entbehren, hat die Behörde auf Verlangen den Inhalt von Akten oder Aktenteilen durch Verlesung oder nach Maßgabe der vorhandenen technischen Möglichkeiten in sonst geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen.

Dolmetscher und Übersetzer



§ 39a.

(1) Ist eine Partei oder eine zu vernehmende Person der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig, **stumm, gehörlos oder hochgradig hörbehindert**, so ist erforderlichenfalls der der Behörde beigegebene oder zur Verfügung stehende Dolmetscher (Amtsdolmetscher) beizuziehen. Die §§ 52 Abs. 2 bis 4 und 53 sind anzuwenden.

(2) Als Dolmetscher im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch die Übersetzer.

Kosten der Behörden

§ 76.

(1)–(4) [...]

(5) Die Kosten, die der Behörde aus ihrer Verpflichtung nach § 17a erwachsen, sowie die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehenden Gebühren sind – falls hierfür nicht die Beteiligten des Verfahrens aufzukommen haben – von jenem Rechtsträger zu tragen, in dessen Namen die Behörde in der Angelegenheit gehandelt hat.

Mündliche Verhandlung

§ 40.

(1) Mündliche Verhandlungen sind unter Zuziehung aller bekannten Beteiligten sowie der erforderlichen Zeugen und Sachverständigen vorzunehmen und, sofern sie mit einem Augenschein verbunden sind, womöglich an Ort und Stelle, sonst am Sitz der Behörde oder an dem Ort abzuhalten, der nach der Sachlage am zweckmäßigsten erscheint. Bei der Auswahl des Verhandlungsortes ist, sofern die mündliche Verhandlung nicht mit einem Augenschein verbunden ist, darauf zu achten, daß dieser für **körperbehinderte Beteiligte gefahrlos und tunlichst ohne fremde Hilfe zugänglich ist**. In verbundenen Verfahren (§ 39 Abs. 2a) abzuhaltende mündliche Verhandlungen sind von der Behörde tunlichst gemeinsam durchzuführen.

(2) [...].

4. Österreich, Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung), RGBl. Nr. 113/1895, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2015

Gebärdensprachdolmetscher

§ 73a.

(1) Ist eine Partei **gehörlos, hochgradig hörbehindert oder sprachbehindert**, so ist dem Verfahren ein Dolmetscher für die Gebärdensprache beizuziehen, sofern sich die Partei in dieser verständigen kann. Die Kosten des Dolmetschers trägt der Bund.



5. Österreich, Gesetz vom 27. November 1896, womit Vorschriften über die Besetzung, innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassen werden (Gerichtsorganisationsgesetz - GOG), RGBI. Nr. 217/1896, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2015

Ausfertigung von Erledigungen

§ 79a.

(1) Wenn dies erforderlich scheint, hat das Gericht - gegebenenfalls unter Verwendung technischer Hilfsmittel - dafür zu sorgen, daß **eine blinde oder hochgradig sehbehinderte Partei**, die nicht vertreten ist, vom wesentlichen Inhalt der zugestellten Schriftstücke und der bei Gericht befindlichen Akten Kenntnis erlangen kann; die Kosten trägt der Bund.

(2) [...]

Per E-Mail (cornelia.perler@bj.admin.ch)
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 21. Dezember 2015

Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) – Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Bezug auf Ihre am 4. November 2015 eröffnete Vorlage für eine Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) beehren wir uns namens des Instituts für gewerblichen Rechtsschutz (INGRES; www.ingres.ch), die folgende Vernehmlassung einzureichen.

Die Vernehmlassungsvorlage beseitigt unseres Erachtens nicht hinreichend die von der Swissness-Novelle (AS 2015, 3631 ff.) zwischen dem Widerspruchs- und dem Lösungsverfahren im Markenrecht geschaffene Asymmetrie der Instanzenzüge und Rechtsunsicherheit.

Durch eine Änderung von Art. 73 BGG will die Vorlage den bisher beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) beendeten Instanzenzug im Markenwiderspruchsverfahren (Art. 31 MSchG; SR 232.11) einem Weiterzug ans Bundesgericht (BGer) öffnen, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Urteile des BVGer im neuen Lösungsverfahren der Swissness-Novelle (Art. 35a-c revMSchG) blieben demgegenüber ohne Einschränkung auf Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder besonders bedeutende Fälle einer Anfechtung ans BGer stets zugänglich.

Widerspruchs- und Lösungsverfahren können gleichzeitig zwischen denselben Parteien vor denselben Instanzen hängig sein und dieselbe Frage des rechtserhaltenden Gebrauchs (Art. 11 MSchG) derselben Marke zum Gegenstand haben (Art. 32 MSchG, Art. 35a revMSchG). Widerspruchsgegner gewinnen unter Umständen einen taktischen Vorteil davon, ihre Nichtgebrauchseinrede im Widerspruchsverfahren durch ein paralleles Lösungsverfahren zu bekräftigen. Das BVGer kann Beschwerden gegen eine Widerspruchs- und gegen eine Lösungsverfügung im selben Urteil erledigen, wenn sie dieselbe Marke und Rechtsfrage betreffen. Ungleiche Weiterzugsmöglichkeiten im Widerspruchs- als im Lösungsverfahren könnten darum letztinstanzlich zu widersprechenden Ergebnissen führen.

Zusätzlich kann der Gebrauch oder Nichtgebrauch der Marke mit Feststellungsklage auf dem Zivilweg geltend gemacht werden. Der Zivilrichter ist nicht an die Entscheidung eines vorangehenden Widerspruchs- oder Löschungsverfahrens gebunden. Die unbedingte Weiterzugsmöglichkeit des Löschungsverfahrens ans Bundesgericht verletzt darum den hinter Art. 73 BGG stehenden Eintretensgrundsatz des BGer, dieselbe Sache nicht zweimal zu beurteilen (BGE 141 III 80, 81 E. 1.2; vgl. BBI 2001, 4308 zu Art. 69 = heute Art. 73 BGG). Sie sollte aus unserer Sicht durch das BGG korrigiert und mit der Weiterzugsmöglichkeit gegen Widerspruchsbeschwerdeurteile harmonisiert werden, wobei eine bedingte Zuständigkeit des BGer bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fällen es dem BGer überliesse, seine Eintretenspraxis auf Markenverwaltungsurteile entsprechend eng zu fassen, jenem Grundsatz also entsprechen würde.

Im Ergebnis ersuchen wir Sie, in Art. 73 BGG für das Widerspruchs- wie für das Löschungsverfahren gleichermassen eine bedingte Zuständigkeit des BGer bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fällen vorzusehen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Michael Ritscher

Präsident des Instituts für gewerblichen Rechtsschutz (INGRES)

Zum INGRES: Das Institut für gewerblichen Rechtsschutz (INGRES; www.ingres.ch) mit Sitz in Zürich ist die aktivste schweizerische Vereinigung im Bereich des Immaterialgüterrechts. Es ist nicht gewinnorientiert, offen und setzt sich unabhängig von Partikularinteressen für die Weiterentwicklung des Immaterialgüterrechts ein. INGRES fördert den Austausch zwischen den Gerichten, Behörden, Unternehmen, Anwälten und Hochschulen, auch über die Grenzen der Schweiz hinaus. Mittels jährlich mehrerer Fachtagungen sowie weiterer Aktivitäten, namentlich Publikationen sowie der Beteiligung an Gesetzgebungsprozessen, wird mit INGRES eine Brücke zwischen Wissenschaft und Praxis geschaffen. Zur Zeit zählt INGRES über 400 Mitglieder, vorab aus der Schweiz und den benachbarten deutschsprachigen Staaten. Die Mitgliedschaft steht allen offen. Wer sich in der Schweiz mit gewerblichem Rechtsschutz beschäftigt, sei es als Rechts- oder Patentanwalt, als Unternehmensjurist oder als Mitglied eines Gerichts oder des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE), ist in der Regel Mitglied des INGRES und besucht dessen Veranstaltungen. Der "ad personam" gewählte Vorstand, angeführt von seinem Präsidenten Dr. Michael Ritscher, setzt sich zusammen aus Vertretern der Anwaltschaft, der Wirtschaft und der Wissenschaft sowie aus Richtern des Bundesgerichts, des Bundespatentgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts der Schweiz sowie kantonaler Handelsgerichte. Diese ausgewogene Besetzung sichert die Neutralität des INGRES wie auch dessen Vernetzung mit den verschiedenen Interessengruppen.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeide-
partement EJPD
3003 B e r n

PDF per E-Mail an:
cornelia.perler@bj.admin.ch

St. Gallen, 8. März 2016

Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 12. November 2015 wurde die Vernehmlassung zum Bundesgerichts-
gesetz (BGG) und weiteren Erlassen zur Justiz des Bundes eröffnet. Der
Schweizerischen Sektion der Internationalen Juristenkommission (ICJ-
CH), die sich für Fragen der Rechtsstaatlichkeit und in diesem Zusam-
menhang für den Schutz der Grund- und Menschenrechte einsetzt, ist es
ein Anliegen, zu dieser verfassungs- und verfahrensrechtlich wichtigen
Revision des BGG Stellung zu nehmen.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die ICJ-CH ist der Auffassung, dass eine Revision des BGG und des VGG
nicht dringlich ist, die vorgeschlagenen Massnahmen den Rechtsschutz
in nicht zu rechtfertigender Weise beschränken und Konzept und Instru-
mente dieser Revision **nochmals sehr sorgfältig und umfassend
überprüft** werden müssen.

Die **Evaluation der Bundesrechtspflege** (Bericht des Bundesrates vom
30. Oktober 2013, BBl 2013 9077 ff.) hat im Wesentlichen ergeben, dass
die Revision der Bundesrechtspflege grundsätzlich gelungen ist. Nur zwei
Probleme konnten mit der Reform nicht vollständig gelöst werden: Zum
einen ist das Bundesgericht auch nach der Reform stark belastet, und es
ist dem eigenen Bekunden nach „falsch belastet“. Zweitens hat die Evalu-

ation ergeben, dass in verschiedenen Bereichen noch klare Rechtsschutzlücken bestehen, insbesondere im Bereich des Ausnahmekatalogs (Art. 83 BGG), hinsichtlich des Ausländerrechts, des Asylrechts, bei den politischen Rechten und bezüglich der Verfügungen von Bundesrat und Bundesversammlung.

Es ist zweifellos wertvoll, dass die Erkenntnisse aus dem Evaluationsverfahren aufgenommen werden, insbesondere was die Verbesserung des Rechtsschutzes in einzelnen Bereichen bzw. eine Anpassung der vielen, zum Teil sehr weitreichenden Ausschlüsse von der Zuständigkeit des Bundesgerichts in Art. 83 ff. BGG anbelangt. Zudem sind punktuelle Verbesserungen in den Prozessgesetzen des Bundes sinnvoll, etwa wenn die bisherige Regelung redundant ist (vgl. Art. 86 Abs. 2 VE BGG) oder wenn aufgrund der untergeordneten Bedeutung der Streitigkeit eine einmalige gerichtliche Überprüfung genügt (wie bei Streitigkeiten um neue geographische Bezeichnungen, vgl. VE BGG Anhang Ziff. 5, Art. 32 Abs.1 Bst f. VGG).

Die ICJ-CH ist aber der Ansicht, dass die Vorlage **grundlegende Mängel** aufweist, und dass sie **weit über die Befunde der Evaluation hinaus-schiesst**. Die Revisionsvorlage sollte deshalb **gründlich überdacht** werden.

2. Zur Belastung des Bundesgerichts

Die Evaluation der Bundesrechtspflege hat unter anderem ergeben, dass sich das Bundesgericht teilweise als „falsch belastet“ erachtet: einerseits müsse es sich mit zu vielen unbedeutenden Fällen befassen, andererseits umfasse seine Zuständigkeit nicht alle für die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung grundlegenden Fälle (so Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, S. 3). Die Revision wird zudem mit der in den letzten Jahren wieder gestiegenen Belastung des Bundesgerichts gerechtfertigt.

Dazu muss bedacht werden, dass die grundlegende Reform der Bundesrechtspflege, die am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, auf dem Gesetzesentwurf und der Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 und den vorangegangenen Grundsatzentscheidungen zur Justizreform im Rahmen der Totalrevision der BV von 1995 – 1999 beruhte. Mit der Reform wurde der Rechtsschutz bedeutend ausgebaut, was erwartungsgemäss zu einem Anstieg der Fallzahlen geführt hat. Hinzu kommt aber Folgendes: Als die Reform der Bundesrechtspflege Ende der 1990er Jahre an

die Hand genommen wurde, hatte die Schweiz rund 7 Mio. Einwohner, 2016 sind es mehr als 8,3 Mio., was einer Zunahme von mehr als 18 % entspricht. Zudem hat die Ausdifferenzierung der Rechtsordnung seither weiter zugenommen. Dass die Fallzahlen des Bundesgerichts (und der anderen Justizorgane in Bund und Kantonen) gestiegen sind, ist folglich **kein „Systemfehler“**, sondern eine vorherzusehende Folge der durch die Reform ausdrücklich gewünschten Verbesserungen beim Rechtsschutz auf Bundesebene sowie der erheblich gestiegenen Bevölkerungszahlen. Vor diesem Hintergrund darf die rechtsstaatlich angemessene Reaktion nicht eine Beschneidung des Rechtsschutzes sein, sondern es braucht eine Erhöhung der **personellen Mittel der Gerichte**. Bundesgericht und Bundesrat hatten 2001 eine Zahl von insgesamt **37** Mitgliedern des Bundesgerichts gefordert; kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens wurde die Zahl auf Druck des damaligen Bundesrats Blocher auf 35 reduziert. Angesichts der **stark gewachsenen Bevölkerungszahl und der Zunahme der Regelungsdichte muss** unseres Erachtens **das Bundesgericht heute über mehr Richterstellen verfügen**. Ein Rechtsvergleich, zum Beispiel mit Österreich zeigt, dass die Höchstgerichte dort personell deutlich besser als das Bundesgericht ausgestattet sind.

3. Abschwächung der Wirkung der Ausnahmen von der Zuständigkeit des Bundesgerichts mittels eines Annahmeverfahrens unter gleichzeitigem punktuellen Ausbau des Ausnahmenkatalogs

Verfassungsrechtliche Leitlinie für die Ausgestaltung der Zuständigkeiten des Bundesgerichts ist neben den **Verfahrensgrundrechten namentlich der Art. 191 BV**. Dieser hält fest, dass **das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht gewährleistet**. Art. 191 Abs. 1 enthält kein verfassungsmässiges Recht (anders als Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 aBV), aber eine umfassende Gewährleistungspflicht des Gesetzgebers. Art. 191 Abs. 2 – 4 erlaubt drei Möglichkeiten der Einschränkung des Zugangs: Für Streitigkeiten, die keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betreffen, kann das Gesetz eine Streitwertgrenze vorgeben; für bestimmte Sachgebiete kann der Zugang zum Bundesgericht ausgeschlossen werden; offensichtlich unbegründete Beschwerden können gemäss Gesetz in einem vereinfachten Verfahren entschieden werden. **Nur** diese drei Arten von Beschränkungen anerkennt die BV. *Quantum non datur!* Beschränkungen des Zugangs sind folglich zulässig, müssen jedoch **auf Gesetzesstufe vorgehen** und in ihrer Ausgestaltung **verhältnismässig sein**.

Seit der Verabschiedung der Justizreform wurde der Ausnahmekatalog von Art. 83 BGG durch einige zusätzliche Ausnahmen erweitert und der Zugang zum Bundesgericht entsprechend verengt. Immerhin ist mit Art. 84a BGG auch eine gewichtige Erweiterung betr. die Amts- und Strafrechtshilfe in Steuersachen erfolgt. Der Vorentwurf des EJPD setzt die Tendenz der Erweiterung des Ausnahmekatalogs im Ergebnis fort: **Eingeschränkt** oder mindestens zusätzlich eingeschränkt werden soll unter mehreren Aspekten namentlich die **Beschwerde in Strafsachen** (Art. 79 und 79a VE BGG), aber ebenso die **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten**, z.B. durch den grundsätzlichen Ausschluss der Überprüfung von **Einbürgerungen** (VE BGG Art. 83 Abs. 1 Bst. a), durch die Erweiterung der Zugangsbeschränkungen im **Ausländerrecht** (VE BGG Art. 83 Abs. 1 lit. b), wonach praktisch nur noch Personen aus der EU auf Grund des FZA einen ausreichenden Rechtsschutz hätten (was Art. 8 Abs.1 und 2 BV zuwiderläuft), bei den öffentlichen Beschaffungen in Bund und Kantonen (VE BGG Art. 83 Abs. 1 lit. f, durch Wegfall der legitimierenden Wertgrenze), und - (neu) undifferenziert - bei der internationalen Strafrechtshilfe und der internationalen Amtshilfe (VE BGG Art. 83 Abs. 1 lit. h, im Vergleich zu Art. 84 und 84a BGG). Zudem führt der VE vier neue Ausnahmen ein (VE BGG Art. 79 Abs. 1 Bst. a sowie Bst. c; Art. 83 Abs. 1 lit. p und u).

Das vorgeschlagene Regime hinsichtlich der Zugangsbeschränkungen zum Bundesgericht bedeutet bekanntlich grundsätzlich keinen Verstoß gegen die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, sondern erlaubt primär, aber immerhin, gewisse Einschränkung des Zugangs zum Bundesgericht. Allerdings ist das verfassungs- und menschenrechtlich nur unter der Voraussetzung zulässig, dass eine Vorinstanz den Streitfall annehmen musste, die über volle Kognition und so einen effektiven Rechtsschutz gewährleistet. Darauf wird unten (Ziff. 10) noch zurückgekommen

Der Vorentwurf **bezweckt, die generellen Zugangsbeschränkungen abzumildern, indem er als Gegenausnahme bei Vorliegen bestimmter Umstände im Einzelfall eine Kontrolle durch das Bundesgericht ermöglichen will**. Das Bundesgericht soll nach Art. 79 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 2 VE BGG ausnahmsweise eine Beschwerde **annehmen** können, wenn sich eine "Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung" stellt oder ein sonst "besonders bedeutsamer Fall" vorliegt. Mit anderen Worten: In dem weiten Bereich der Ausnahmen von der Zuständigkeit des Bundesgerichts wird im Ergebnis **neu ein Annahmeverfahren** für Fälle aus einer Reihe von breiten Verwaltungsbereichen eingeführt. Bereits der erläu-

ternde Bericht thematisiert ein Wahlkonzept: *„Die Neuordnung erlaubt dem Bundesgericht **eine Triage** zu machen und sich auf jene Fälle zu konzentrieren, die einer höchstrichterlichen Beurteilung bedürfen“* (S. 8/34). Nicht zuletzt deshalb soll die **subsidiäre Verfassungsbeschwerde** als Rechtsmittel gegen kantonale Urteile im Bereich des Ausnahmekatalogs **gestrichen werden**. Doch das schweizerische Justizsystem kennt diese Art der **nicht (gerichtlich) kontrollierbaren Eigenzuständigkeit nicht**. Weiter ist zu beachten, dass nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer die von Art. 42 Abs. 2 VE BGG verlangte Begründung kaum in der Lage sind, zu erbringen. Sachgerechter wäre, wenn das Bundesgericht diese Wertungsfrage von Amtes wegen prüft.

4. Zu den neuen bzw. mit neuer Funktion eingesetzten Selektionskriterien

Das Konzept **eines Annahmeverfahrens** ist nicht grundlegend neu; **gewisse Elemente** finden sich bereits heute in Art. 83 Abs. 1 lit. f Ziff. 2 und lit. m, in Art. 84a oder in Art. 85 Abs. 2 BGG betr. Zugang bei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung, sowie in Art. 83 Abs. 1 Bst. m, Art. 84 Abs. 1 und 2 oder Art. 84a BGG betr. besonders bedeutende Fällen. Das Bundesgericht besitzt bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ einen Beurteilungsspielraum, den es bisher **äusserst restriktiv** genutzt hat (siehe CHRISTINA KISS/HEINRICH KOLLER, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 191 Rz. 19). Die vom Bundesgericht entwickelten Hürden sind demnach sehr hoch, wobei nicht von der individuellen Tragweite des Falls, sondern von einem objektiven Massstab, d.h. der Bedeutung der höchstrichterlichen Klärung für die Allgemeinheit auszugehen ist (vgl. BGE 137 III 580; dazu SEFEROVIC in: Basler Kommentar BV, Art. 191 Rz. 18). Zumeist erfolgt in diesen Fällen ein knapp begründeter Nichteintretensentscheid. Nach Art. 191 Abs. 2 BV kann das Kriterium der „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ eingesetzt werden, um die Schärfe von Streitwertgrenzen zu mildern. Das macht Sinn und ist auch einigermaßen berechenbar. **Nur in Art. 84 Abs. 2 BGG** sind **materielle Kriterien** enthalten, die aber eher seltene Fälle betreffen. Danach muss eine Rechtshilfe in Strafsachen jedenfalls dann vom Bundesgericht geprüft werden, *„wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass **elementare** Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind oder das Verfahren im Ausland **schwere** Mängel aufweist“* (wie eine Missachtung des Grundsatzes von *nemo tenetur* oder eine drohende Untersuchungshaft oder gar ein drohender Strafvollzug in Russland). Der VE BGG **kennt keine solchen materiellen Kriterien mehr**

(im Gegenteil werden die heute explizit genannten materiellen Kriterien betr. Rechtshilfe in Strafsachen in Art. 83 Abs.1 VE BGG gestrichen).

Das BGG verwendet den Begriff „Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung“ in zweierlei Hinsicht: Einerseits im Zusammenhang mit **Fragen der Gerichtsorganisation** (Art. 20 BGG), andererseits bei der Bestimmung der **gerichtlichen Zuständigkeit** (Art. 83 f., Art. 84a und Art. 85 Abs. 2 BGG). Die Formel „besonders bedeutender Fall“ umschreibt indessen kein juristisches Kriterium. Zumindest theoretisch kann es auch um eine wegen ihres Reichtums angeblich bedeutende Person oder um einen medial hochgekochten Fall gehen (N.B. ist das heute bei den Prioritäten des EGMR auffällig). Die amerikanische Philosophin Judith Butler hat einlässliche Untersuchungen zu solchen juristischen und prozessualen Selektionskriterien gemacht und ist zu einem bedenklichen Resultat gekommen: Solche Klauseln könnten sehr bald von Machtansprüchen überlagert und dem Prestigedenken ausgeliefert werden.

Unsere Hauptkritik ist **einerseits**, dass die beiden **Kriterien** der “Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung” und des “besonders bedeutenden Falls” **weitgehend unbestimmt** und der Auslegung durch das Bundesgericht überlassen sind. Rechtsschutz wird damit **nicht mehr in einer für die Rechtsuchenden vorhersehbaren Weise nach Massgabe des demokratisch abgesicherten Gesetzes gewährt**, sondern allein nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Diese **allein in die Hand des Bundesgerichts gelegten „Gegenausnahmen“ vermögen keinesfalls die Rechtsschutzlücken zu kompensieren, die mit der Streichung der subsidiären Verfassungsbeschwerde entstehen**. Grundsätzlichkeit der Rechtsfrage und Bedeutung des Falls können einem Gericht auch bei banalen Einzelfällen bewusst werden. Dazu braucht es aber immer eine Durchdringung des Sachverhalts verbunden mit einer vertieften Reflexion über die Rechtsfragen, nicht bloss ein Abchecken nach gegenwärtiger Praxis. Es zeigt sich, dass **die Selektionskriterien**, soweit man solche brauchen will, unbedingt **auf die Rechtsschutzbedürfnisse Bezug nehmen müssen**. Das leistet eigentlich nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegenüber kantonalen Akten, doch der Schutz der Grund- und Menschenrechte **müsste heute auch auf Bundesebene das primäre Anliegen im gerichtlichen Rechtsschutz sein** (selbstverständlich sofern deren Verletzung von der beschwerdeführenden Partei gerügt wird).

Zugegebenermassen finden sich im Ausnahmekatalog Bereiche, in welchen sehr viele Streitfälle, vor den unteren Gerichten anhängig gemacht werden, z.B. im Ausländer- und im Migrationsrecht. Doch ist es mit Blick auf die Erwartungen der Rechtssuchenden und aus Gründen der Rechtssicherheit höchst unbefriedigend, wenn nur ein ganz geringer Prozentsatz der Beschwerden überhaupt zur bundesgerichtlichen Prüfung und Entscheidung angenommen wird. Wird eine Systemänderung angestrebt, so ist es **unerlässlich**, dass **präzisere** und auch mehr auf die jeweiligen Sachbereiche ausgerichtete Selektionskriterien für das Eintreten des Bundesgerichts festgelegt werden. Gleichzeitig müssen die Ausnahmen und Einschränkungen von Art. 83 – 85 BGG reduziert werden. Entgegen den Ausführungen im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, betreffen die vielen Ausnahmen von der bundesgerichtlichen Zuständigkeit keineswegs vorwiegend sog. "nicht oder schwer justiziable Fälle", (was sich auch daran zeigt, dass die Vorinstanzen des Bundesgerichts diese Fälle schon bewältigt haben, bevor das Bundesgericht damit befasst wird). Diese grundsätzliche Prüfung ist bei den vorliegenden Reformvorschlägen kaum erfolgt; vielmehr scheint es letztlich durchwegs um bloss rechtspolitische Überlegungen zu gehen, die aber nicht systematisch vorgelegt und überprüft werden.

5. Weitgehender Ausschluss des Rechtsschutzes durch das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht bei aussenpolitischen und von sicherheitspolitischen Entscheiden, unter Vorbehalt der Anforderungen der EMRK

Hier geht es um einen zentralen Punkt der Vorlage, wonach im auswärtigen Handeln und im sicherheitsrechtlichen Handeln des Bundes und der Kantone weiterhin weder beim Bundesverwaltungsgericht, noch beim Bundesrat und auch nicht beim Bundesgericht die **Rechtsweggarantie nach BV und Menschenrechtspakten** voll gelten soll (Neuordnung von Art. 84a VE BGG, welche auch auf die Zuständigkeiten zu Beschwerdeentscheiden des Bundesrates und des Bundesverwaltungsgerichts übertragen wird, vgl. VE BGG Anhang Ziff. 2, Art. 72 Bst. a VwVG sowie Anhang Ziff. 5, Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG).

Der erläuternder Bericht zu Art. 84a VE BGG hält fest: *„Die Unzulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht bei aussen- und sicherheitspolitischen Entscheiden ist heute in Artikel 83 Buchstabe a BGG geregelt. Der Grund für die Ausnahme von der Zuständigkeit des Bundesgerichts liegt darin, dass diese Entscheide nicht justiziable sind“* (Bericht S. 21/22).

Diese Begründung ist unzutreffend: Das BGG hat in diesem Bereich schlicht die Regelung von Art. 100 aOG übernommen sowie die Erfahrung noch aufgenommen, dass in diesen Rechtsbereichen, gerade weil die Schweiz keine voll ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit besteht, mindestens Beschwerde mit Rügen wegen Verletzung der EMRK oder anderer völkerrechtlicher Verpflichtungen zulässig sein müssen. Diese Vorstellung einer sehr begrenzten gerichtlichen Zuständigkeit wurde dann bekanntlich auch für das Bundesverwaltungsgericht festgeschrieben (Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG). Offenbar wurde schon um 2000 und jetzt wieder diese Vorstellung nie hinterfragt. Diese heute überholte, falsche Vorstellung hatte ursprünglich zwei Ursachen: Zum einen stammt sie aus den Krisen- und Kriegsjahren der 30er und 40er Jahre, und zum anderen hat man noch beim OG von 1968 dem Umstand Rechnung tragen müssen, dass der Bund damals praktisch kein materielles Polizeirecht kannte (wo es heute vielerlei Vorschriften gibt im MG, VPA, BZG, ZAG, ZAV, SIaG, ZG etc.) und manche Kantone auch nur über ein rudimentäres Polizeirecht verfügt haben (während heute alle Kantone detailliert ausgearbeitete Polizeigesetze und Polizeikonkordate kennen). Das Sicherheitsrecht von Bund und Kantonen ist heute **sehr dicht durchnormiert**. Aber auch das auswärtige Handeln des Bundes und - N.B. das der Kantone im regionalen Raum auf Grund von Art. 56 BV - ist durch vielerlei **präzise gesetzliche und staatsvertragliche Vorgaben** gestaltet (z.B. in der Entwicklungshilfe, in fast allen Bereichen der Gesundheitspolitik, in der Umweltpolitik, in den Beziehungen zu Internationalen Organisation und anderen Institutionen mit Sitz in der Schweiz gemäss GSG, in Fragen von unrechtmässig erworbenen Vermögen gemäss RuVG sowie z.B. in der sicherheitspolitischen Zusammenarbeit mit allen fünf Nachbarstaaten). Gerade auch in den Ausenbeziehungen der Schweiz und in allen Sicherheitsrechtsfragen muss **das erste Gebot für die beiden zuständigen Gerichte des Bundes sein, dass sie dem Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 BV Nachachtung verschaffen können**. Für alle kantonalen Verwaltungsgerichte ist das völlig selbstverständlich. Es lässt sich **durch nichts rechtfertigen**, wenn der Bundesgesetzgeber noch 2016 diese Aufgabe dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht nicht zutraut resp. abspricht. Gerade in diesen Bereichen der auswärtigen Beziehungen und der öffentlichen Sicherheit, ist eine **verfassungsrechtlich garantierte Jurisdiktion** (und nicht nur eine aus der EMRK abgeleitete) von grösster rechtsstaatlicher Bedeutung. Das zeigt die Praxis der Verfassungsgerichte in Madrid, Rom, London, Den Haag, Oslo, Karlsruhe oder Wien. Heute hat das Bundesgericht in diesen Bereichen eigentlich nur bei der abstrakten Normenkontrolle von kantonalen Polizeigesetzen und inter-

kantonalen Sicherheitskonkordaten und in Einzelfällen auf Grund der subsidiären Verfassungsbeschwerde eine breite Kognition, obwohl die Kontrolle dieser Bereiche gegenüber Bundesinstanzen dringlich und notwendig wäre.

Ein ganz problematischer Punkt der Änderung von VE BGG Art. 84a sowie Anhang Ziff. 2 und Ziff. 5 ist, dass *„Verfügungen, die überwiegend auf politischen Erwägungen beruhen“*, nicht angefochten werden können, selbst wenn dessen präzisierende und restriktivere Umschreibung des Beschwerdeausschlusses in Fällen, in denen die Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit in Frage steht (s. Art. 83) den rechtsstaatlichen Anforderungen gerechter würde. Dass auch *„dank Art. 190 BV“* im Recht der Aussenbeziehungen von Bund und Kantonen und im Sicherheitsrecht Verfügungen mindestens die EMRK und weitere völkerrechtliche Pflichten beachtet müssen, ist einer der wenigen festen Anker des schweizerischen Rechtsstaates. Jetzt **sollen** aber alle Einzelentscheide in diesen Rechtsbereichen (die sich übrigens oft überschneiden, wie die Praxis zum Recht von *„Schengen“* und *„Dublin“* zeigt), wenn sie **„überwiegend auf politischen Erwägungen“** beruhen, angeblich nicht justiziabel sein. Man argumentiert, dass die Rechtsprechung diesen negativen Vorbehalt schon kenne. Es sind allerdings recht seltene Fälle, in denen dann aber die Frage der Konkurrenz zwischen verfassungsrechtliche Interessen in der Aussen- und Sicherheitspolitik bzw. einem diesen Interessen dienenden speziellen Staatsvertrag mit Garantien aus Menschenrechtspakten meist nicht abgehandelt wurde. Dieser negative Vorbehalt solle die justizielle Kontrolle zusätzlich absichern. Das ist aber, auch aus internationalrechtlicher Sicht, keine überzeugende Argumentation. Fast alle Entscheide in diesen beiden Rechtsbereichen **haben eine erhebliche politische Bedeutung**. Aber diese politische Bedeutung **ist kein Rechtsproblem**, sondern sie **folgt anderen Rationalitäten oder Irrationalitäten**. Die neue Ausnahmeregel, die **auf Bundesebene jeglichen gerichtlichen Rechtsschutz ausschliesst**, ist ein **Appell** an alle Bundesinstanzen, von Grenzwachtkorps über Bahnpolizei, Bundesamt für Gesundheit, UVEK und EDA, möglichst den überwiegenden politischen Charakter der Entscheide in der Begründung ihrer Verfügungen zu betonen, um vor keiner gerichtlicher Beschwerdeinstanz des Bundes bestehen zu müssen. Das darf nicht sein. **Wir beantragen die Streichung von Art. 84a VE BGG**. Im Bereich der öffentlichen Sicherheit ist das Konzept des VE BGG für die Demokratie in der Schweiz sowie auf Grund der menschenrechtlichen Schutzpflichten im Verfassungs- und Völkerrecht nicht annehmbar; im Bereich der auswärti-

gen Beziehungen müssten zuerst vertiefte Überlegungen in der DV / EDA vorgenommen werden.

6. Geltung des neuen Konzepts für Vor-, Teil- und Zwischenentscheide und bei vorsorglichen Massnahmen

Die genannten Begrenzungskriterien sollen neu auch für Beschwerden gegen Teil-, Vor- und Zwischenentscheide (Art. 93a VE BGG) und für vorsorgliche Massnahmen (Art. 93b VE BGG) gelten. Dies ist **nicht überzeugend**. Entsprechende Entscheide können ungeachtet der Bedeutung oder Grundsätzlichkeit der Hauptsache und damit per se "besonders bedeutend" oder in rechtlicher Sicht „grundsätzlich“ sein. Eine Anmerkung am Rande: Der Titel von Art. 93a VE BGG ist sprachlich missglückt: Es geht nicht um "grundsätzlich unzulässige Beschwerden", sondern um "mangels Grundsätzlichkeit unzulässige Beschwerden". Bei vorsorglichen Massnahmen stehen die Schwere eines Verlustes *in re aut in iure* oder Fragen der Dringlichkeit im Zentrum.

Angemerkt sei unter den Verfahrensfragen, dass die **Neufassung von Art. 86 Abs. 2 VE BGG**, wo Sonderregeln aus dem Steuerbereich beseitigt werden sollen, von uns **begrüss**t wird. Hingegen sei darauf hingewiesen, dass Art. 86 Abs. 3 BGG eine **faktisch unmögliche Vorschrift** aufstellt, denn es ist **nicht sachgerecht, für alle Streitigkeiten** in den Kantonen **einen Gerichtsentscheid** zu verlangen, ausser es gehe um vorwiegend politische Fragen. Eine solche Regel kennt auch der Bund nicht. Die Schwierigkeit zeigen zwei Beispiele: Die Kantone, jedenfalls die grösseren, müssen jährlich Tausende von Gesuchen um Stundung oder Erlass von Steuern behandeln. Und sie müssen auch Hunderte Fällen erledigen, in denen die Notengebung an Grundschulen oder Mittelschulen strittig ist. Das sind keine Fälle für Gerichte und zu Recht werden sie von verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Rechtsweggarantien nicht erfasst. Die Regelung von Art. 86 Abs. 3 BGG ist insofern unzutreffend.

Eine Minderheit des Vorstandes der ICJ-CH ist der Auffassung, dass Art. 86 Abs. 3 BGG die direkte Folge der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ist und, weil die Kognition der kantonalen Gerichte i.d.R. die Rechts- und Sachverhaltenskontrolle umfasst (was z.B. in Notensachen ein begrenzte Belastung bedeutet), Art. 86 Abs. 3 BGG nicht „faktisch unmöglich“ sondern seit der Justizreform gelebte Realität in den Kantonen ist.

7. **Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde und Reduktion des Rechtsschutzes bei Entscheiden kantonaler Vorinstanzen**

Ein besonderer Schwerpunkt des Reformvorschlages ist die Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG, mit der kantonale Rechtsakte im Bereich der Ausnahmekataloge angefochten werden können. Diese Aufhebung wird damit begründet, dass es relativ wenige Fälle gibt (die subsidiäre Verfassungsbeschwerde stellt also kaum den Grund für die Überlastung des Bundesgerichts dar). Zudem wird sie damit gerechtfertigt, dass ein von einem kantonalen Akt betroffene Person neu unter den Voraussetzungen von Art. 83 Abs. 2 VE BGG auch im Bereich des Ausnahmekatalogs an das Bundesgericht gelangen könne.

Namentlich mit diesem Vorschlag der Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde würde die Revision – trotz Art. 83 Abs. 2 VE BGG – ganz klar **zu einem Abbau des heutigen Rechtsschutzstandards führen**: Es bestünde im Bereich des Ausnahmekatalogs kein genereller, individueller Rechtsanspruch mehr auf Überprüfung von Entscheiden kantonaler Vorinstanzen auf ihre Verfassungskonformität hin. Bei der Reform der Bundesrechtspflege (2005) war festgestellt worden, dass ohne das Rechtsmittel der subsidiären Verfassungsbeschwerde erhebliche Rechtsschutzlücken in den Kantonen bestehen würden (siehe z.B. WALTER HALLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 189 Rz. 16); diese Rechtsschutzlücken waren der Grund für die Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieser Gewinn an Rechtsschutz nun wieder rückgängig gemacht werden soll. Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde auch im Anwendungsbereich des Ausnahmekatalogs die Einhaltung der Garantien der Kantonsverfassungen, also der (gegenüber der BV selbständigen) Grund- und Sozialrechte und sonstigen verfassungsmässigen Rechte der Kantone überwacht, wie es Art. 52 Abs. 1 BV fordert (BGE 131 I 366 S. 368). Zudem liegt es nicht im Interesse der Schweiz und dient namentlich nicht der Vermeidung unnötiger Verurteilungen durch den Europäischen Gerichtshof in Strassburg, wenn der EGMR eine Vielzahl von innerstaatlichen Instanzen – zumeist kantonale Gerichtsbehörden – als unmittelbare Vorinstanzen hätte. Die Vermeidung eines Rechtsmittelwegs von den kantonalen Obergerichten an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte war einer der Gründe für die Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde.

Im Übrigen ist es zu bedauern, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht **auch gegenüber den unteren Gerichtsinstanzen des Bundes** zur Verfügung steht (wenn diese endgültig entscheiden), weil dies namentlich in Grundrechts- und Verfahrensrechtsfragen zu **Rechtszersplitterung** geführt hat (Hinweise z.B. bei WALTER HALLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 189 Rz. 169). Würde die subsidiäre Verfassungsbeschwerde - entgegen der jetzigen Vorlage - auch gegenüber den bisherigen Vorinstanzen des Bundesgerichts zulässig, würde die Reform **deutlich vereinfacht. Unserer Ansicht nach gibt es keine überzeugenden Gründe, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde aufzuheben, vielmehr ist ihre Zulässigkeit zu erweitern.**

8. Reduktion des Rechtsschutzes gegen Bussen

Die Vorschläge zur Reform des Art. 79 BGG sind aus rechtsstaatlicher Sicht ebenfalls fragwürdig (vgl. die berechtigte, von uns unterstützte Kritik von ANDRE KUHN und YVAN JEANNERET, Jusletter 1. Februar 2016). In der Reform von 2001 – 2005 wurde eine deutlich tiefere Grenze diskutiert, diese wurde aber letztlich als inakzeptabel und unsozial abgelehnt (siehe CHRISTINA KISS HEINRICH KOLLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 191, Rz. 13). Ferner ist zu berücksichtigen, dass zusätzlich zur Busse Belastungen durch die Verfahrenskosten vor den kantonalen Instanzen hinzukommen können, was insgesamt dazu führen kann, dass es sich für den Einzelnen oder die Einzelne nicht mehr um eine Bagatelle handelt. Die Tragweite der Revision der Bst. b und c hängt u.a. vom Begriff der "Zwangsmassnahmen" ab. In der StPO ist er (anders als im modernen Polizeirecht der Kantone) **eher eng**, so dass z.B. informationelle Eingriffe nur in bestimmten Fällen darunter fallen. Auch hier sollte das BGG präziser sein, denn es kommt massgeblich auf die Wirkungen der Grundrechtseingriffe an, weniger auf die Art der Massnahme (dazu u.a. RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Art. 36 Rz. 2).

9. Änderungen beim Rechtsschutz vor Bundesverwaltungsgericht

Dieser Reformvorschlag zielt auch darauf ab, den Zugang zum Bundesverwaltungsgericht (BVGer) erheblich einzuschränken indem zukünftig vor BVGer die Rüge der Unangemessenheit nur noch in wenigen Sachbereichen erhoben werden darf (Anhang des VE, Ziff. 2, mit Änderung von Art. 49 VwVG). Sowohl das Bundesgericht wie das Bundesverwaltungsgericht

haben sich gegen eine entsprechende Verengung der Kognition ausgesprochen, weil ein Ausschluss der Angemessenheitsprüfung im Beschwerdeverfahren „als falsches Signal für ein quasi rechtsfreies Reservat der verfügenden Verwaltungsstelle gesehen“ werde (so Bericht zum Vernehmlassungsentwurf, S. 12). Im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes ist die heutige Kognitionsregel in Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht beizubehalten. In der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege (BBl 2001 4202, 4256) wurde betont, wie wichtig es sei, dass die Angemessenheit einer Verfügung mindestens einmal überprüft werden könne. Von diesem zentralen Grundsatz sollte sich das schweizerische Rechtsmittelsystem nicht entfernen (sofern man nicht zum tradierten System der verwaltungsinternen Beschwerde zurückkehren will). In den letzten Jahren wurde via spezialgesetzliche Änderungen die Kognitionsregel von Art. 49 VwVG immer wieder eingeschränkt; jetzt soll das Bundesverwaltungsgericht seine volle Kognition gänzlich verlieren. Der Vorschlag trägt auch nicht dem Umstand Rechnung, dass das Bundesverwaltungsgericht in rund zwei Drittel seiner Entscheidungen Erst- **und Letztinstanz** ist und so auch letzte innerstaatliche Instanz gegenüber dem EGMR ist (vgl. Art. 35 Abs. 1 EMRK). Die Einschränkung der Kognition des BVGer nimmt den in Strassburg Beschwerde führenden privaten Personen oder Organisationen das Recht, innerstaatlich über einen **effizienten Rechtsschutz**, wie ihn der EGMR fordert, zu verfügen (dazu BVGer Urteil B-7633/2009 Swisscom gegen WEKO vom 14. September 2015, Ziff. IV.4 zur notwendigen Kognition des BVGer). Das kann zur eine Rückweisung der Beschwerde an die Schweiz bzw. zur Verurteilung der Schweiz führen.

10. Verfassungs- und Völkerrechtskonformität der Vorschläge

Die Vorlage zur Revision des BGG und weiterer Justizgesetze wirft einige seriöse Fragen der Verfassungsmässigkeit und der Konformität mit den Menschenrechtspakten:

- Die Neuordnung der **Überprüfung der kantonalrechtlichen und interkantonalrechtlichen Entscheide, namentlich mit** dem Wegfall der subsidiären Verfassungsbeschwerde und den stark reduzierten Kontrollen nach VE BGG Art. 79 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 2 verletzen oder schwächen mindestens erheblich zum Einen **die Garantie** des Bundes für die **verfassungsmässigen Rechte der Kantonsverfassung**, wie sie **Art. 51 und 52 Abs. 1 BV** gewährleisten, und wie es **Art. 35 Abs. 1 BV** fordert (vgl. WALTER HALLER, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 189 Rz. 31 ff.). Gleichzeitig bergen sie zum Anderen die

erhebliche Gefahr, dass die wesentliche Unterscheidung zwischen einer vollen Kognition des **Bundesgerichts** bei Einschränkungen von verfassungsmässigen Rechten bzw. Grundrechten des Bundes und der Kantone und einer blossen Willkürkontrolle des kantonalen und kommunalen Gesetzes- und Verordnungsrecht verloren geht. Dann könnte das Bundesgericht der Vorwurf treffen, dass es das **bundesstaatliche Subsidiaritätsprinzip nach Art. 43a BV missachtet**.

- Wichtig ist sodann, **dass Art. 191 BV nur drei Einschränkungen des Zugangs zum Bundesgericht zulässt**, nämlich **1.** Streitwertgrenzen unter Vorbehalt von Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung, **2.** den gesetzlichen Ausschluss bestimmter Sachgebiete, sowie **3.** die vereinfachten Verfahren. Das bedeutet unseres Erachtens, dass z.B. die Überprüfung von verfahrensrechtlichen Zwischenentscheiden nicht nur auf Fälle mit in rechtlicher Sicht grundsätzlicher oder sonst besonderer Bedeutung beschränkt werden darf, weil dies Art. 191 Abs. 2 BV widerspricht. Das bedeutet zudem, dass die Ausnahmen nach Art. 191 Abs. 3, auf den ja vor allem Art. 83 zielt, **nicht** beliebig sein können, sondern als Einschränkung des Rechts der Betroffenen auf wirksamen Rechtsschutz **möglichst verhältnismässig sein müssen**. Das ist bei einigen sehr weitreichenden Ausnahmen nicht mehr der Fall und wird durch Art. 83 Abs. 2 u.E. kaum korrigiert.

Konkret: **1.** dass das die Zuständigkeit des Bundesgerichts selektionierende Kriterium der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, ob zum Vor- oder zum Nachteil der Rechtssuchenden, **nur im Anwendungsbereich von Art. 191 Abs. 2 BV zulässig** ist und **nicht als in beliebigen Situationen einsetzbares** Selektionskriterium verwendet werden kann. **2.** Art. 191 Abs. 3 BV, der es dem Bundesgesetzgeber erlaubt, für bestimmte Sachgebiete den Rechtsweg ans Bundesgericht auszuschliessen, kann nicht dahin verstanden werden, dass **grosse** Rechtsbereiche nicht mehr unter einer allgemeinen Kontrolle des Bundesgerichts stehen. Ein restriktiv konzipiertes Annahmeverfahren für einzelne aus der Sicht des Bundesgerichts interessante Fälle, dass der Art. 191 BV gar nicht kennt und das für die Schweizer Justizorganisation systemwidrig ist, stellt **keine ausreichende und keine zulässige Korrektur** der immer weiter ausgedehnten Ausnahmen dar und lässt sich *de constitutione lata* nicht rechtfertigen.

- VE BGG Art. 84a sowie die geplanten Änderungen mit VE Art. 72a VwVG sowie VE Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG verletzen unseres Erachtens namentlichen **Art. 13 EMRK**. Sicherlich geht es im Recht der Aussenbeziehungen und im Recht der öffentlichen Sicherheit nur begrenzt um "civil rights" im Sinne von Art. 6 EMRK (solche sind z.B. Persönlichkeitsschutz- und Datenschutzfälle nach Art. 8 EMRK). Aber dann muss mindestens Art. 13 EMRK beachtet werden. Diese völkerrechtliche Garantie gilt selbstverständlich auch gegenüber dem Gesetzgeber und **soll gerade politische motivierte, aus den Hoheitsbefugnissen**

des Staates begründete Menschenrechtsverletzungen eingrenzen. Dies gilt umso mehr, als die Möglichkeit einer verwaltungsinternen Beschwerde an den Bundesrat den Anforderungen einer wirksamen Beschwerde im Sinne von Art. 13 EMRK **nicht** genügt.

- In dem das Bundesgericht den sehr wichtigen, aber auch sehr grossen Bereich des Migrationsrechts, besonders des Rechts des Status der Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz sowie deren Einbürgerungen höchstens punktuell noch kontrollieren soll, führt das für rund ein Viertel der Schweizer Wohnbevölkerung dazu, dass sie grundsätzlich **bezüglich Rechtsschutz** im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV und der Diskriminierungsverboten von Art. 14 EMRK und des 12. ZP, des UNO-Paktes II, der KRK und fallweise weiterer Menschenrechtskonventionen **diskriminiert** wird. Vorbehalten bleiben alle Garantien für EU- und EFTA-Bürgerinnen und -bürgerinnen nach FZA und ergänzenden Verträgen. Diese Garantien würden auch in der Anwendung von Art. 84a VE BGG wieder zu Diskriminierungen führen, auch zu Lasten der Inländerinnen und Inländer. Eine Reform der Bundesjustiz, welche die durch FZA und das Schengen-Recht bewirkten Diskriminierungen von Drittstaatsangehörigen sowie zum Teil auch von Inländerinnen und Inländer nicht mindestens beim Gerichtszugang zu lindern versucht, hat ein heute wichtiges Reformanliegen missachtet.
- Die Vorlage beachtet im Weiteren nicht, dass es **unmittelbar anwendbare Justizgarantien der Menschenrechtspakte** gibt. Das bedeutet, dass jedenfalls **im Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts nicht beschränkt werden kann** auf die Prüfung von Sach- und Rechtsfragen, sondern es muss auch die Angemessenheit prüfen (EGMR 21. Juli 2011, Sigma Radio Television Ltd. ./ Cyprus, Nr. 32181/04, Ziff. 154 m.w.N.; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäischen Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012 (6. Aufl. im Erscheinen) § 24 Rz. 29). Dabei ist eine umfassende Abwägung der betroffenen Interessen und Rechtsgüter vorzunehmen (vgl. EGMR 27. September 2011, Menarini ./ Italien, Nr. 43509/08, Ziff. 64). Das gilt auch für das Bundesgericht, wenn es in *civil rights*-Fällen entscheidet und kein Gericht als Vorinstanz tatsächlich eine volle Kognition wahrnimmt. Namentlich für das Bundesverwaltungsgericht, dem neu die Angemessenheitskontrolle in zahlreichen Rechtsgebieten verwehrt sein soll, wirkt sich das gegenüber dem EGMR **negativ** aus, denn ein Beschwerdeführer in Strassburg läuft (nach der Praxis des EGMR zu Art. 35 Abs. 1 EMRK) Gefahr, abgewiesen zu werden, weil er den innerstaatliche Rechtsweg nicht ausgeschöpft hat, auch wenn er im innerstaatlichen Rechtssystem keinen **effektiven Rechtsschutz** findet (CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, a.a.O., § 13 Rz. 22 – 29). Die vorgeschlagene Einschränkung erscheint weder erforderlich noch sachlich gerechtfertigt.

Eine Minderheit des Vorstandes der ICJ-CH ist der Auffassung, dass die Zurücknahme der Kognition bei Sachverständigen Ermessen ("technisches Ermessen") gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts (s. BGE 139 II 72 E. 4, Publigroup) in Konflikt zu den Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes in Sachverhalts- und Rechtsfragen) stehen kann.

- Es besteht Einigkeit darüber, dass Anordnungen von Bussen, die pönalen Charakter haben, ab einer gewissen Höhe als **strafrechtliche Anklage nach Art. 6 EMRK** gelten. Bis zu welchem Betrag, etwa bis CHF 200.- etwa, das noch nicht der Fall ist, ist nicht ganz klar. **Auf jeden Fall ist die Androhung einer Busse von CHF 500.- nach EGMR sicher eine strafrechtliche Anklage** (EGMR 22.5.1990, Weber c, Suisse, Nr. 11034/84; EuGRZ 1990 265 Ziff.34). Sicher dann, wenn Bussen ab CHF 300.- bis 5'000.- von einer Bundesstelle verfügt bzw. angedroht werden, bewirkt die geplante Änderung von Art. 79 VE BGG, dass die Schweiz ihre Verpflichtung aus **Art. 2 des 7. ZP zur EMRK** nicht mehr erfüllt, wo grundsätzlich eine zweifache, volle Überprüfung von Strafurteilen gefordert wird (zu Art. 2 des 7. ZP: etwa. STEFAN TRECHSEL, in: Festschrift Ermacora 1988, S. 195 ff.; zu den begrenzten Möglichkeiten der Einschränkungen dieser Garantie siehe CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, a.a.O., § 24 Rz.155 und 156).

11. Zusammenfassung

Zusammengefasst möchte die ICJ-CH zum Vorentwurf des BGG folgendes festhalten:

- Es ist möglichst kein Abbau des heutigen Rechtsschutzes, d.h. keine Ausdehnung des Ausnahmekatalogs vorzunehmen.
- Die Ausdehnung des Ausnahmekatalogs stellt einen Abbau des heutigen Rechtsschutzes dar, der nicht verhältnismässig ist d.h. zur Erreichung der angestrebten Zwecke (zwingende Entlastung des Bundesgerichts) weder geeignet, erforderlich noch von überwiegenden öffentlichen Interessen gedeckt ist.
- Die Gegen Ausnahme in Art. 83 Abs. 2 VE BGG bewirkt bei Urteilen von Vorinstanzen des Bundes (des Bundesverwaltungsgerichts) in einigen Sachbereichen des heutigen Ausnahmekatalogs eine punk-

tuelle Verbesserung des Rechtsschutzes. Aufgrund der Unbestimmtheit dieser Bestimmung und der bisherigen restriktiven Praxis des Bundesgerichtes wäre eine Ausdehnung der subsidiären Verfassungsbeschwerde auf Entscheide aller Vorinstanzen jedoch zielführender, weil das Selektionskriterium der Verletzung verfassungsmässiger Rechte unmittelbar dem Rechtsschutz dient.

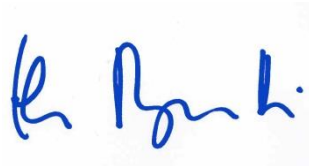
- Die Klausel in Art. 83 Abs. 2 VE BGG ist kein wirksamer Ersatz für die heutige subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen Urteile kantonalen Vorinstanzen, da die subsidiäre Verfassungsbeschwerde den Individuen einen Rechtsanspruch auf Behandlung ihrer Verfassungsrügen einräumt.
- Gerade vor dem Hintergrund von Art. 191 BV ist es am demokratischen Gesetzgeber zu bestimmen, wer Zugang zum Bundesgericht hat (und nicht mittels eines Annahmeverfahrens einzelfallweise durch das betroffene Gericht selbst).
- Vorinstanz des EGMR sollte das Bundesgericht sein bzw. - ausnahmsweise - das Bundesverwaltungsgericht bleiben.

12. Schlussbemerkungen

Die Schweizerische Sektion der Internationalen Juristenkommission ersucht Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, und Sie, sehr geehrte Damen und Herren am Projekt beteiligte Personen, dieses Vorhaben so nicht weiter zu führen, sondern **primär** den drei wichtigsten Gerichten des Bundes mehr Richterstellen und mehr Stellen für juristische Mitarbeitende zuteilen zu lassen. Sekundär müssen einige zentrale systembezogene Rechtsprobleme geklärt werden, die sich gerade auch im Konflikt dieser Ihrer Vorschläge mit der BV und den Justizgarantien der Menschenrechtspakte gezeigt haben, bevor ein nächster Legiferierungsschritt unternommen wird.

Wir danken Ihnen bestens für die Gelegenheit zur Stellungnahme und zeichnen mit höflichen Grüssen

Namens der ICJ-CH und der Arbeitsgruppe

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'E. Menghetti', is centered below the text 'Namens der ICJ-CH und der Arbeitsgruppe'.

Dr. Eliane Menghetti
Präsidentin ICJ-CH



LICENSING EXECUTIVES SOCIETY
SCHWEIZ SUISSE SVIZZERA SWITZERLAND

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

Als PDF per E-Mail an cornelia.perler@bj.admin.ch

Zürich, 29. Februar 2016

Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

LES Licensing Executives Society Schweiz (siehe <http://www.les-ch.ch/index.php/de/>), im Rechtsverkehr LES Schweiz oder LES-CH genannt, ist ein Verein nach schweizerischem Recht, der sich praxisbezogen und geschäftsorientiert mit allen Aspekten des Schutzes und der Kommerzialisierung von Geistigem Eigentum befasst: Schutzrechtsstrategien, Immaterialgüterrechte (Patente, Designs, Marken, Urheberrechte etc.), Lizenz- und Franchiseverträge sowie andere Formen der regionalen und internationalen Zusammenarbeit. Mitglieder sind rund 300 Fachleute aus kleinen, mittleren und grossen Industrie- und Dienstleistungs-Unternehmungen sowie aus Hochschulen und den beratenden Berufen (u.a. Patentanwälte, Markenanwälte, Rechtsanwälte usw.).

Es ist unserer Organisation ein Anliegen, die Stimme dieser Fachpersonen im Gesetzgebungsverfahren einzubringen. Wir haben davon erfahren, dass interessierte Kreise zur Vernehmlassung über die geplanten Änderungen des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) eingeladen worden sind. Wir erlauben uns, hiermit ebenfalls eine Stellungnahme einzureichen, auch wenn wir nicht offiziell dazu eingeladen wurden. Dies vor allem,



LICENSING EXECUTIVES SOCIETY
SCHWEIZ SUISSE SVIZZERA SWITZERLAND

weil in der vorliegenden Revision auch das Markenrecht tangiert wird, das für die Mitglieder unseres Vereins von grossem Interesse ist.

Wir danken Ihnen deshalb im Voraus, unsere Stellungnahme zur Revision des BGG zu berücksichtigen.

Die Vernehmlassungsfrist läuft am 29. Februar 2016 ab und ist mit der vorliegenden Eingabe gewahrt.

A) Grundsätzliches zu den neu zu schaffenden Instanzenzügen

Zu Recht geht die vorliegende Revision eine Entlastung des Bundesgerichts sowie die Verbesserung des Rechtsschutzes in gewissen Bereichen an.

Die LES hat insbesondere die Änderung von Art. 73 BGG genauer analysiert und kommt zum Schluss, dass die Vernehmlassungsvorlage die von der Swissness-Novelle (AS 2015, 3631 ff.) geschaffene Ungleichheit der Instanzenzüge und der Rechtsunsicherheit zwischen dem Widerspruchs- und dem Löschungsverfahren nicht in genügender Weise beseitigt.

B) Im Einzelnen zu Art. 73 BGG

1. Ungleichheit von Instanzenzügen

Durch die angekündigte Änderung von Art. 73 BGG will die Vorlage den bisher beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) beendeten Instanzenzug im Markenwiderspruchsverfahren (Art. 31. MSchG); SR 232.11) einem Weiterzug an das Bundesgericht (BGer) öffnen, wenn sich eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* stellt oder aus anderen Gründen ein *besonders bedeutender Fall* vorliegt. Dem ist entgegenzuhalten, dass Entscheide des BVGer im neuen Löschungsverfahren der Swissness-Novelle (Art. 35a-c revMSchG) ohne Einschränkung einer Anfechtung ans BGer stets zugänglich bleiben. Hier wird eine grundlegende Asymmetrie der Instanzenzüge zwischen dem Widerspruchs- und dem Löschungsverfahren im Markenrecht sowie eine Rechtsunsicherheit geschaffen.



LICENSING EXECUTIVES SOCIETY
SCHWEIZ SUISSE SVIZZERA SWITZERLAND

Es ist möglich, dass Widerspruchs- und Löschungsverfahren zwischen denselben Parteien gleichzeitig vor denselben Instanzen hängig sind und dieselbe Frage des rechts-erhaltenden Gebrauchs (Art. 11 MSchG) derselben Marke zum Gegenstand haben (Art. 32 MSchG, Art. 35a rev. MSchG). Unter gewissen Umständen erlangen Widerspruchs-gegner einen taktischen Vorteil, wenn sie ihre Nichtgebrauchseinrede im Wider-spruchsverfahren durch ein paralleles Löschungsverfahren verstärken. Das BVGer kann sich folglich in der Lage befinden, gleichzeitig eine Widerspruchs- und eine Löschungs-verfügung im selben Urteil behandeln zu müssen, immer vorausgeschickt, es betrifft dieselbe Marke und dieselbe Rechtsfrage. In einem solchen Fall könnten demnach ungleiche Weiterzugsmöglichkeiten im Widerspruchs- und im Löschungsverfahren letztinstanzlich zu widersprechenden Ergebnissen führen.

2. Gebrauch/Nichtgebrauch vs. Feststellungsklage auf dem Zivilweg

Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Gebrauch oder Nichtgebrauch einer Marke auch mit einer Feststellungsklage auf dem Zivilweg geltend gemacht werden kann. Der Zivilrichter oder die Zivilrichterin ist indessen nicht an die Entscheidung eines vorangehenden Verwaltungsverfahrens, hier im besonderen ein Widerspruchsverfah-rens oder Löschungsverfahrens, gebunden. In diesem Sinne würde die unbedingte Weiterzugsmöglichkeit im Löschungsverfahren an das Bundesgericht den hinter Art. 73 BGG stehenden Eintretensgrundsatz des BGer, dieselbe Sache nicht zweimal zu beur-teilen (BGE 141 III 80, 81. E. 1.2; vgl. BBl 2001; 4308 zu Art. 69, heute Art. 73 BGG), verletzen.

Unseres Erachtens sollte daher die Revision des BGG dahin gehend korrigiert werden, dass die Weiterzugsmöglichkeit im Löschungsbeschwerdeverfahren mit derjenigen im Widerspruchsbeschwerdeverfahren harmonisiert wird. Dabei sollten Entscheide im Löschungsbeschwerdeverfahren ebenfalls nur bedingt weitergezogen werden können, nämlich wenn Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder aus anderen Gründen besonders bedeutende Fällen vorliegen. Eine derart harmonisierte, nur bedingte Wei-



LICENSING EXECUTIVES SOCIETY
SCHWEIZ SUISSE SVIZZERA SWITZERLAND

terzugsmöglichkeit von Markenlöschungs- und Widerspruchsverfahren des BVerG überliesse es dem BGer, seine Eintretenspraxis auf derartige Verwaltungsurteile entsprechend eng zu fassen, was dem oben genannten Eintretensgrundsatz entspräche.

3. Schlussfolgerung

Zusammenfassend ersuchen wir Sie, für das Widerspruchs- und Löschungsverfahren in Art. 73 BGG eine gleichermassen bedingte Zuständigkeit des BGer vorzusehen, nämlich nur wenn Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder aus anderen Gründen besonders bedeutende Fällen vorliegen.

Mit freundlichen Grüssen

Raymond Reuteler

Präsident der LES Schweiz



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes

1. Februar 2016

Stellungnahme von mountain wilderness (mw)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt (Organisation) zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Stellung. Als nach VBO (SR 814.076) vom Bund zur Verbandsbeschwerde berechnigte Naturschutzorganisationen ist (Organisation) durch die vorgeschlagene Änderung des VwVG in der Ausübung seines gesetzlich garantierten Verbandsbeschwerderechts stark betroffen.

1. Grundsätzliche Erwägungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet wird. **In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.**

Dies trifft aber nicht zu für die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen die **Überprüfungsbefugnis (Kognition) des Bundesverwaltungsgerichts massiv einschränken.** Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, wären nach der Revision dieses Artikels kaum mehr möglich. Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die mit Bezug auf die Frage der Unangemessenheit nicht mehr überprüft werden könnten.

Eine solche Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Natur- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision.

Wir beschränken uns im Folgenden auf diesen Art. 49 VwVG.

Hingegen begrüssen wir die Verbesserung des Verbandsbeschwerderechts, dadurch dass neu Entscheide auf dem Gebiet des Kernenergierechts nicht mehr von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen sind (Art. 83 Bst. n BGG und Art. 83 E-BGG).

2. Stellungnahme im Einzelnen zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Der heutige Art. 49 VwVG lautet:

E. Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen:

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;
- b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes;
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

Mit der Revision will man den Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

c. Unangemessenheit.

2 Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

- a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;
- b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder
- c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.

Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden, wenn es sich nicht um eine Verfügung handelt

- über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen oder
- über Sozialversicherungsleistungen

Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes, zum Beispiel BAFU, BAZL oder UVEK insbesondere im Bereich Natur- und Umweltschutz in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes und indirekt des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Heute kann gegen eine Verfügung des BAFU oder UVEK eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und dort "Unangemessenheit" geltend gemacht werden. Möglich wäre neu nur noch eine Überprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss BGer, Urteil 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG). (3.1.2)

Diese vom Bundesgericht unterstützte Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Dies hätte gerade im Natur- und Umweltschutz grosse Konsequenzen. Im Wissen darum, dass eine Überprüfung verunmöglicht ist, könnten Behörden des Bundes unangemessene Entscheide fällen, die sie heute im Wissen um die bestehende Rekursmöglichkeit nicht fällen. Es wären vermehrt auch, sagen wir es mit direkten Worten, mit unsorgfältigen Entscheiden der Bundesbehörden zu rechnen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen ist nicht nur nachteilig, sondern auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2 m.w.H.).

Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide nach der Rechtsprechung

des Bundesgerichts nur, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).

Um die Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass gerade im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein grosser Ermessensspielraum besteht. Die Behörden treffen aber gelegentlich unangemessene Entscheide.

In solchen Fällen — im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6319/2011 vom 17. September 2012 ging es beispielsweise um ein Ausführungsprojekt zur Reaktivierung des Wildtierkorridors, welches die Beschwerdeführer als ungeeignet erachteten — hatte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung primär (aber immerhin!) abzuklären, ob alle berührten Interessen ermittelt und beurteilt sowie ob die möglichen Auswirkungen des Projekts bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Gefordert war also im jenem Fall, ob es keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gibt und ob davon ausgegangen werden kann, dass die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (so auch BGE 133 II 35 E. 3; BVGE 2010/9 E. 4.3 S. 230, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1187/2011 vom 29. März 2012 E. 2 und A-1619/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 3 und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 446c f.).

Auch im Urteil A-2030/2010 betreffend Eingriffe gegen eine Brutkolonie des Kormorans in einem international bedeutenden Wasservogelschutzgebiet des Bundes hatte das Bundesverwaltungsgericht unter anderem zu prüfen, ob der Entscheid der Behörde unangemessen sei (2.1). Es kam zu folgendem Schluss¹: «Das BVGer hat diese Verfügung aufgehoben, weil sie Artikel 9 Absatz 1 der WZVV verletzt. Gemäss BVGer liegt der Schaden, den die Berufsfischer durch die Kormorane erleiden, weit unter dem vom BAFU angegebenen Wert (lediglich 2,5 % und nicht 6 % der Bruttoerträge). Dies ist nicht ausreichend, um solche Massnahmen zu rechtfertigen, die ihrerseits einen untragbaren Schaden voraussetzen. Ausserdem würden die bewilligten Massnahmen nur in beschränktem Ausmass die Bestände regulieren. Auch sind sie nicht geeignet, die Netzschäden wirksam zu vermeiden». Wäre die in der Revision vorgeschlagene Regelung im Jahre 2011 bereits in Kraft gewesen, hätte das Bundesverwaltungsgericht eine solche Unangemessenheit gar nicht überprüfen können. Es wäre äusserst stossend und rechtsstaatlich fragwürdig, wenn wegen einer unnötigen, umstrittenen und zur „Entlastung“ des Bundesverwaltungsgerichts untauglichen Revision diese

¹

http://www.bvger.ch/medien/medienmitteilungen/oo688/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6loNTUo42l2Z6lnacy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdlR6fWym162epYbg2c_jjKbNoKSn6A--

Verfügung der Behörden Rechtskraft erlangt hätte. Damit würde heute an unzähligen Orten ungerechtfertigterweise gegen eine Vogelart in national und international bedeutenden bundesrechtlichen Schutzgebieten vorgegangen.

Auch die Richterinnen und Richter insbesondere am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht sind klar gegen diese Revision (Erläuternder Bericht S. 12 ff.). Hingegen sind die Argumente des Bundesrates für die Änderung ausgesprochen dürftig.

Generell würde den verfügenden Verwaltungsbehörden nicht nur ein falsches Signal gegeben, es würden sich auch neue, völlig unnötige Diskussionen und damit Streitigkeiten ergeben zur Abgrenzung der Ermessensfragen von den Rechts- und Sachverhaltsfragen.

Die Aussage im letzten Abschnitt von Ziff. 2.3 des erläuternden Berichts würde zudem bedeuten, dass wegen der Änderung von Art. 49 VwVG allenfalls eine weitere Gesetzesänderung nötig würde, um im NHG die Überprüfung der Unangemessenheit in Sachen Naturschutz und nötigenfalls auch in anderen Gesetzen wieder zuzulassen. Das erachten wir als schlicht nicht zielführend. Nachdem «verschiedene Spezialgesetze für ihren Bereich» eine Rüge der Unangemessenheit bereits ausschliessen, ist das Problem in diesen Bereichen gelöst. In den anderen Bereichen ist, wie wir hier gezeigt haben, die Beibehaltung wichtig. Es braucht demnach keine Revision von Art. 49 VwVG.

Aus allen diesen Gründen stellen wir den Antrag, den Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrags und grüssen Sie freundlich



Dr. Katharina Conradin
Geschäftsleiterin mountain wilderness Schweiz

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Ostermundigen, den 24. Februar 2016
Ip |

BGG-Revision | Stellungnahme des Personalverbands des Bundes (PVB)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für Ihre Einladung, am Vernehmlassungsverfahren zur BGG Revision teilzunehmen. Der Personalverband des Bundes (PVB), der die Interessen von 10'000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern vertritt, nimmt wie folgt Stellung:

*I. Stellungnahme zu **Art. 25 Abs. 2 zweiter Satz** des Vernehmlassungsentwurfs (VE) des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) und zu **Art. 36 Abs. 2 dritter Satz** VE des Bundespersonalgesetzes (BPG; SR 172.220.1)*

Der PVB begrüsst die Absicht des Gesetzgebers, mit Art. 25 Abs. 2 zweiter Satz VE-BGG die interne Rekurskommission am Bundesgericht (BGer) wieder einzuführen. Das BGer hat in der Vergangenheit gute Erfahrungen mit dieser Institution gemacht; in vielen Fällen konnte eine gütliche Einigung erzielt werden. Die Kommission war im Verhältnis 3:2 mit Richterpersonen und gewählten Vertreterinnen bzw. Vertretern des Personals besetzt, wodurch das Vertrauen in sie und die Akzeptanz ihrer Entscheide gestärkt wurden.

Aufgrund der positiven Erfahrungen schlägt der PVB vor, die interne Rekurskommission wiederum mit drei Personen aus der Richterschaft und zwei Vertreterinnen oder Vertretern des Personals zu besetzen (vgl. aArt. 54 Abs. 2 des Reglements vom 20. November 2006 für das BGer; AS 2006 5653).

Unabhängig von ihrer Zusammensetzung ist (und war) die interne Rekurskommission des BGer keine richterliche Behörde im Sinn von Art. 30 Abs. 1 BV (SR 101), da es ihr an der institutionellen Unabhängigkeit fehlt (so schon BGE 123 V 109). Die mit der Justizreform mit Wirkung ab 1. Januar 2007 eingeführte (externe) Rekurskommission gemäss Art. 36 Abs. 2 BPG ist somit die erste und einzige richterliche Instanz, die Entscheide der Verwaltungskommission und des Generalsekretärs betreffend Arbeitsverhältnisse des am BGer beschäftigten Personals überprüft. Daraus folgt, dass weder das Verfahren vor der internen Rekurskommission noch jenes vor der externen Rekurskommission mit dem Beschwerdeverfahren vor dem BGer verglichen werden kann. Im Einzelnen:

1. Anfechtbare Entscheide nach Sachgebiet (Ausnahmekatalog)

Ein Ausschluss nicht vermögensrechtlicher Streitigkeiten vor der externen Rekurskommission nach Art. 36 Abs. 2 BPG kann nicht mit Verweis auf Art. 83 lit. g BGG begründet werden. Diese sachliche Ausnahme rechtfertigt sich dadurch, dass das BGer als zweite Gerichtsinstanz entscheidet. Dies ist, wie dargelegt, bei der externen Rekurskommission nicht der Fall. Die einzige sachliche Ausnahme bilden die Streitigkeiten über leistungsabhängige Lohnanteile: Sie sind gemäss Art. 36a BPG der richterlichen Kontrolle entzogen, soweit sie nicht die Gleichstellung der Geschlechter betreffen. Daraus lässt sich indessen für die interne Rekurskommission nichts ableiten. Im Interesse der Schlichtung sollten ihr alle Streitigkeiten unterbreitet werden können.

2. Streitwertgrenze

Eine analoge Anwendung von Art. 85 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 BGG für das Verfahren vor der externen Rekurskommission nach Art. 36 Abs. 2 BPG wäre mit der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV nicht vereinbar. Art. 85 BGG ist auf Verfahren zugeschnitten, welche bereits von einer gerichtlichen Instanz überprüft wurden. Die der externen Rekurskommission vorgelegten Streitigkeiten werden erstmals gerichtlich beurteilt, weshalb sie – wie bisher – keiner Streitwertgrenze unterliegen.

3. Kognition

Die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV gebietet, dass der externen Rekurskommission nach Art. 36 Abs. 2 BPG als erster und einziger Gerichtsbehörde umfassende Kognition zukommt (volle Sachverhalts- und Rechtskontrolle). Da die Kognition sich im Lauf des Instanzenzugs nicht ausweiten kann, muss auch die interne Rekurskommission nach Art. 25 Abs. 2 zweiter Satz BGG über umfassende Kognition verfügen.

II. Schlussfolgerungen und Anträge

■ **Der PVB beantragt, Art. 25 Abs. 2 VE-BGG um einen dritten Satz zu ergänzen: "Sie setzt sich aus drei Richterpersonen und zwei gewählten Vertreterinnen der Vertretern des Personals zusammen."**

Das Verfahren vor der externen Rekurskommission soll sich – da keine Analogie zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem BGer vorliegt – weiterhin nach dem Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG; SR 173.32) richten.

■ **Der PVB beantragt daher, Art. 36 Abs. 2 dritter Satz VE-BPG zu streichen und bei der bisherigen Version von Art. 36 Abs. 2 dritter Satz BPG zu bleiben.**

In der Botschaft des Bundesrates sollten die Erläuterungen zu dieser Bestimmung entsprechend den vorstehenden Überlegungen angepasst und insbesondere die Verweise auf Art. 83 und Art. 85 BGG entfernt werden.

Wir bitten Sie, unseren vorstehenden Anmerkungen Rechnung zu tragen und versichern Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, unserer vorzüglichen Hochachtung.

PVB | APC



René-Simon Meyer
Verbandspräsident



Maria Bernasconi
Generalsekretärin

Von: christine.heiniger@post.ch
Gesendet: Montag, 14. Dezember 2015 17:35
An: Perler Cornelia BJ
Cc: katrin.nussbaumer@post.ch; alain.degoumois@post.ch
Betreff: Revision Bundesgerichtsgesetz: Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Perler

Im Rahmen der laufenden Vernehmlassung nehmen wir zu den Inhalten der geplanten Revision gerne kurz Stellung wie folgt:

Die Vernehmlassungsvorlage sieht unter anderem vor, Art. 83 lit. p Ziffer 3 BGG zu streichen, so dass Streitigkeiten nach Art. 8 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 neu ebenfalls vor Bundesgericht angefochten werden können. Dies ist derzeit nicht der Fall, da Art. 83 BGG den Ausnahmenkatalog umfasst. Im Bericht wird wie folgt begründet:

„Der Ausnahmetatbestand in Ziffer 3 betreffend den Zugang zu Postfachanlagen und Adressdaten für die Zustellung von Postsendungen wird nicht mehr weitergeführt. Streitigkeiten aus gesetzlichen Bestimmungen, die den Eigentümern oder Betreibern von Infrastrukturanlagen vorschreiben, anderen Anbietern zu bestimmten Bedingungen die Nutzung ihrer Anlagen zu ermöglichen, können in der Regel bis vor Bundesgericht getragen werden. Dies gilt namentlich in Bezug auf Elektrizitätsnetze, Eisenbahninfrastruktur⁵⁴, Rohrleitungen und Verbreitungsdienstleistungen für Radio- und Fernsehprogramme.“

Die **Post unterstützt diese Streichung**, haben solche Entscheide doch massgebliche Auswirkungen in finanzieller Hinsicht. Mit Blick auf die Finanzierung der Grundversorgung, für die die Post in der Verantwortung ist, ist ein höchsttrichterlicher Entscheid angemessen.

Darüber hinaus **begrüssen wir auch den neuen Art. 83 Abs. 2 E-BGG**, gemäss welchem bei wichtigen Fragen auch in den Themen des Ausnahmekataloges das Bundesgericht angerufen werden kann.

Bei Fragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Christine Heiniger-Glur
Rechtsanwältin, LL.M.

Post CH AG
Corporate Center
Wankdorfallee 4 **(neu)**
Postfach
3030 Bern
Schweiz

Telefon +41 (0)58 386 64 68
Mobil +41 (0)79 248 81 27
Fax +41 (0)58 667 33 73
E-Mail christine.heiniger@post.ch
Internet www.post.ch

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches
Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail an
cornelia.perler@bj.admin.ch

Basel/Chur, 26. Februar 2016
Telefon direkt +41 61 317 92 46
franziska.scheuber@pronatura.ch

Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes; Stellungnahme Pro Natura im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt Pro Natura zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Stellung. Als vom Bund zur Verbandsbeschwerde berechnete Naturschutzorganisation (Verordnung über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen [VBO]) ist Pro Natura durch die vorgeschlagene Änderung des VwVG in der Ausübung ihres gesetzlich garantierten Verbandsbeschwerderechts stark betroffen.

1. Grundsätzliche Erwägungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet wird. **In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.**



Dies trifft aber nicht zu für die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen die **Überprüfungsbefugnis (Kognition) des Bundesverwaltungsgerichts massiv einschränken.** Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, wären nach der Revision dieses Artikels kaum mehr möglich. Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die mit Bezug auf die Frage der Unangemessenheit nicht mehr überprüft werden könnten. Eine solche Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Natur- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision.

Wir beschränken uns im Folgenden auf diesen Art. 49 VwVG.

Hingegen begrüssen wir die Verbesserung des Verbandsbeschwerderechts dadurch, dass neu Entscheide auf dem Gebiet des Kernenergierechts nicht mehr von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen sind (Art. 83 Bst. n BGG und Art. 83 E-BGG).

2. Stellungnahme im Einzelnen zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Der heutige Art. 49 VwVG lautet:

E. Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen:

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;
- b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes;
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

Mit der Revision will man den Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

c. Unangemessenheit.

² Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

- a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;
- b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder
- c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.



Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden, wenn es sich nicht um eine Verfügung handelt

- über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen oder
- über Sozialversicherungsleistungen

Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes, zum Beispiel BAFU, BAZL oder UVEK insbesondere im Bereich Natur- und Umweltschutz in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes und indirekt des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Heute kann gegen eine Verfügung des BAFU oder UVEK eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und dort "Unangemessenheit" geltend gemacht werden. Möglich wäre neu nur noch eine Überprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss BGer, Urteil 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG).

Diese vom Bundesgericht unterstützte Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Dies hätte gerade im Natur- und Umweltschutz grosse Konsequenzen. Im Wissen darum, dass eine Überprüfung verunmöglicht ist, könnten Behörden des Bundes unangemessene Entscheide fällen, die sie heute im Wissen um die bestehende Rekursmöglichkeit nicht fällen. Es wären vermehrt auch, sagen wir es mit direkten Worten, mit „schludrigen“ Entscheiden der Bundesbehörden zu rechnen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen ist nicht nur nachteilig, sondern auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2 m.w.H.).



Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).

Um die Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass gerade im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein grosser Ermessensspielraum besteht. Die Behörden treffen aber gelegentlich unangemessene Entscheide.

In solchen Fällen – im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6319/2011 vom 17. September 2012 ging es beispielsweise um ein Ausführungsprojekt zur Reaktivierung des Wildtierkorridors, welches die Beschwerdeführer als ungeeignet erachteten – hatte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung primär (aber immerhin!) abzuklären, ob alle berührten Interessen ermittelt und beurteilt sowie ob die möglichen Auswirkungen des Projekts bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Gefordert war also in jenem Fall, ob es keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gibt und ob davon ausgegangen werden kann, dass die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (so auch BGE 133 II 35 E. 3; BVGE 2010/9 E. 4.3 S. 230, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1187/2011 vom 29. März 2012 E. 2 und A-1619/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 3 und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 446c f.).

Auch im Urteil A-2030/2010 betreffend Eingriffe gegen eine Brutkolonie des Kormorans in einem international bedeutenden Wasservogelschutzgebiet des Bundes hatte das Bundesverwaltungsgericht unter anderem zu prüfen, ob der Entscheid der Behörde unangemessen sei (2.1). Es kam zu folgendem Schluss¹: «Das BVGer hat diese Verfügung aufgehoben, weil sie Artikel 9 Absatz 1 der WZVV verletzt. Gemäss BVGer liegt der Schaden, den die Berufsfischer durch die Kormorane erleiden, weit unter dem vom BAFU angegebenen Wert (lediglich 2,5 % und nicht 6 % der Bruttoerträge). Dies ist nicht ausreichend, um solche Massnahmen zu rechtfertigen, die ihrerseits einen untragbaren Schaden voraussetzen. Ausserdem würden die bewilligten Massnahmen nur in beschränktem Ausmass die Bestände regulieren. Auch sind sie nicht geeignet, die Netzschäden wirksam zu vermeiden». Wäre die in der Revision vorgeschlagene Regelung im Jahre 2011 bereits in Kraft gewesen, hätte das Bundesverwaltungsgericht eine solche Unangemessenheit gar nicht überprüfen können. Es wäre äusserst stossend und rechts-

1

http://www.bvger.ch/medien/medienmitteilungen/00688/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCDdIR6fWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--



staatlich fragwürdig, wenn wegen einer unnötigen, umstrittenen und zur „Entlastung“ des Bundesverwaltungsgerichts untauglichen Revision diese Verfügung der Behörden Rechtskraft erlangt hätte. Damit würde heute an unzähligen Orten ungerechtfertigterweise gegen eine Vogelart in national und international bedeutenden bundesrechtlichen Schutzgebieten vorgegangen.

Auch die Richterinnen und Richter insbesondere am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht sind klar gegen diese Revision (Erläuternder Bericht S. 12 ff.). Hingegen sind die Argumente des Bundesrates für die Änderung ausgesprochen dürftig.

Generell würde den verfügenden Verwaltungsbehörden nicht nur ein falsches Signal gegeben, es würden sich auch neue, völlig unnötige Diskussionen und damit Streitigkeiten ergeben zur Abgrenzung der Ermessensfragen von den Rechts- und Sachverhaltsfragen.

Die Aussage im letzten Abschnitt von Ziff. 2.3 des erläuternden Berichts würde zudem bedeuten, dass wegen der Änderung von Art. 49 VwVG allenfalls eine weitere Gesetzesänderung nötig würde, um im NHG die Überprüfung der Unangemessenheit in Sachen Naturschutz und nötigenfalls auch in anderen Gesetzen wieder zuzulassen. Das erachten wir als schlicht nicht zielführend. Nachdem «verschiedene Spezialgesetze für ihren Bereich» eine Rüge der Unangemessenheit bereits ausschliessen, ist das Problem in diesen Bereichen gelöst. In den anderen Bereichen ist, wie wir hier gezeigt haben, die Beibehaltung wichtig. Es braucht demnach keine Revision von Art. 49 VwVG.

Aus allen diesen Gründen stellen wir den Antrag, den Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

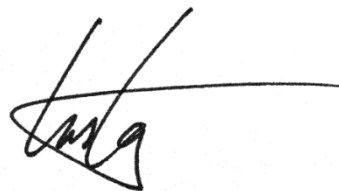
Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrags.

Mit freundlichen Grüssen

Pro Natura



Silva Semadeni
Präsidentin



Dr. Urs Leugger-Eggimann
Zentralsekretär





Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

cornelia.perler@bj.admin.ch

Bern, 25. Februar 2016

Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes Stellungnahme des Schweizer Alpen-Club SAC

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt der Schweizer Alpen-Club SAC zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Stellung. Als nach VBO (SR 814.076) vom Bund zur Verbandsbeschwerde berechnete Naturschutzorganisationen ist der SAC durch die vorgeschlagene Änderung des VwVG in der Ausübung seines gesetzlich garantierten Verbandsbeschwerderechts stark betroffen.

1 Grundsätzliche Erwägungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet wird. **In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.**

Dies trifft aber nicht zu für die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen die **Überprüfungsbefugnis (Kognition) des Bundesverwaltungsgerichts massiv einschränken. Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, wären nach der Revision dieses Artikels kaum mehr möglich.** Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die mit Bezug auf die Frage der Unangemessenheit nicht mehr überprüft werden könnten.

Eine solche Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Natur- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision.

Wir beschränken uns im Folgenden auf diesen Art. 49 VwVG.

2 Stellungnahme im Einzelnen zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Der heutige Art. 49 VwVG lautet:

E. Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen:

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;*
- b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes;*
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.*

Mit der Revision will man den Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

c. Unangemessenheit.

2 Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

- a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;*
- b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder*
- c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.*

Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden, wenn es sich nicht um eine Verfügung handelt

- über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen oder
- über Sozialversicherungsleistungen

Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes, zum Beispiel BAFU, BAZL oder UVEK insbesondere im Bereich Natur- und Umweltschutz in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes und indirekt des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Heute kann gegen eine Verfügung des BAFU oder UVEK eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und dort "Unangemessenheit" geltend gemacht werden. Möglich wäre neu nur noch eine Überprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss BGer, Urteil 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG). (3.1.2)

**Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes
Stellungnahme des Schweizer Alpen-Club SAC**

Diese vom Bundesgericht unterstützte Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Dies hätte gerade im Natur- und Umweltschutz grosse Konsequenzen. Im Wissen darum, dass eine Überprüfung verunmöglicht ist, könnten Behörden des Bundes unangemessene Entscheide fällen, die sie heute im Wissen um die bestehende Rekursmöglichkeit nicht fällen. Es wäre vermehrt auch mit unangemessenen Entscheiden der Bundesbehörden zu rechnen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen ist nicht nur nachteilig, sondern auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2 m.w.H.).

Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen). Um die Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass gerade im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein grosser Ermessensspielraum besteht. Die Behörden können aber auch unangemessene Entscheide treffen.

Auch die Richterinnen und Richter insbesondere am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht sind klar gegen diese Revision (Erläuternder Bericht S. 12 ff.). Hingegen sind die Argumente des Bundesrates für die Änderung ausgesprochen dürtig.

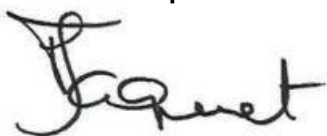
Generell würde den verfügenden Verwaltungsbehörden nicht nur ein falsches Signal gegeben, es würden sich auch neue, völlig unnötige Diskussionen und damit Streitigkeiten ergeben zur Abgrenzung der Ermessensfragen von den Rechts- und Sachverhaltsfragen.

Die Aussage im letzten Abschnitt von Ziff. 2.3 des erläuternden Berichts würde zudem bedeuten, dass wegen der Änderung von Art. 49 VwVG allenfalls eine weitere Gesetzesänderung nötig würde, um im NHG die Überprüfung der Unangemessenheit in Sachen Naturschutz und nötigenfalls auch in anderen Gesetzen wieder zuzulassen. Das erachten wir als schlicht nicht zielführend. Nachdem «verschiedene Spezialgesetze für ihren Bereich» eine Rüge der Unangemessenheit bereits ausschliessen, ist das Problem in diesen Bereichen gelöst. In den anderen Bereichen ist, wie wir hier gezeigt haben, die Beibehaltung wichtig. Es braucht demnach keine Revision von Art. 49 VwVG.

Aus allen diesen Gründen stellen wir den Antrag, den Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrags.

Freundliche Grüsse
Schweizer Alpen-Club SAC



Françoise Jaquet
Zentralpräsidentin

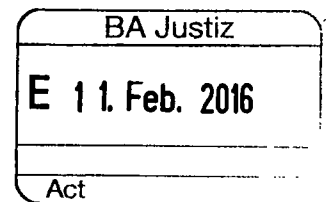


René Michel
Ressortleiter Umwelt



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail an: cornelia.perler@bj.admin.ch



Bern, 2. Februar 2016

**Betreff: Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes
Stellungnahme der Schweizer Wanderwege**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt der Dachverband Schweizer Wanderwege zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Stellung. Als nach VBO (SR 814.076) vom Bund zur Verbandsbeschwerde berechnigte Naturschutzorganisationen ist der Dachverband Schweizer Wanderwege durch die vorgeschlagene Änderung des VwVG in der Ausübung seines gesetzlich garantierten Verbandsbeschwerderechts stark betroffen.

1. Grundsätzliche Erwägungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet wird. **In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.** Diese Zusicherung ist unseres Erachtens wenig wert, denn die Gerichte werden selbst entscheiden, was eine „grundlegende Rechtsfrage“ darstellt und sich dabei kaum an allgemeine Zusicherungen in der Botschaft gebunden fühlen. Vielmehr werden sie eine eigene Praxis entwickeln. Illustrierend für diesen Umstand ist die ausgesprochen restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Damit würde ein Wechsel zu einem „Annahmeverfahren“ eingeleitet. Einem solchen steht unsere Organisation sehr skeptisch gegenüber; denn damit würde die Rechtsweggarantie in wichtigen Umweltfragen deutlich relativiert.

Noch mehr Bedenken weckt die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen die Überprüfungsbefugnis (Kognition) des Bundesverwaltungsgerichts massiv einschränken. Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, könnten nach der Revision dieses Artikels kaum mehr vor das Gericht gebracht

werden. Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die mit Bezug auf die Frage der Unangemessenheit nicht mehr überprüft werden könnten.

Eine solche Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Natur- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision. Es sei daran erinnert, dass die Frage, was zum Bereich des Ermessens gehört, wenig klar ist¹. Die Unsicherheit spricht unseres Erachtens klar dafür, die Ermessensüberprüfung wie heute zuzulassen, der Verwaltung jedoch in jenen Bereichen einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wo das Gericht keine Fachkenntnis hat (technisches Ermessen, Sachverständigenermessen usw.).

Wir beschränken uns im Folgenden auf diesen Art. 49 VwVG.

Hingegen begrüssen wir die Verbesserung des Verbandsbeschwerderechts dadurch dass neu Entscheide auf dem Gebiet des Kernenergierechts nicht mehr von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen sind (Art. 83 Bst. n BGG und Art. 83 E-BGG).

2. Stellungnahme im Einzelnen zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Der heutige Art. 49 VwVG lautet:

E. Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen:

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;
- b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes;
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

Mit der Revision will man den Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

c. Unangemessenheit.

2 Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

- a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;
- b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder
- c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.

Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden, wenn es sich nicht um eine Verfügung handelt

- über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen oder
- über Sozialversicherungsleistungen

¹ Vgl. dazu Schindler Benjamin, Verwaltungsermessen – Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürcher Habilitationsschrift, Zürich 2010; ferner: derselbe, Zur Rollenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung, in: ZBl 2013 359.

Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes, zum Beispiel ASTRA, BAFU, BAV, BAZL oder UVEK insbesondere im Bereich Natur- und Umweltschutz in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine starke Einschränkung des Rechtsschutzes und indirekt des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Heute kann gegen eine Verfügung Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und dort "Unangemessenheit" geltend gemacht werden. Möglich wäre neu nur noch eine Überprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss BGer, Urteil 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG). (3.1.2).

Diese vom Bundesgericht unterstützte Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Dies hätte gerade im Natur- und Umweltschutz grosse Konsequenzen. Im Wissen darum, dass eine Überprüfung verunmöglicht ist, könnten Behörden des Bundes vermehrt unangemessene Entscheide fällen, die sie heute im Wissen um die bestehende Rekursmöglichkeit nicht fällen (Präventivwirkung des Rechtsschutzes). Die Sorgfalt bei der Begründung der zahlreichen Ermessensentscheide würde somit nachlassen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen ist nicht nur nachteilig, sondern auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und richtigerweise «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2 m.w.H.).

Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).

Um die Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass gerade im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein grosser Ermessensspielraum besteht. Die Behörden treffen aber gelegentlich unangemessene Entscheide. Solche Fälle würden klar zunehmen; denn es gilt zu bedenken, dass die Verwaltung sehr häufig unter grossem Druck der bauinteressierten Kreise steht. Heute kann sich die Verwaltung diesem Druck unter Verweis auf die umfassende Kognition des Bundesverwaltungsgerichts erwehren – mit der Änderung wäre dem die Grundlage entzogen. Diese Sorgfalt ist aber das Fundament für die Entscheidqualität und damit auch für die Akzeptanz des Entscheids.

In solchen Fällen – im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6319/2011 vom 17. September 2012 ging es beispielsweise um ein Ausführungsprojekt zur Reaktivierung des Wildtierkorridors, welches die Beschwerdeführer als ungeeignet erachteten – hatte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung primär (aber immerhin!) abzuklären, ob alle berührten Interessen ermittelt und beurteilt sowie ob die möglichen Auswirkungen des Projekts bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Gefordert war also im jenem Fall, ob es keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gibt und ob davon ausgegangen werden kann, dass die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (so auch BGE 133 II 35 E. 3; BVGE 2010/9 E. 4.3 S. 230, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1187/2011 vom 29. März 2012 E. 2 und A-1619/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 3 und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 446c f.).

Auch im Urteil A-2030/2010 betreffend Eingriffe gegen eine Brutkolonie des Kormorans in einem international bedeutenden Wasservogelschutzgebiet des Bundes hatte das Bundesverwaltungsgericht unter anderem zu prüfen, ob der Entscheid der Behörde unangemessen sei (2.1). Es kam zu folgendem Schluss²: «Das BVGer hat diese Verfügung aufgehoben, weil sie Artikel 9 Absatz 1 der WZVV verletzt. Gemäss BVGer liegt der Schaden, den die Berufsfischer durch die Kormorane erleiden, weit unter dem vom BAFU angegeben Wert (lediglich 2,5 % und nicht 6 % der Bruttoerträge). Dies ist nicht ausreichend, um solche Massnahmen zu rechtfertigen, die ihrerseits einen untragbaren Schaden voraussetzen. Ausserdem würden die bewilligten Massnahmen nur in beschränktem Ausmass die Bestände regulieren. Auch sind sie nicht geeignet, die Netzschäden wirksam zu vermeiden». Wäre die in der Revision vorgeschlagene Regelung im Jahre 2011 bereits in Kraft gewesen, hätte das Bundesverwaltungsgericht eine solche Unangemessenheit gar nicht überprüfen können. Es wäre äusserst stossend und rechtsstaatlich fragwürdig, wenn wegen einer unnötigen, umstrittenen und zur „Entlastung“ des Bundesverwaltungsgerichts untauglichen Revision diese Verfügung der Behörden Rechtskraft erlangt hätte. Damit würde heute an unzähligen Orten ungerechtfertigterweise gegen eine Vogelart in national und international bedeutenden bundesrechtlichen Schutzgebieten vorgegangen.

Auch die Richterinnen und Richter insbesondere am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht sind klar gegen diese Revision (Erläuternder Bericht S. 12 ff.). Wir gehen davon aus, dass sie dafür gute Gründe haben und nicht einfach „Arbeit“ suchen. Hingegen sind die Argumente des Bundesrates für die Änderung unseres Erachtens eher leichtgewichtig. Dies jedenfalls dann, wenn nicht nur die Rekursfälle angeschaut, sondern auch die präventive Wirkung eines ausgebauten Rechtsschutzes und einer damit ermöglichten konsistenten Praxis berücksichtigt werden.

Generell würde den verfügenden Verwaltungsbehörden nicht nur ein falsches Signal gegeben, es würden sich auch neue, völlig unnötige Diskussionen und damit Streitigkeiten ergeben zur Abgrenzung der Ermessensfragen von den Rechts- und Sachverhaltsfragen.

Die Aussage im letzten Abschnitt von Ziff. 2.3 des erläuternden Berichts würde zudem bedeuten, dass wegen der Änderung von Art. 49 VwVG allenfalls eine weitere Gesetzesänderung nötig würde, um im NHG die Überprüfung der Unangemessenheit in Sachen Naturschutz und nötigenfalls auch in anderen

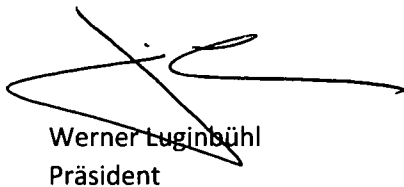
² http://www.bvger.ch/medien/medienmitteilungen/00688/index.html?lang=de&download=NHZLp-Zeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yug2Z6gpJCDdlR6fWym162epYbg2c_JiKbNoKSn6A--

Gesetzen wieder zuzulassen. Das erachten wir als nicht zielführend. Nachdem «verschiedene Spezialgesetze für ihren Bereich» eine Rüge der Unangemessenheit bereits ausschliessen, ist das Problem in diesen Bereichen gelöst. In den anderen Bereichen ist, wie wir hier gezeigt haben, die Beibehaltung wichtig. Es braucht demnach keine Revision von Art. 49 VwVG.

Aus all diesen Gründen stellen wir den Antrag, den Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrags und grüssen Sie freundlich

Schweizer Wanderwege



Werner Luginbühl
Präsident



Michael Roschi
Geschäftsführer

Kopie an: ASTRA, Bereich Langsamverkehr, 3003 Bern

Bundesamt für Justiz
Frau Cornelia Perler
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Rodersdorf, 16. Januar 2016

Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Einladung, uns im Rahmen der von Ihnen eröffneten Vernehmlassung zur geplanten Revision des Bundesgerichtsgesetzes zu äussern.

Nach Prüfung der Vorlage hat unser Vorstandsausschuss beschlossen, auf eine Eingabe zu verzichten.

Mit freundlichen Grüssen



Stephan Fuhrer



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern
cornelia.perler@bj.admin.ch

Bern, 29. Februar 2016 sgv-KI/ds

Vernehmlassung: Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Frau Perler

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Mit Schreiben vom 12. November 2015 lädt uns das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement ein, zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes Stellung zu nehmen. Der Schweizerische Gewerbeverband sgv dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Die Revision regelt unter anderem den Zugang zum Bundesgericht neu. Es soll sich künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen und bedeutenden Fällen äussern können. Das soll neu auch in Bereichen gelten, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Der Ausnahmekatalog betreffend Zugang zum Bundesgericht wurde überarbeitet. Entlastet werden soll das Gericht von Bagatellfällen. Neue Beschränkungen soll es im Strafrecht bei Bussen von weniger als 5'000 Franken für Übertretungen und im öffentlichen Recht bezüglich Einbürgerungsentscheiden (erleichterte Einbürgerung) und eines Teils der Entscheide im Ausländerrecht geben. Bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen bleibt jedoch auch hier der Zugang zum Bundesgericht gewährleistet.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgv unterstützt die Stossrichtung der Revision, lehnt aber die Beschränkung der Ermessenskontrolle des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 49 VwVG) ab. Im Einzelnen beziehen wir wie folgt Position:

Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)

Art. 49 Abs. 2 E-VwVG

Dem Bundesverwaltungsgericht steht heute eine volle Ermessenskontrolle zu. Der vorliegende Entwurf will nun eine Beschränkung auf die Rechts- und Sachverhaltskontrolle zur Regel machen. Eine wirksame Angemessenheitskontrolle soll nicht mehr erfolgen. Das hätte auch zur Folge, dass z.B. die Möglichkeit, Entscheide der Verwaltung auf ihre Angemessenheit hin überprüfen zu lassen, abgeschafft würde. Der sgv lehnt die Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts entschieden ab. Aus gewerblicher Sicht ist es zentral, dass Verwaltungsentscheide auf ihre Angemessenheit überprüft werden können. Gewerbliche Branchen sind immer wieder Partei, – sei es als Beklagte oder als Kläger.

Als Beispiel sei GastroSuisse in Urheberrechtsangelegenheiten genannt. Tarifentscheide der ESchK können ans Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden. Zudem verweisen wir auf Seite 12 der Vernehmlassungsunterlagen und stellen fest, dass weder das Bundesgericht noch das Bundesverwaltungsgericht die vorgeschlagene Revision von Art 49 Abs. 2 VwVG befürworten. Es wird die Behauptung aufgestellt, „das Bundesverwaltungsgericht könne die Angemessenheitskontrolle nicht in vollem Umfang gewährleisten“. Begründet wird diese Aussage nicht. Mit der Umsetzung des Vorschlags des Bundesrates würden Verwaltungsentscheide zweifellos noch mehr Kraft entfalten, was der sgv nicht unterstützt.

Änderungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG)

Art. 32 und 33 Bst. a und b E-VGG

Im geltenden Recht kann gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung nur in Ausnahmefällen Beschwerde ans Bundesgericht erhoben werden. Mit dem neuen Vorschlag soll ein Rechtsmittel gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung geschaffen werden, was der sgv unterstützt.

Änderungen des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Art. 79 Abs. 1 Bst. a E-BBG

Die Beschwerde in Strafsachen soll unzulässig sein gegen Verurteilungen wegen einer Übertretung, wenn eine Busse von höchstens CHF 5'000 ausgesprochen wurde und mit der Beschwerde nicht eine höhere Strafe angestrebt wird. Der sgv unterstützt diesen Vorschlag, entlastet er doch das Bundesgericht von Bagatellfällen. Wir weisen aber darauf hin, dass damit eine Ungleichbehandlung zum Jugendstrafrecht geschaffen wird, da der Höchstbetrag CHF 2'000 beträgt. Verurteilungen von Jugendlichen zu einer Busse wegen einer Übertretung könnten somit nicht mehr mit Beschwerde ans Bundesgericht angefochten werden.

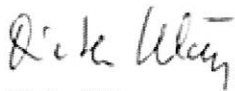
Wir danken für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, Nationalrat



Dieter Kläy
Ressortleiter

Der Sekretär: lic.iur. Chr. Winkler, c/o Staatsanwaltschaft des Kantons Zug, An der Aa 4, Postfach 1356, CH-6301 Zug
Tel.-Nr. 041 728 46 00 - Fax-Nr. 041 728 46 09 - E-Mail: christoph.winkler@zg.ch; Internet: www.skq-ssdp.ch

An das
Bundesamt für Justiz
(per Mail an: cornelia.perler@bj.admin.ch)

Bern und Zug, Ende Februar 2016

Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf das von Frau Bundesrätin Simonetta Sommaruga mit Schreiben vom 12. November 2015 eröffnete Vernehmlassungsverfahren betreffend Revision des Bundesgerichtsgesetzes erlaubt sich die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG) ebenfalls eine kurze Stellungnahme abzugeben. Wir befürworten die vorgesehene Revision und begrüssen insbesondere die in Art. 79 vorgesehenen Einschränkungen zur Beschwerde.

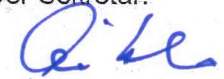
Besten Dank für Ihre geschätzte Kenntnisnahme.

SCHWEIZERISCHE
KRIMINALISTISCHE GESELLSCHAFT

Die Präsidentin:


Annemarie Hubschmid Volz

Der Sekretär:


Christoph Winkler

Le président:

Rolf Grädel, procureur général du canton de Berne
rolf.graedel@justice.be.ch

Confédération suisse
Département fédéral de
justice et police DFJP
Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Bundeshaus
3000 Bern

cornelia.perler@bj.admin.ch

Berne, le 25 janvier 2016

Avant-projet de modification de la loi sur le Tribunal fédéral Procédure de consultation – Déterminations de la CPS

Madame la Conseillère fédérale

A titre liminaire, la CPS précise qu'elle limitera ses déterminations aux modifications légales qui concernent son domaine d'activité, à savoir celles qui ont une implication en matière pénale, à l'exclusion du domaine de l'entraide pénale internationale.

I. Remarques générales

De manière générale, la CPS adhère à l'orientation des propositions de l'avant-projet destinées à permettre d'alléger la charge du Tribunal fédéral s'agissant des affaires de peu d'importance et à ouvrir la voie de recours concernant les questions juridiques de principe et les cas importants. Elle est également favorable à la généralisation de la double instance cantonale en matière pénale, par la suppression des cas

isolés dans lesquels le Tribunal fédéral est appelé à statuer en instance unique de recours.

La CPS regrette en revanche que la réforme envisagée fasse abstraction du rôle central de la jurisprudence du Tribunal fédéral depuis l'unification du droit de la procédure pénale, qui assure une interprétation similaire des dispositions de procédure dans les différents cantons. La seule réserve de la question juridique de principe, telle que prévue à l'art. 79 al. 2 AP-LTF, ne paraît pas suffisante compte tenu de l'interprétation restrictive de cette notion (cf. ATF 138 I 143 c. 1.1.2).

En outre, telle que proposée, la limitation de l'accès au Tribunal fédéral durant l'instruction ne permet pas d'éviter la multiplication des recours dans les affaires complexes, en particulier en matière financière, laquelle peut parfois conduire à un ralentissement voire à une paralysie de ce type d'enquêtes notamment en matière d'ordonnances de production de pièces ou de scellés.

II. Remarques particulières

Art. 46 AP-LTF

La CPS est d'avis que la modification proposée est incomplète dans sa formulation. A l'heure actuelle, le Tribunal fédéral reconnaît en effet dans sa jurisprudence une exception à la suspension des délais en matière de détention et de mesure de substitution, y compris leur modalité d'exécution (cf. 1B_275/2015).

Afin que les développements jurisprudentiels soient concrétisés dans la loi, la CPS propose de compléter l'art. 46 AP-LTF et d'y ajouter sous lettre f la détention provisoire, les mesures de substitution et leur modalité d'exécution.

Art. 79 AP-LTF

Comme exposé ci-dessus, l'avant-projet ne tient pas suffisamment compte du rôle que doit jouer la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'harmonisation des pratiques cantonales. Les enjeux procéduraux touchent notamment le déroulement de l'enquête, la participation à l'administration des preuves, la validité de telles preuves

ou la désignation d'un défenseur d'office. Des pratiques disparates ne sont pas admissibles, d'abord dans la perspective du respect des droits des parties, ensuite dans celle de dessaisissements intercantonaux.

La seule possibilité de pouvoir soumettre, le cas échéant, ces questions au Tribunal fédéral dans un recours contre un jugement au fond n'est pas suffisante, faute, la plupart du temps, d'un intérêt réel et concret encore actuel. En outre, l'admission d'un recours au fond pour des questions portant sur la validité de preuves ou d'autres mesures d'instruction, qui n'auraient pas pu être soumises préalablement au Tribunal fédéral, pourrait avoir pour conséquence de mettre à néant des pans entiers de l'instruction avec des effets irrémédiables en cas d'acquisition de la prescription.

La CPS propose dès lors d'ajouter une exception supplémentaire à l'art. 79 al. 2 AP-LTF, en ce sens que le recours est recevable si la contestation porte sur une question qui exige, pour le respect des droits procéduraux des parties, une pratique harmonisée sur le plan fédéral.

Art. 79 al. 1 let. b AP-LTF

L'art. 79 al. 1 let. b AP-LTF introduit une nouvelle voie de recours au Tribunal fédéral à l'encontre des décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral portant sur les classements rendus par le Ministère public de la Confédération. La CPS constate que depuis l'unification du droit de procédure, les ordonnances de classement des ministères publics des cantons peuvent être portées devant l'autorité de recours cantonale, puis devant le Tribunal fédéral. Dès lors qu'il s'agit de décisions finales qui mettent un terme définitif à la procédure, à l'instar d'un acquittement, la CPS considère que cette modification est justifiée dans un but de sécurité du droit. Au demeurant et par analogie avec les enquêtes menées dans les cantons, rien ne paraît justifier d'exclure la double instance au seul motif que la procédure s'est déroulée devant les autorités de poursuite de la Confédération.

Art. 79 al. 1 let. c AP-LTF

L'art. 79 al. 1 let. c AP-LTF exclut le recours au Tribunal fédéral contre les ordonnances de non-entrée en matière rendues par le Ministère public. La CPS considère que ce choix est judicieux. Dans ces cas, la pratique montre que les recours sont

toujours rejetés par le Tribunal fédéral sauf à de très rares exceptions. La réserve de l'alinéa 2 apparaît dès lors comme suffisante pour permettre l'examen par notre Haute Cour dans des cas particulièrement importants ou soulevant une question juridique de principe.

L'avant-projet prévoit par ailleurs l'admissibilité du recours au Tribunal fédéral contre toutes les mesures de contrainte. Dans les affaires complexes, en particulier financières, les voies de recours sont parfois utilisées dans le but d'entraver l'enquête et de la retarder, notamment en matière de production de pièces ou de levée de scellés. Une solution pourrait consister à exclure le recours devant le Tribunal fédéral pour ce type de mesures de contrainte, tant durant l'enquête que contre le jugement au fond, sous réserve de la recevabilité résultant du caractère de principe de la question juridique ou de l'importance du cas.

Art. 79a AP-LTF

La CPS adhère à la proposition d'art. 79a AP-LTF.

La lettre b de la variante prévoyant une valeur litigieuse minimale en cas d'indemnité ou réparation du tort moral prononcé à charge de l'Etat n'est pas satisfaisante. Depuis l'unification du droit de procédure, l'interprétation et les limites des art. 429 et 431 CPP ont donné lieu à une jurisprudence importante du Tribunal fédéral, sans pour autant que toutes les questions soulevées par l'application de cette disposition aient trouvé des réponses claires. Il existe donc une véritable nécessité de permettre le recours au Tribunal fédéral, tant du Ministère public que du prévenu, s'agissant des indemnités allouées à celui-ci. Le fait que ces indemnités sont payées au moyen des deniers publics, et en grande partie soustraites à la compensation avec des créances de l'Etat, selon le droit actuel, doit également être pris en considération. La recevabilité exceptionnelle aux conditions de l'alinéa 2 n'est à cet égard pas suffisante.

Art. 80 al. 2 AP-LTF

La CPS souscrit pleinement à la modification envisagée pour cette disposition, tout comme pour son corollaire dans le CPP. Celle-ci généralise le principe de la double instance qui permettra de décharger le Tribunal fédéral au profit des Tribunaux supé-

rieurs des cantons et du Tribunal pénal fédéral. On relèvera que le projet n'aura quasiment aucune incidence en matière de récusation, puisque les décisions sont rendues par les autorités de recours ou d'appel au sens de l'art. 59 al. 1 let. b et c CPP.

Art. 81 al. 1 let. b ch. 5 AP-LTF

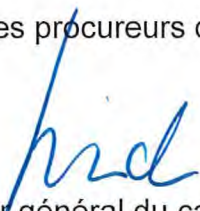
La CPS observe que la formulation proposée à l'art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF est ambiguë et qu'elle ne paraît pas limiter le droit des parties plaignantes qui ne sont pas victimes, ni restreindre les moyens invoqués au seul droit matériel et non procédural, alors que ce but semble poursuivi par le rapport explicatif. On relèvera notamment que la notion de décision statuant « matériellement » sur la plainte n'est pas définie et qu'elle ne trouve pas d'équivalent dans le CP ou le CPP. Dans le droit actuel, la voie de recours est ouverte tant à la partie plaignante qu'à la victime et est restreinte aux cas où la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles. La CPS estime que le maintien du droit en vigueur est préférable à la solution proposée par l'avant-projet, qui apporte plus de confusion que d'amélioration.

Art. 81 al. 4 AP-LTF

La CPS adhère également à cette modification. En matière d'exécution des peines et mesures, la compétence et la légitimité pour recourir au Tribunal fédéral incombe en premier lieu aux autorités d'exécution. Cette réforme permettra de ramener à des cas exceptionnels ceux dans lesquels, en raison d'un intérêt public, de sécurité ou de politique criminelle prépondérante, le Ministère public sera amené à faire usage de la voie de droit au Tribunal fédéral tel que retenu à l'ATF 6B_664/2013.

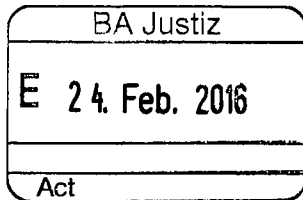
Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à notre respectueuse considération.

Pour la Conférence des procureurs de Suisse (SSK | CPS)



Rolf Grädel, Procureur général du canton de Berne, Président

Präsident **Roy Garré, Bundesstrafrichter, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
Tel. 091 822 62 62, E-Mail: roy.garre@bstger.ch
Sekretariat **Miro Dangubic, Bundesstrafgericht, Viale Stefano Franscini 7, Postfach 2720, 6501 Bellinzona**
Tel. 091 822 62 40, E-Mail: miro.dangubic@bstger.ch, info@svr-asm.ch; www.svr-asm.ch



Per E-Mail und Per A-Post

Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Bellinzona, den 23. Februar 2016

Bundesgerichtsgesetz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, am Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes teilnehmen zu können.

Die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter begrüsst die Stossrichtung der Revision, welche bezweckt, das Bundesgericht in seiner Hauptaufgabe und verfassungsrechtlichen Stellung als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes zu stärken. Die Judikative in den Kantonen ist heute in allen Rechtsgebieten sehr gut ausgebaut und die kantonale Rechtsprechung ist von hoher Qualität. Es ist daher sachgerecht, wenn sich das Bundesgericht darauf konzentrieren kann, die Einheit der Rechtsprechung in allen wesentlichen Rechtsgebieten zu gewährleisten und das Recht fortzubilden. Dieses Anliegen wird mit dem Revisionsentwurf weitgehend sehr gut umgesetzt. Wir erlauben uns, auf einige Einzelpunkte des Entwurfs detaillierter einzugehen, bei denen unseres Erachtens noch Änderungsbedarf besteht.

Art. 73 BGG

Im Markenrecht sollte der Rechtsweg ans Bundesgericht für Widerspruchs- und Lösungsverfahren identisch geregelt werden, d.h. die Beschwerde sollte jeweils nur zulässig sein bei Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung oder aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fällen.

Art. 83 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGG

Im Bericht zur Vorlage wird nicht dargelegt, aufgrund welcher Überlegungen die Beschränkungen der Beschwerde an das Bundesgericht auf Fälle, in denen sich Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung stellen oder in denen aus anderen Gründen ein besonders bedeutsamer Fall vorliegt, nicht auch bei längeren Aufenthaltsdauern oder Entzug von

Niederlassungsbewilligungen sachgerecht wäre: Das Ziel der Reform ist die Entlastung des Bundesgerichts und die Verwesentlichung seiner Tätigkeit, d.h. im Ausländerrecht insbesondere die Sicherstellung der rechtsgleichen Gesetzesanwendung durch die Vorinstanzen; im Ausländerrecht kennen in der Regel die Kantone zwei Vorinstanzen, welche sich zudem auf eine reiche Rechtsprechung des Bundesgerichts abstützen können und deren Hauptaufgabe zumeist darin besteht, die Interessenabwägung (zwischen privaten und öffentlichen Interessen) vorzunehmen; es kann nicht (stufengerechte) Aufgabe des Bundesgerichts sein, als dritte Instanz diese Interessenabwägung ein weiteres Mal zu überprüfen, steht es ihm doch auf jeden Fall offen, bei ungleichen Praxen der Vorinstanzen korrigierenden einzugreifen.

Art. 82 Abs. 1 lit. o BGG

Der Ausnahmekatalog von Art. 82 soll Beschwerden an das Bundesgericht ausschliessen, wenn sich die Behandlung durch das Bundegericht sachlich – gemessen an der Zielsetzung, das Bundesgericht in seiner Hauptaufgabe und verfassungsrechtlichen Stellung als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes zu stärken – nicht begründen lässt. Die damit verbundene Entlastung des Bundesgerichts ist (lediglich) ein – wenn auch nicht unerheblicher – Nebeneffekt. Der Umstand, dass Beschwerden nur sehr selten sind, stellt daher keine relevante Begründung dafür dar, die in lit. o geregelten Fälle aus dem Ausnahmekatalog zu entfernen.

Art. 84 BGG

Unseres Erachtens ist die mit der unterbreiteten Vorlage verfolgte Zielsetzung der Stärkung des Bundesgerichts als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes unabhängig von der Diskussion zur Neuregelung der Asylverfahren. Ungeachtet der dort getroffenen Lösungen, sollte sichergestellt werden, dass das Bundesgericht auch im Asylbereich letztinstanzlich zuständig ist, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt und das Bundesverwaltungsgericht dies im angefochtenen Entscheid festgestellt hat. In Abs. 2 ist daher der Verweis „Buchstabe b“ zu streichen.

Art. 49 VwVG

Die Ausübung der Ermessenskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht ist etabliert und hat sich bewährt. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb in diesem Punkt eine Änderung erfolgen soll, umso mehr als sich das Bundesverwaltungsgericht selber für die Beibehaltung der bisherigen Lösung ausgesprochen hat und zudem mit der vorgeschlagenen Änderung eine Differenz der Kognition zwischen dem Bundesverwaltungsgericht und den – grundsätzlich im Instanzenzug gleichgeordneten – kantonalen Verwaltungsgerichten geschaffen wird.

Abschliessend bedanken wir uns nochmals für die Möglichkeit, Stellung nehmen zu können, und verbleiben mit freundlichen Grüßen.

Roy Garré
Präsident

Thomas Stadelmann
Vorstandsmitglied



SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG ZUM SCHUTZ DES GEISTIGEN EIGENTUMS
ASSOCIATION SUISSE POUR LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
www.aippi.ch

cornelia.perler@bj.admin.ch
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zürich, 10. März 2016

Vernehmlassung von AIPPI Schweiz zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015 im Rahmen der geplanten Revision des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Zur geplanten Revision des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) möchten wir folgende Stellungnahme einreichen. Für die verspätete Eingabe entschuldigen wir uns höflich.

Als Organisation, die sich der Weiterentwicklung des Immaterialgüterrechtes widmet, werden wir uns auf Punkte beschränken, welche unsere Mitglieder direkt betreffen. Wir nehmen deshalb nur zu Art. 93b E-BGG – Vorsorgliche Massnahmen Stellung.

1. Beschränkte Beschwerdegründe gegen Massnahmeentscheide

Nach jetziger Rechtslage (Art. 98 BGG - Beschränkte Beschwerdegründe) kann mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.

Im Entwurf zur Revision des BGG sollen im Zuge der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde auch die Einschränkungen bei Beschwerden gegen Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen revidiert werden. Nach Art. 93b E-BGG sollen Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen neu nur zulässig sein, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.

www.aippi.ch
mail: postmaster@aippi.ch

Präsidentin:
Dr. Lorenza Ferrari Hofer
Pestalozzi Rechtsanwälte AG
Löwenstr. 1, 8001 Zürich
Telefon 044 217 91 11
Telefax 044 217 92 17

Sekretär:
Gilles Pfend, Ph.D.
KATZAROV SA
rue des Epinettes 19, 1227 Geneva
Telefon 022 342 66 30
Telefax 022 342 66 15

Kassier:
Beat Rauber
F. Hoffmann-La Roche AG
Grenzacherstr. 124, 4070 Basel
Telefon 061 688 35 31
Telefax 061 688 13 95

Bei dieser Revision wird die Gelegenheit versäumt, den Anwendungsbereich dieser einschränkenden Voraussetzungen genauer zu definieren, was angesichts der Bedeutung von Massnahmeentscheiden, gerade im Bereich des Immaterialgüterrechts, bedauerlich ist.

2. Grundsätzliche Überlegungen zu Beschränkungen bei Beschwerden gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen

Die vorsorglichen Massnahmen, um die es in Art. 98 BGG und Art. 93b E-BGG geht, sind Entscheide, die eine rechtliche Frage so lange regeln, bis über sie in einem späteren Hauptentscheid definitiv entschieden wird (A. STAEHELIN/D. STAEHELIN/P. GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 22 N 1 mwH). „Entscheide, die vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer des Hauptverfahrens Bestand haben bzw. unter der Bedingung, dass ein Hauptverfahren eingeleitet wird, stellen Zwischenentscheide im Sinne von Art. 93 BGG dar“ (Urteil 4A_362/2014 vom 15. Dezember 2014 E.1.1). Andere Entscheide, deren Bestand nicht von der Dauer eines Hauptverfahrens oder von deren Einleitung abhängig ist, gelten nach dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts als Endentscheide, auch wenn sie vorsorgliche Massnahmen betreffen.

Die Beschränkung bei Beschwerden gegen Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen hängt also eng mit der zeitlich begrenzten Rechtswirkung und mit der Verknüpfung mit dem nachfolgenden Hauptentscheid zusammen: Mit der Beschränkung der Kognition (gemäss BGG) resp. den Zulässigkeitskriterien (gemäss E-BGG) bei Beschwerden gegen Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen soll verhindert werden, dass sich das Bundesgericht mehrmals mit identischen Fragen in derselben Angelegenheit befassen muss (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4336). Dies wird dadurch gerechtfertigt, dass eine spätere Überprüfung des Endentscheids durch das Bundesgericht unter dem Rügespektrum der Art. 95-97 BGG erfolgt resp. jedenfalls erfolgen kann (BSK BGG-SCHOTT, BGG 98 N 10). Wo eine solche Überprüfung nicht möglich ist, fehlt der Kognitionsbeschränkung gemäss Art. 98 BGG resp. fehlen den Zulässigkeitskriterien gemäss Art. 93b E-BGG die Legitimation.

Ein Teil der Lehre zum geltenden Recht verlangt sogar, dass immer dann, wenn die Streitsache nicht in einem anschliessenden Hauptverfahren nochmals geprüft wird, die Kognitionsbeschränkung von Art. 98 BGG (trotz ihrem Wortlaut) keine Anwendung findet (P. REETZ, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher OGer und HGer, SJZ 2007, 29-41, 32). D.h. wenn einem Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen kein Hauptverfahren folgt, liegt ein Endentscheid vor, auf den Art. 98 BGG resp. 93b E-BGG (trotz dem Wortlaut) nicht anwendbar ist.

3. Uneingeschränkte Beschwerde gegen Abweisungen eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen

Die Kognitionsbeschränkung resp. die Zulässigkeitskriterien sind also bei einem ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gutheissenden Entscheid anwendbar, da

ein solcher Entscheid zwingend prosequiert werden muss, ansonsten er ohne weiteres dahinfällt. In diesem zwingend nachfolgenden Hauptverfahren kann und muss der Massnahmeentscheid überprüft werden, und gegen den dieses Hauptverfahren abschliessenden Endentscheid ist dann eine Beschwerde ans Bundesgericht ohne Kognitionsbeschränkung resp. Zulässigkeitskriterien möglich (wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind).

Die Geltung eines Entscheids, mit dem ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen wird, ist dagegen nicht von einem späteren Hauptverfahren abhängig. Die Abweisung eines solchen Gesuchs führt nicht, oder jedenfalls nicht zwingend, zu einem Hauptverfahren, in welchem der Massnahmenentscheid überprüft werden könnte und zu einem neuen, das Hauptverfahren abschliessenden Entscheid, gegen den eine Beschwerde ans Bundesgericht ohne Zulässigkeitskriterien möglich wäre (wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind).

Entsprechend ist schon unter dem geltenden Recht umstritten, ob auch ein das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme abweisender Entscheid unter Art. 98 BGG fällt, was zur Beschränkung der Rügen auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte führt. Das Bundesgericht hat Art. 98 BGG gegen einen ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme abweisenden Entscheid (im zitierten BGer Urteil 4A_362/2014, E. 1.2 vom 15. Dezember 2014) angewandt, die Beschwerde gegen einen solchen Entscheid dagegen (im BGE 138 III 76, E. 1.2 – „Schlammzuführung“, wo es zur Begründung auf BGer Urteil 5A_433/2007 vom 18. September 2007 E. 1 [nicht publiziert in BGE 133 III 638] verweist) ohne Einschränkungen gemäss Art. 98 BGG zugelassen.

Vom Ergebnis her betrachtet stellen Entscheide, mit denen ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ausserhalb eines Hauptverfahrens abgewiesen wird, immer Endentscheide dar. Wenn der Gesuchsteller in der Folge ein Hauptsacheverfahren einleitet, ist dieses vom Massnahmeverfahren grundsätzlich unabhängig, dafür gilt keine Frist, und dessen Nicht-Einleitung hat keine Folgen. Art. 93b E-BGG soll also nach unserem Dafürhalten für Entscheide, mit denen ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ausserhalb eines Hauptverfahrens abgewiesen wird, nicht gelten. Für solche Entscheide soll das Beschwerderecht gemäss Art. 90 BGG ohne die Einschränkung von Art. 93b E-BGG resp. nur nach anderswo im Gesetz vorgesehenen Beschränkungen (s. Art. 74 Abs. 2 lit. a) gelten.

4. Keine Einschränkung der Beschwerde bei fehlender *double instance*

Immaterialgüterrechtliche Massnahmeentscheide schliessen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ein Streitverfahren ab. Das BPatGer erledigte im Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis 31. August 2015 24% (25 von 125) aller eingeleiteten Verfahren (vorsorgliche Massnahmeverfahren und ordentliche Verfahren zusammengerechnet) durch Urteil (Präsentation Dieter Brändle und Tobias Bremi „Das «Einheitliche Patentgericht» der Schweiz“ 25. September 2015, GRUR, Freiburg). Dabei wurden in den Jahren 2012 bis 2014 58% (15 von 26 Erledigungen) der Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen durch Urteil resp. Nichteintretensentscheid erledigt, dagegen nur 16% (9 von 55 Erledigungen) der ordentlichen Verfahren (Geschäftsberichte 2012, 2013 und 2014 des

Bundespatentgerichts). Die Quote der Erledigungen im ordentlichen Verfahren durch Urteil (Sachurteil, ohne Nichteintretensentscheide) beträgt sogar nur 7 % (4 von total 55).

Beim Handelsgericht Zürich werden durchschnittlich 23% aller Fälle im ordentlichen Verfahren (2013: 57 von 252 Erledigungen, 2014: 63 von 262 Erledigungen) durch Urteil erledigt (Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich 2014).

Dies bedeutet, dass in solchen Verfahren in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle keine Überprüfung des Entscheids betr. Erlass von vorsorglichen Massnahmen durch ein Urteil im ordentlichen Verfahren erfolgt, und dass in diesen Fällen entsprechend auch keine Überprüfung der für den Verfahrensausgang entscheidenden Gesichtspunkte durch das BGer möglich ist.

Massnahmeentscheide des BPatGer, der kantonalen Gerichte, die gemäss Bundesgesetz als einzige kantonale Instanzen fungieren, und der Fachgerichte, die handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz entscheiden, sind *de facto* in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle Endentscheide, und auf sie sollte Art. 93b E-BGG ebenfalls nicht anwendbar sein.

Bei einer Beschränkung der Kognition auf Fragen, bei denen sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt (ebenso wie heute schon die Beschränkungen auf Verletzung verfassungsmässiger Rechte) befürchten wir negative Konsequenzen. Davon seien hier zwei erwähnt:

a) Es können sich verschiedene kantonale Übungen etablieren. Dies widerspricht dem gesetzgeberischen Ziel, mit der Einführung der schweizerischen ZPO "die lokale[n] Gerichtsinstanzen, die nur Ortsansässige zuverlässig kennen" und welche die Freizügigkeit der Anwälte behindern, abzuschaffen (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7229). Es bedarf einer einzigen Rechtsmittelinstanz mit voller (rechtlicher) Kognition, um die Vereinheitlichung der Prozessordnung in der Praxis zu gewährleisten.

b) Die Nichtüberprüfbarkeit von kantonalen Entscheiden, welche *de facto* die überwiegende Mehrheit der anhängig gemachten Verfahren abschliessen, bedeutet, dass sich das BGer aus denjenigen Rechtsgebieten zurück zieht, welche durch das BPatGer, einzige kantonale Instanzen nach Bundesrecht und durch Handelsgerichte nach kantonalem Recht entschieden werden.

Ein kantonaler Entscheid kann Bundesrecht verletzen, ohne dass die derart bundesrechtswidrig begründete Frage von grundsätzlicher Bedeutung wäre oder ein besonders bedeutender Fall vorläge. Die beschränkte Kognition nach Art. 93b E-BGG ist daher nicht geeignet, die Einheit der Rechtsordnung zu gewährleisten.

5. Kriterien der Zulässigkeit für Beschwerden bei Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen

Wir anerkennen, dass durch die Revision das eher zufällige Kriterium, ob die sich stellende Frage eine verfassungsrechtliche ist, durch die an sich sachnäheren Kriterien der

grundsätzlichen Bedeutung der sich stellenden Rechtsfrage und der besonderen Bedeutung des Falles ersetzt werden soll. Wir weisen allerdings darauf hin, dass diese Kriterien für den Rechtssuchende wenig voraussehbar sind.

Insbesondere dürfte es weder den Rechtssuchenden noch dem Bundesgericht bekannt sein, wenn sich kantonal unterschiedliche Praktiken oder Praktiken des BPatGer ergeben, die von denjenigen anderer Instanzen ohne sachlichen Grund abweichen.

Diese Umstände sind insbesondere dort stossend, wo Massnahmeentscheide wie oben ausgeführt *de facto* als Endentscheide wirken und es an der *double instance* fehlt.

6. Abschliessende Bemerkungen

Die vorgesehene Änderung der Beschwerdegründe führt zu einer Beschränkung der Rechtsmittel im Bereich des Immaterialgüterrechts resp. verschärft eine solche, was mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK schwer zu vereinbaren sein könnte.

Wir schlagen deshalb vor, Art. 93b E-BGG durch einen neuen Absatz 2 zu ergänzen, der folgendermassen lauten könnte:

Art. 93b Vorsorgliche Massnahmen

Die Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.

Abs. 1 gilt nicht für Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, mit denen ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ausserhalb eines Hauptverfahrens ganz oder teilweise abgewiesen wird, sowie Entscheide über vorsorgliche Massnahmen des Bundespatentgerichts und der Gerichte gemäss Art. 75 Abs. 2 lit. a und b BGG. Solche Entscheide gelten als Endentscheide gemäss Art. 90 BGG.

Mit vorzüglicher Hochachtung

AIPPI Schweiz



Dr. Reinhard Oertli
Vorstandsmitglied AIPPI Schweiz

Département fédéral de justice et
police (DFJP)
Office fédéral de la justice (OFJ)
Domaine de direction Droit public
Bundesrain 20
3003 Berne

Envoyé par courriel à :

cornelia.perler@bj.admin.ch

RR/as/jsa

312

Berne, le 23 février 2016

Vernehmlassung: Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Consultation : Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats sur la révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)

Madame la Conseillère fédérale,

Mesdames, Messieurs,

Mit Schreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 12. November 2015 wurde unter anderem der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) eingeladen, zum Vernehmlassungsentwurf für obgenannte Vorlage Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit und äussern uns zu den geplanten Änderungen wie folgt:

Der SAV unterstützt grundsätzlich Bestrebungen welche dazu beitragen, Verbesserungen im

Verfahren vor dem Bundesgericht zu bewirken. Insbesondere anerkennt der SAV, dass die heutige Situation insofern unbefriedigend ist, als das Bundesgericht zufolge partieller Fehlbelastungen nicht immer in der Lage ist, seine Aufgabe zu erfüllen, nämlich als oberste Rechtspflegeinstanz im Bundesstaat für eine einheitliche Rechtsauslegung in den 26 Kantonen zu sorgen. Mit den nachfolgenden zum Teil kritischen Bemerkungen will der SAV keinesfalls diese Bemühungen zum Erliegen bringen, im Gegenteil: Der SAV ist der Meinung, dass das BGG als ausschliessliches Expertengesetz von den in erster Linie beteiligten Experten (Bundesgericht, Strafverfolgungsbehörden, Bundesamt für Justiz und SAV) gestützt auf das Ergebnis der eingehenden Vernehmlassungen auf Verbesserungsmöglichkeiten hin geprüft werden sollte. In diesem Sinne wollen wir die nachfolgende Kritik als konstruktiv in dem Sinn verstanden wissen, als dass die Reformbestrebungen nicht eingestellt, sondern basierend auf den einflussenden Erkenntnissen weitergeführt werden sollten.

A) Le recours en matière pénale

I. Remarque introductive

A lire le rapport sur le projet de modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), l'un des trois buts poursuivi par l'Office fédéral de la justice (OFJ) de « **décharger efficacement et durablement le Tribunal fédéral et garantir ainsi son bon fonctionnement** »¹.

A mieux lire ce rapport, il n'est pas fait état d'une surcharge actuelle du Tribunal fédéral (TF ci-après) mais future en raison de l'élargissement de son accès dans le domaine de l'assistance administrative internationale et de l'asile² dont il y a évidemment lieu de se réjouir mais qui aurait comme « corolaire » le rétrécissement drastique de l'accès au TF par les parties à une procédure pénale.

Au risque d'énoncer une évidence, le principal but poursuivi par les modifications envisagées pourrait être atteint en augmentant simplement les effectifs du TF, sans avoir donc à limiter l'accès des parties à une procédure pénale à notre haute cour.

Les modifications envisagées seront abordées ci-après dans le détail, mais la Fédération Suisse des Avocats (FSA) **désapprouve** de manière générale le fait que des parties à une procédure pénale (partie plaignante, victime ou auteur) – et donc par définition des justiciables qui ont affaire à la justice pour des faits très souvent de première importance et ayant trait à leur sphère privée, sinon intime – voient leurs droits limités au seul (ou presque) motif de décharger une autorité judiciaire.

II. Modifications proposées

a) Art. 78 al. 2 let. a. LTF / Le recours en matière pénale : principe

La version actuelle de l'art. 78 al. 2 let. a. LTF se lit comme suit : « *Sont également sujettes au recours en matière pénale : les décisions sur les prétentions civiles qui doivent être jugées en même temps que la cause pénale* ».

La modification proposée de la lettre a. de l'alinéa 2 de cet article est la suivante :
« *Sont également sujettes au recours en matière pénale : les décisions sur les*

¹ Rapport, p. 3, § 1.1 (nous mettons en évidence).

² Rapport, p. 4, § 2.1.1.

prétentions civiles que l'autorité précédente devait juger en même temps que la cause pénale ».

La nouvelle formulation cristallise la jurisprudence du TF³, élimine une incertitude et est donc **à saluer**.

b) Art. 79 LTF : Exception

La version actuelle de l'art. 79 LTF est la suivante : « *Le recours est irrecevable contre les décisions de la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, sauf si elles portent sur des mesures de contrainte* ».

La nouvelle version proposée de cet article est, quant à elle, la suivante :

« 1. *Le recours est irrecevable contre :*

- a. *Les condamnations en raison d'une contravention, sauf si une amende supérieure à 5'000 francs a été prononcée ou si le recours vise le prononcé d'une peine plus lourde ;*
 - b. *Les décisions des cours des plaintes du Tribunal pénal fédéral qui ne portent ni sur des mesures de contrainte ni sur une ordonnance de classement ;*
 - c. *Les décisions des autorités cantonales de recours rendues en vertu de l'art. 20 du code de procédure pénale qui ne portent ni sur des mesures de contrainte ni sur une ordonnance de classement.*
2. *Même dans les cas visés à l'al. 1, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important* ».

La première nouvelle exception (**let. a.**) à l'accès au TF en matière pénale concerne les condamnations pour contravention, lorsque l'amende n'excède pas CHF 5'000.- et que le recours ne vise pas le prononcé d'une peine plus lourde.

Pour mémoire, les contraventions sont les infractions passibles d'une amende et non d'une peine privative de liberté, ni d'une peine pécuniaire (calculée en jours-amende : art. 10 et 103 CP). Selon les dispositions actuelles relatives au casier judiciaire, les amendes pour contravention de CHF 5'000 au plus n'y sont, en règle générale, pas enregistrées (art. 3 al. 1 let. c et d de l'Ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire). A noter que, selon l'art. 106 al. 2 CP, le juge pénal prononce une peine privative de liberté de substitution d'un jour au moins et de trois mois au plus. Il n'est pas ici question que d'argent.

Cette nouvelle exception **ne se justifie pas** à notre sens.

Une condamnation pénale (même) à une amende (qui n'emporterait pas inscription au casier judiciaire mais exposerait ultimement à une peine privative de liberté) est et reste une affaire de première importance pour un justiciable, respectivement qui pose souvent des questions juridiques complexes (sans rapport avec la quotité de l'amende). On peut penser, par exemple, aux infractions à la Loi sur la circulation

³ ATF 133 III 701.

routière, à la Loi sur la concurrence déloyale ou encore à la Loi sur les Bourses.

A noter que lors de l'élaboration de la LTF, le Conseil fédéral avait suggéré d'instaurer des nouvelles exceptions à la recevabilité du recours en matière pénale, notamment en ce qui concernait la valeur litigieuse des prétentions civiles et des valeurs minimales relatives aux montants infligés par des amendes et des peines pécuniaires⁴. A l'occasion des débats parlementaires, cette restriction à l'accès au TF a suscité des réserves et le Conseil fédéral lui-même avait finalement proposé d'y renoncer en considérant que l'effet de décharge était faible⁵.

La deuxième et la troisième exception (**let. b. et c.**) envisagées conduiraient à ce que les décisions des autorités cantonales de recours (art. 20 CPP) et du Tribunal pénal fédéral (c'est déjà le cas aujourd'hui, comme vu *supra*⁶) soient en principe définitives, à moins qu'elles ne concernent des mesures de contrainte ou qu'il s'agisse de décisions de classement.

Ces deux exceptions **ne se justifient pas** non plus.

Pour mémoire, le CPP est entré en vigueur en janvier 2011 et est donc un code « jeune ». Le TF a dû beaucoup œuvrer à son interprétation, lorsqu'il ne s'est pas agi pour lui de combler des lacunes. Au risque d'énoncer une évidence, l'application du CPP doit être uniforme en Suisse et seul le TF est en mesure de faire en sorte que cela soit bien le cas.

Par ailleurs, les décisions prises sur recours par les tribunaux cantonaux ou par le Tribunal pénal fédéral portent sur des questions de procédure qui sont fondamentales pour le respect d'une instruction et d'un procès équitables. Ces décisions sont pour la plupart soumises à un seul degré de juridiction, voire sont prises par un tribunal en tant qu'instance cantonale unique⁷. Empêcher l'accès au TF pour les décisions prises sur recours, au sens de l'art. 20 CPP, par les tribunaux cantonaux ou le Tribunal pénal fédéral, et donc qu'un justiciable ne puisse pas faire contrôler des décisions d'un tribunal par un autre tribunal, ce qui n'est pas concevable en matière de procédure pénale.

L'exception aux trois exceptions (**al. 2**) qui prévoit que, si le recours soulève une question de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important, il sera recevable, n'enlève rien aux considérations qui précèdent.

La notion de question de principe et de cas particulièrement important est bien trop vague.

L'actuel art. 84 LTF est une disposition similaire, qui conduit à l'irrecevabilité de la majorité, sinon la quasi-totalité des recours au TF en matière d'entraide pénale

⁴ FF 2001 4112.

⁵ Corboz/Wurburger/Ferrari/Frésard/Girardin (éds.), Commentaire de la LTF, 2ème édition, Berne 2014, ad art. 79 N 3.

⁶ Art. 79 LTF, dont la conformité à l'exigence du double degré de juridiction exigé par la CEDH est plus que discutable.

⁷ Notamment les décisions du Tribunal des mesures de contraintes non sujettes à recours (art. 393 al. 1 let. c. CPP).

internationale⁸. En matière pénale et de procédure pénale, **une disposition de ce type n'est pas souhaitable.**

A noter enfin, et surtout, que l'une des autres modifications envisagées est de supprimer le recours constitutionnel subsidiaire (le chapitre 5 de la LTF serait abrogé dans son entier). A bien comprendre le rapport de l'OFJ, le recours constitutionnel subsidiaire serait « remplacé » par la règle permettant d'interjeter un recours au TF s'il soulève une question juridique de principe ou s'il porte sur un cas particulièrement important, nonobstant les valeurs litigieuses et les exceptions visées aux art. 73, 79 et 83 LTF.

Aussi, dans le cadre du recours en matière pénale, il ne sera ainsi pas possible pour un justiciable se trouvant dans une des exceptions prévues par le nouvel art. 79 al. 2 LTF de se plaindre d'une violation de ses droits constitutionnels et fondamentaux, respectivement de la constatation des faits et/ou de l'application du droit arbitraires.

En matière pénale et de procédure pénale, **cela n'est pas acceptable.**

Si l'abrogation du chapitre 5 de la LTF est maintenue et l'exception de l'al. 2 de l'art. 79 LTF aux trois exceptions de son al. 1 l'est aussi, il **faudra impérativement que l'al. 2 soit amendé**, en ce sens qu'au-delà de la question de principe et du cas particulièrement important, **un recours en matière pénale sera recevable si le recourant se plaint d'une violation d'un droit constitutionnel ou de rang supérieur.**

c) **Art. 79a LTF : Valeurs litigieuses minimales**

Le recours en matière pénale est, en l'état de la LTF, recevable quelle que soit la valeur litigieuse.

Le nouvel art. 79a LTF imposera une valeur litigieuse de CHF 30'000 (par un renvoi à l'actuel art. 74 LTF) pour les recours qui portent exclusivement sur des prétentions civiles ; à défaut, le recours au TF sera irrecevable.

La variante suivante est également proposée :

- « 1. *Si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000, le recours est irrecevable contre les décisions relatives :*
- a. aux prétentions civiles pécuniaires ;*
 - b. au droit du prévenu à une indemnité ou à une réparation du tort moral par l'Etat.*
2. *Même lorsque la valeur litigieuse minimale n'est pas atteinte, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important ».*

La valeur litigieuse a son sens en lien avec un recours en matière civile. Il n'en va pas de même en matière pénale et de procédure pénale.

⁸ Le TF jouit en effet d'une très large marge d'appréciation pour juger si un recours est recevable ou ne l'est pas (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_252/2015 du 4 avril 2015, c. 3 ; ATF 139 II 340, c. 4).

A noter surtout que la valeur litigieuse rendrait très rare, en pratique, l'accès au TF par les parties plaignantes sur la question de leurs prétentions civiles qui sont principalement, sinon uniquement, constituées (du moins dans les affaires de droit pénal dit commun) du tort moral, qui, en Suisse, dépasse rarement les CHF 30'000.-.

Il serait choquant, du reste, que la valeur litigieuse en matière pénale soit supérieure à celle exigée pour un recours en matière civile dans les domaines du droit du bail ou du droit du travail (CHF 15'000.-, cf. art. 74 al. 1 let. a LTF).

En ce qui concerne les prétentions civiles du prévenu acquitté contre l'Etat, celles-ci ne dépassent également que très rarement les CHF 30'000.-. Cela rendrait *de facto* l'accès au TF impossible pour le prévenu acquitté et n'est donc pas souhaitable, pour dire le moins.

Pour les mêmes motifs exposés *supra*, l'exception de recevabilité du recours qui soulève une question juridique de principe, ou porte sur un cas particulièrement important, n'enlève rien au fait qu'**introduire une valeur litigieuse en lien avec un recours en matière pénale n'est souhaitable pour aucune des parties à une procédure pénale** (le ministère public compris, au demeurant).

d) Art. 80 al. 2, 3ème phrase LTF : Autorités précédentes

L'actuel art. 80 al. 2 LTF se lit comme suit : « *Les cantons instituent des tribunaux supérieurs comme autorités cantonales de dernière instance. Ces tribunaux statuent sur recours. Sont exceptés les cas dans lesquels le code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP) prévoit un tribunal des mesures de contrainte ou un autre tribunal comme instance cantonale unique* ».

L'abrogation de la 3^{ème} phrase de cet al. 2 est proposée et **souhaitable**.

Elle permet en effet d'éliminer des exceptions au principe de la double instance, qui sont un corps étranger au système des voies de droit et qui surchargent (inutilement) le TF, qui ne doit statuer, le cas échéant, qu'en dernier lieu.

e) Art. 81 al. 1 let. b ch. 5 et al. 4 LTF : Qualité pour recourir

Pour mémoire, la version actuelle de l'art. 81 al. 1 let. b. LTF se lit comme suit :

«1. *A qualité pour former un recours en matière pénale quiconque*

b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, soit en particulier :

1. *l'accusé,*
2. *le représentant légal de l'accusé,*
3. *l'accusateur public,*
4. *abrogé*
5. *la partie plaignante, si la décision attaquée peut avoir des effets sur le jugement des prétentions civiles,*
6. *le plaignant, pour autant que la contestation porte sur le droit de porter plainte,*

7. *le Ministère public de la Confédération et les autorités administratives participant à la poursuite et au jugement des affaires pénales administratives selon la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif ».*

La nouvelle version de l'art. 81 al. 1 let. b. LTF se lirait ainsi : « A qualité pour former un recours en matière pénale quiconque a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, soit en particulier :

« La partie plaignante, si la décision attaquée statue matériellement sur sa plainte pénale ou son action civile ou peut avoir des effets sur le jugement des prétentions civiles qu'elle fait valoir en tant que victime.(...) »

(al. 4) *Les cantons peuvent conférer à une autorité dont le domaine d'attribution inclut l'exécution des peines et mesures la qualité pour recourir contre les décisions cantonales visées à l'art. 78 al. 3 let. b. ».*

L'al. 1 let. b. ch. 5 suppose que la partie plaignante, qui souhaite recourir au TF, soit une victime au sens de la Loi sur l'aide aux victimes (LAVI ; art. 116 CPP).

Cela n'est pas acceptable, puisque cela revient à priver l'accès au TF pour les parties plaignantes qui sont lésées économiquement seulement, sans être atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou sexuelle.

Une telle disposition est contraire au CPP, lequel accorde la qualité de partie plaignante à tous les lésés (art. 382 al. 1 CPP), et pas seulement aux victimes au sens de la LAVI et de l'art. 116 CPP.

L'accès au TF pour les parties plaignantes non victimes LAVI a été introduit dans la LTF parallèlement à l'entrée en vigueur du CPP (1^{er} janvier 2011) et est donc une modification récente voulue par notre législateur.

Enfin, empêcher la partie plaignante non victime de recourir au TF, reviendrait à créer une inégalité de traitement entre la partie plaignante lésée exerçant un recours en matière de droit pénal et celle exerçant un recours en matière de droit civil, puisqu'un tel recours n'est pas restreint aux seules victimes (art. 76 LTF).

B) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

1. Generelle Bemerkungen aus der Sicht des öffentlichen Rechts

- 1 Das zentrale Revisionselement aus der Sicht des öffentlichen Rechts ist die Abkehr von der subsidiären Verfassungsbeschwerde bei gleichzeitiger Einführung eines Annahmeverfahrens im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde. Es würde also einen Wechsel von einem Rechtsmittel zu einem blossen Rechtsbehelf stattfinden. Dieser Wechsel wird vom SAV aus den nachfolgenden Gründen abgelehnt.

1.1. Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde

- 2 Der SAV ist der Ansicht, dass dem noch jungen Instrument der subsidiären Verfassungsbeschwerde eine entscheidende Rolle in der Bundesrechtspflege zukommt. Zur Funktionsbestimmung der subsidiären Verfassungsbeschwerde ist es notwendig, die

Entstehungsgeschichte dieses Rechtsmittels im Auge zu behalten. Während der Justizreform im Jahr 2005 schlug die Arbeitsgruppe „Bundesgerichtsgesetz“ die Einführung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde „in letzter Minute“ vor, um einer drohenden Rechtsschutzlücke Abhilfe zu schaffen. Das neue Rechtsmittel wurde sowohl vom Bundesgericht selbst, als auch vom Bundesrat und von der Bundesversammlung durchwegs begrüsst.⁹ Durch die Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde sollte die Wahrung der Grundrechte, deren Rechtsfortbildung sowie die Einheit der Rechtsprechung in diesem wichtigen Bereich gesichert werden.¹⁰ Diese Funktion nahm die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Ansicht des SAV in den letzten Jahren denn auch sachdienlich ein. Bei einer Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde droht aber genau in diesem Bereich eine Rechtsschutzlücke zu entstehen.

- 3 Die Vorlage sieht vor, die subsidiäre Verfassungsbeschwerde durch die Einführung eines Annahmeverfahrens im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde zu ersetzen.¹¹ Gemäss dieses Annahmeverfahrens ist eine Beschwerde in den Ausnahmebereichen im Sinne einer Gegenausnahme doch zulässig, *„wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt“*. Dieses Annahmeverfahren schafft nach Ansicht des SAV jedoch keinen tauglichen Ersatz für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde. Die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde führt dazu, dass der Stellenwert und die Bedeutung der Bundesverfassung reduziert werden. Die einheitliche Anwendung der Bundesverfassung könnte nicht mehr in gleicher Weise gewährleistet werden, was in einer Schwächung des Bundesstaates resultieren würde.
- 4 Aus der sehr vagen begrifflichen Umschreibung der Gegenausnahme ergibt sich insbesondere nicht, ob das Bundesgericht dereinst sämtliche Verfassungsrügen als Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung einordnen würde. Betrachtet man die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum unbestimmten Rechtsbegriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, so ist davon eher nicht auszugehen, da das Bundesgericht diese Frage objektiv aus der Sicht der Allgemeinheit zu beurteilen und nicht auf die Einzelfallgerechtigkeit Rücksicht zu nehmen scheint.¹² Würde das Bundesgericht die Verfassungsrügen nicht generell unter die Gegenausnahme subsumieren und entsprechende Beschwerden annehmen, ergäbe sich daraus unter Umständen die Situation, dass kantonale Entscheide direkt an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) weitergezogen werden könnten. Daraus könnte die Konstellation resultieren, dass der EGMR die Schweiz wegen einer kantonal begangenen Grundrechtsverletzung verurteilt, obwohl sich nie ein eidgenössisches Gericht mit der kantonalgerichtlichen Auslegung der Grundrechte befasst hat. Der Beziehung zwischen der Schweiz und dem EGMR könnte durch solche Fallkonstellationen unnötigerweise belastet werden.
- 5 Beizupflichten ist dem Bundesrat insoweit, als er im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf festhält, dass die Vorinstanzenregelung im Rahmen der subsidiären

⁹ Vgl. dazu ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 1749; ALEXANDER MISIC, *Verfassungsbeschwerde. Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte* (Art. 113-119 BGG), Zürich 2010, N. 62 ff.

¹⁰ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1749; MISIC (Fn. 1), N. 44 ff.

¹¹ Zum Annahmeverfahren unten Ziff. 1.2.

¹² GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), *BSK BV*, Basel 2015, Art. 191 N. 18.

Verfassungsbeschwerde ein gewisses Rechtsschutzdefizit bewirkt, da nur kantonale Entscheide, nicht aber Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafergerichts, mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde angefochten werden können.¹³ Der Rechtsschutz gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafergerichts könnte aber problemlos durch eine Änderung der Vorinstanzenregelung in Art. 113 BGG verbessert werden. Art. 113 BGG müsste neu vorsehen, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde auch gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafergerichts zulässig wäre. Es ist wenig einleuchtend, weshalb zum Ausbau des Rechtsschutzes gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafergerichts ein Wechsel vom Rechtsmittel der subsidiären Verfassungsbeschwerde hin zum Annahmeverfahren erfolgen muss.

- 6 Nach Ansicht des SAV rechtfertigt die staatstragende Funktion der subsidiären Verfassungsbeschwerde (einheitliche Rechtsanwendung im Grundrechtsbereich wie auch Sicherstellung einer eidgenössischen Instanz vor einer allfälligen Anrufung des EGMR) die daraus resultierende Belastung des Bundesgerichts (heute rund 5% der gesamten Geschäftslast). In seinem Evaluationsbericht war denn auch der Bundesrat noch dieser Meinung; daran sollte festgehalten werden.¹⁴

1.2. Annahmeverfahren im Bereich des Ausnahmekatalogs

- 7 Wie erwähnt, soll die subsidiäre Verfassungsbeschwerde durch ein Annahmeverfahren im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde abgelöst werden. In den Fällen, in denen die Beschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich ausgeschlossen ist, soll die Einheitsbeschwerde im Sinne einer Gegenausnahme trotzdem zulässig sein, „*wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt*“. Diese Gegenausnahme soll auch als Gegenausnahme zum Ausnahmekatalog im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Anwendung kommen (Art. 83 Abs. 2 VE-BGG). Die Einführung eines solchen Annahmeverfahrens wird vom SAV aus den nachfolgenden Gründen abgelehnt:
- 8 Bereits Art. 191 BV, der den Zugang zum Bundesgericht verfassungsrechtlich verankert, steht der Einführung eines generellen Annahmeverfahrens im Grunde entgegen, da der grundsätzlich offene Zugang zum Bundesgericht die Richtschnur darstellen soll.¹⁵ Zwar lässt Art. 191 BV in gewissen Fällen Ausnahmen vom Zugang zum Bundesgericht zu; dieser darf aber nicht generell von einem Annahmeverfahren abhängig gemacht werden.
- 9 Das BGG kennt in seiner aktuellen Fassung in gewissen Einzelfällen bereits Gegenausnahmen im Sinne des neu vorgesehenen Annahmeverfahrens. Dies beispielsweise bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 84 und 84a BGG) oder bei Entscheiden auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG).

¹³ Vgl. Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 8. Vgl. auch GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), BSK BV, Basel 2015, Art. 191 N. 24 f.

¹⁴ Bericht des Bundesrates über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBI 2013 9077, 9099 f.

¹⁵ GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), BSK BV, Basel 2015, Art. 191 N. 7. Gegen die Verfassungsmässigkeit eines Annahmeverfahrens ausgesprochen hat sich auch bereits PETER SCHIBLI, Die Möglichkeit der Einführung einer Zulassungsbeschränkung am schweizerischen Bundesgericht nach dem Muster des amerikanischen Certiorari-Verfahrens, Bern/Frankfurt am Main/New York 1984, S. 187.

Die Auslegung dieser Gegenausnahmen durch das Bundesgericht ist aber nicht einheitlich und zeigt die Beliebigkeit des Rechtsschutzes auf, die sich durch ein solches Annahmeverfahren ergibt. Während das Bundesgericht die Gegenausnahme im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen äusserst restriktiv handhabt, wird bei Entscheiden auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung nicht selten eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung angenommen und auf die Beschwerde eingetreten.¹⁶ Diese Beliebigkeit verunmöglicht eine zuverlässig anwaltliche Beratung der Klienten im Hinblick auf die Eintretenschancen.

- 10 Diente das Annahmeverfahren neu als Ersatz für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, würde die Unbestimmtheit des Passus „*wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt*“ für die Rechtssuchenden zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit führen.¹⁷ Bereits der Bericht zum Vernehmlassungsentwurf stellt fest, dass dem Bundesgericht bei der Auslegung der Gegenausnahme ein weiterer Beurteilungsspielraum zukommt.¹⁸ Aus Sicht der Anwaltschaft ist dabei anzumerken, dass die anwaltliche Sorgfaltspflicht in Zukunft wohl häufig gebieten würde, der Klientschaft zur Beschwerdeerhebung zu raten, da es theoretisch möglich bzw. aufgrund der Voraussetzungen nicht ausgeschlossen wäre, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde eintreten würde. Dies resultierte einerseits in einer grossen Rechtsunsicherheit, die die Rechtssuchenden zu tragen hätten und andererseits in einer beträchtlichen Mehrbelastung des Bundesgerichts. Beides kann kaum Ziel der Vorlage sein.
- 11 Eine zentrale Funktion des Bundesgerichts ist die Sicherstellung der einheitlichen Anwendung von Bundesrecht. Basiert der Entscheid, welche Fälle behandelt werden und welche nicht, in Zukunft in weiten Bereichen auf dem Ermessen des Bundesgerichts, so kann diese Funktion nicht in genügendem Masse wahrgenommen werden. Kantonale Vollzugsdefizite, die insbesondere im Bundesverwaltungsrecht bestehen, würden sich mit der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde vergrössern, da das Bundesgericht keine Kenntnis von der kantonalen Praxis hat.
- 12 Sollte die subsidiäre Verfassungsbeschwerde tatsächlich durch ein Annahmeverfahren in der Form des vorgesehenen ersetzt werden, so steht der SAV dezidiert dafür ein, dass die Einheitsbeschwerde zumindest auch immer dann zulässig ist, wenn verfassungsmässige Rechte oder die willkürliche Feststellung des Sachverhalts gerügt werden.
2. Bemerkungen zu einzelnen Revisionsinhalten bzw. neuen Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Rechts

2.1. Zu Art. 83 VE-BGG

- 13 Der SAV steht der Vorlage im Bereich der Neuregelung der Ausnahmen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich positiv gegenüber. Allerdings sollte die subsidiäre Verfassungsbeschwerde unserer Ansicht nach nicht durch das in Art. 83 Abs. 2 VE-BGG vorgesehene Annahmeverfahren ersetzt werden, dies insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung der

¹⁶ Vgl. zum Beispiel BGE 138 I 143 E. 1.1.2.

¹⁷ Vgl. zu den unklaren Konturen des Begriffs GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), BSK BV, Basel 2015, Art. 191 N. 21.

¹⁸ Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 5.

Bundesverfassung.¹⁹ Unserer Ansicht nach sollte das Annahmeverfahren in Abs. 2 gestrichen und nur im bisherigen Umfang in Bezug auf Art. 83 Bst. f und Art. 85 BGG belassen werden. Denn hier erweitert die Gegenausnahme den an sich vom Katalog her ausgeschlossenen bundesgerichtlichen Rechtsschutz, weshalb sie trotz der ihr inhärenten Eintretensunsicherheit der Rechtssicherheit, der Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsfortbildung dient.

- 14 Der SAV schlägt jedoch vor, die Vorinstanzenregelung bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG) im Sinne eines besseren Rechtsschutzes anzupassen. Neu sollten auch Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (und des Bundesstrafgerichts) mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde angefochten werden können. Durch diese Neuregelung würden die im Zusammenhang mit Art. 83 BGG aufgedeckten Rechtsschutzlücken geschlossen.

2.2. Zu Art. 84a VE-BGG, Art. 33 Bst. a und b VE-VGG und Aufhebung von Art. 47 Abs. 6 RVOG

- 15 Die mit Art. 84a VE-BGG und Art. 33 Bst. a und b VE-VGG (zusammen mit der Aufhebung von Art. 47 Abs. 6 RVOG) vorgesehenen Neuerungen verbessern den Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung. Die Verbesserung des Rechtsschutzes in diesem Bereich ist notwendig und wird vom SAV sehr begrüsst, da in erstinstanzlichen Anordnungen der Bundesversammlung und des Bundesrates oft auch da politische Argumente ausschlaggebend sind, wo dies nicht sein sollte, da klare rechtliche Grundlagen den Handlungsrahmen abstecken.

2.3. Zu Art. 86 Abs. 2 VE-BGG

- 16 Art. 86 Abs. 2 VE-BGG sieht vor, dass nur noch obere kantonale Gerichte als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts entscheiden können. Auch dies wird vom SAV begrüsst.

2.4. Zu Art. 93a VE-BGG

- 17 In Art. 93a VE-BGG wird neu vorgesehen, dass in Verfahren, bei denen der Endentscheid nur aufgrund des (grundsätzlich neuen) Annahmeverfahrens anfechtbar wäre, auch die Teil-, Vor- oder Zwischenentscheide nur im Rahmen dieses Annahmeverfahrens anfechtbar sein sollen.
- 18 Wie bereits ausführlich erläutert, spricht sich der SAV grundsätzlich gegen ein solches Annahmeverfahren aus.²⁰
- 19 In Bezug auf Art. 93a VE-BGG ist dieser Grundsatzkritik beizufügen, dass aus der Systematik des Gesetzes geschlossen werden muss, dass sich Art. 93a VE-BGG auch auf Art. 92 BGG (Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden über die Zuständigkeit und den Ausstand) bezieht. Selbständig eröffnete Entscheide über Ausstandsbegehren sollten von dieser Neuregelung aber in keinem Fall betroffen werden, ansonsten der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und

¹⁹ Vgl. oben Ziff. 1.

²⁰ Vgl. insb. Ziff. 1 zuvor.

unparteiisches Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht durchwegs gewährleistet werden kann.²¹

2.5. Zu Art. 93b VE-BGG und zur Aufhebung von Art. 98 BGG

- 20 Art. 93b VE-BGG sieht Änderungen in Bezug auf die Zulässigkeit der Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen vor. Bei geltender Rechtslage ist die Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen dann zulässig, wenn die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt wird und wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Die Vorlage sieht vor, dass Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur noch über das grundsätzlich neu eingeführte Annahmeverfahren beim Bundesgericht angefochten werden können. Die Anfechtung vorsorglicher Massnahmen wäre folglich nur noch möglich, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.
- 21 Die Einführung des Annahmeverfahrens wird vom SAV ganz grundsätzlich und auch im Bereich der vorsorglichen Massnahmen abgelehnt.
- 22 Gemäss Art. 5 ZPO entscheidet in bestimmten Angelegenheiten zuweilen nur eine einzige kantonale Instanz. In diesen Bereichen ist das Bundesgericht die einzige Instanz, welche sicherstellen kann, dass die Verfassungsmässigkeit vorsorglicher Massnahmen gewahrt wird. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Bundesgericht bei jeder Verfassungsrüge eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder einen aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fall annimmt, ergibt sich aus der neuen Regelung eine beträchtliche Einschränkung des Rechtsschutzes im Bereich der vorsorglichen Massnahmen. Dies ist abzulehnen.

2.6. Zu Art. 97 Abs. 2 VE-BGG und Art. 105 Abs. 3 VE-BGG

- 23 Die Neuformulierungen der Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 VE-BGG sehen sowohl eine Einschränkung als auch eine Ausdehnung der Kognition des Bundesgerichts in zwei verschiedenen Bereichen vor. Während der SAV die Ausdehnung der Kognition im Bereich der Stimmrechtsbeschwerde begrüsst, steht er der Einschränkung der Kognition im Bereich der Unfall- und Militärversicherung kritisch gegenüber.
- 24 Richtet sich eine Beschwerde gegen einen Entscheid über die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der Unfall- und Militärversicherung, so ist das Bundesgericht nach geltender Rechtslage nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz gebunden. Die Vorlage sieht vor, dass diese Ausnahme von der allgemeinen Regelung dahinfallen soll. Die Kognitionseinschränkung wird vom SAV als nicht angemessen beurteilt. Mangelhafte Sachverhaltsfeststellungen im Bereich der Sozialversicherungen haben einen grossen Einfluss auf die Höhe der entsprechenden Geldleistungen.²² Zudem liegt einem sozialversicherungsrechtlichen Entscheid oft ein rasches und einfaches Verfahren zugrunde, das auch eine beschränkte Sachverhaltskontrolle mit sich bringt. Es ist zwar sachlich nicht ersichtlich, weshalb nicht

²¹ Vgl. NICOLAS VON WERDT, in: Seiler/von Werdt/Günther (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, Art. 92 N. 16. Es wurde bewusst nicht die neuste Auflage des Kommentars zitiert, da sich diese Aussage aus der 2. Auflage, 2015, so nicht ergibt.

²² Vgl. BGE 135 V 194 E. 3.4.

auch die Invalidenversicherung von der Bestimmung erfasst ist, die Regelung ist aber bereits Ausdruck eines politischen Kompromisses.²³ Die Kognition des Bundesgerichts im Bereich der Sozialversicherungen sollte daher nicht weiter eingedämmt werden.

- 25 Im Bereich der Stimmrechtsbeschwerde wurde die Kognition des Bundesgerichts dafür ausgedehnt, da dieses zuweilen erste Gerichtsinstanz ist. Art. 97 Abs. 2 VE-BGG und Art. 105 Abs. 3 VE-BGG sehen daher neu vor, dass das Bundesgericht in diesen Fällen sowohl Sachverhalts- als auch Rechtsfragen voll überprüfen können soll. Dies ist im Hinblick auf eine umfassende Verwirklichung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV sehr begrüssenswert.²⁴

2.7. Zu Art. 106 Abs. 3 VE-BGG

- 26 Art. 106 Abs. 3 VE-BGG bezieht sich auf das grundsätzlich neu geschaffene Annahmeverfahren und würde mit Verzicht auf dessen Einführung obsolet. Die neue Regelung sieht vor, dass das Bundesgericht bei Beschwerden, die dem Annahmeverfahren unterliegen, in einem ersten Schritt lediglich prüft, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder ein besonders bedeutender Fall gegeben ist. Bejaht das Bundesgericht dies, beschränkt es seine materielle Prüfung zunächst darauf, ob die rechtliche Grundsatzfrage begründet ist. Sieht das Bundesgericht diese als begründet an, so prüft es auch die übrigen in der Beschwerde vorgebrachten Rügen.²⁵
- 27 Es wurde bereits eingehend ausgeführt, dass der SAV der Ansicht ist, dass das Annahmeverfahren zu massiven Rechtsunsicherheiten führt und gleichzeitig auch dazu, dass der Klientschaft in einer Vielzahl von Fällen zur Beschwerdeerhebung geraten werden muss, da die anwaltliche Sorgfaltspflicht ansonsten nicht gewahrt wird.²⁶ Durch die Neuregelung von Art. 106 Abs. 3 VE-BGG müssten zusätzlich in jeder Beschwerde alle möglichen Rügen vorgebracht und mit der Darlegung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung verknüpft werden. Dies würde zu zunehmend längeren Beschwerdeschriften führen und das Bundesgericht ohne Zweifel eher belasten als entlasten. Ausserdem würden dadurch auch die Anwaltskosten für die Klientschaft unverhältnismässig steigen.

2.8. Zu Art. 49 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 VE-VwVG

- 28 Nach der momentanen Rechtslage kommt dem Bundesverwaltungsgericht eine umfassende Kognition zu (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht trifft folglich die Pflicht, alle vorgebrachten Sachverhalts-, Rechts- und Angemessenheitsfragen uneingeschränkt zu überprüfen. Die Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht wurde stets damit begründet, dass das Bundesverwaltungsgericht in der Regel erste Kontrollinstanz ist und

²³ Vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1591.

²⁴ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1719 m.w.H.

²⁵ So wird dies zumindest im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015 auf S. 25 erläutert.

²⁶ Vgl. insb. Ziff. 1.

mindestens eine Instanz im Verfahren die Angemessenheit einer behördlichen Anordnung überprüfen können sollte.²⁷

- 29 Die Vorlage sieht eine Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts vor (vgl. Art. 49 VE-VwVG). Die Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht soll dahinfallen; in Zukunft könnte das Bundesverwaltungsgericht gemäss Vernehmlassungsentwurf grundsätzlich nur noch Sachverhalts- und Rechtsfragen überprüfen. Zutreffend ist, dass das Bundesverwaltungsgericht seiner momentanen Kognitionsverpflichtung nicht in allen Bereichen nachkommt. Insbesondere in Bezug auf fachtechnische Fragen räumt es den Vorinstanzen oftmals einen Beurteilungsspielraum („technisches Ermessen“) ein, den es nur sehr zurückhaltend oder gar nur auf Willkür hin überprüft. Die Einräumung von „technischem Ermessen“ kommt aber nicht nur im Bereich der Angemessenheitskontrolle, sondern ebenso wenn nicht hauptsächlich in den Bereichen der Rechts- und Sachverhaltskontrolle vor.²⁸ Insofern löst die Vorlage die Problematik nicht, dass dem Bundesverwaltungsgericht zuweilen die Fachressourcen fehlen, um seine Kognition richtig auszuüben. Vielmehr werden durch die vorgesehene Regelung nur neue Abgrenzungsschwierigkeiten geschaffen.²⁹ Der SAV steht einer Änderung von Art. 49 VwVG und einer entsprechenden Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts demnach entschieden entgegen.
- 30 Mit Verzicht auf eine Änderung von Art. 49 VwVG würde auch die Anpassung der Kognitionsbestimmungen in diversen Spezialgesetzen obsolet. Darauf muss hier nicht im Einzelnen eingegangen werden.

C) Wortlaut von Art. 93a VEE-BGG

Der Wortlaut von Art. 93a VEE-BGG ist zweideutig. Gemäss dem Bericht des BJ zum Vernehmlassungsentwurf geht es darum, dass die Beschwerde gegen Teil-, Vor- und Zwischenentscheide nur dann offenstehen soll, wenn sie auch gegen den Endentscheid in derselben Sache zulässig wäre. Das wird im Wortlaut sowohl in der deutschen wie auch der französischen Sprache nicht eindeutig abgebildet. Dieser kann nämlich so verstanden werden, dass der angefochtene Zwischenentscheid – und nicht der mögliche Endentscheid – eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen oder sonst einen besonders bedeutsamen Fall darstellen muss.

Nach Auffassung des SAV sollte die Beschwerde in beiden Fällen zulässig sein: Einerseits, wenn der Fall in der Hauptsache, also auch der zu erwartende Endentscheid, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft oder als Fall besonders bedeutsam ist; andererseits aber auch dann, wenn nur der angefochtene Teil-, Vor- oder Zwischenentscheid diese Voraussetzungen erfüllt. Wäre sie im ersten Fall nicht zulässig, dann könnten besonders bedeutsame Fälle durch fehlerhafte Teil-, Vor- und Zwischenentscheide so präjudiziert werden, dass das Bundesgericht später nicht mehr effektiv eingreifen kann; wäre sie im zweiten Fall nicht zulässig, so könnte das

²⁷ Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., 4256 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Beschwerdegünde, Kognition und Prüfungsdichte, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 47 ff., 50.

²⁸ Vgl. z.B. BVGE 2008/19 E. 2.1; zum Begriff des „technischen Ermessens“ ANJA MARTINA BINDER, Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei Prozessen mit fachtechnischen Fragen, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2014/3, N. 8 ff.

²⁹ Dies ist auch die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts selbst, vgl. Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 13.

Bundesgericht zu Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung, die sich nur beim Teil-, Vor- oder Zwischenentscheid stellen, keine Stellung nehmen.

D) Les mesures provisionnelles (art. 93b AP)

Selon le projet, les recours contre les décisions en matière de mesures provisionnelles ne seraient désormais recevables que s'ils portent sur une question juridique de principe ou sur un cas particulièrement important (art. 93b). La modification projetée est problématique à deux titres.

D'abord, les restrictions considérées visent de la même manière le recours contre une ordonnance *admettant* une requête de mesures provisionnelles que celui interjeté contre une décision de *rejet* d'une telle requête. Or, il y a de bonnes raisons de soutenir qu'une décision *rejetant* une requête de mesures provisionnelles est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF, non soumise aux conditions de recevabilité de l'actuel art. 93 LTF. Pour de telles décisions, la modification envisagée implique une restriction de recevabilité particulièrement incisive.

Ensuite, la modification entraîne de toute manière une limitation excessive et injustifiée. Actuellement, la recevabilité d'un recours dirigé contre une décision de mesures provisionnelles suppose que celle-ci cause au recourant un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 lit. a LTF). Cette condition a notamment été jugée remplie lorsqu'une interdiction de vente avait pour effet d'empêcher l'arrivée sur le marché d'un nouvel acteur économique (4A_36/2012 ; 4A_160/2013). Avec la modification projetée, le recours serait irrecevable en pareille situation, sauf dans l'hypothèse rarissime où il soulèverait une question juridique de principe ou porterait sur un cas particulièrement important.

La restriction envisagée est particulièrement discutable en lien avec les procédures relevant de l'instance cantonale unique (art. 5 CPC). Dans ce contexte, en effet, les décisions de mesures provisionnelles ne peuvent faire l'objet d'aucun recours au niveau cantonal, le recours au TF étant la seule possibilité de les remettre en question (art. 74 al. 2 lit b LTF). En matière de propriété intellectuelle, le nouvel article 93b LTF aurait ainsi pour conséquence que les justiciables se verraient *de facto* priver de toute possibilité de recours. Même dans les situations où l'injonction prononcée par le premier juge cause à l'intimé un dommage irréparable (art. 93 LTF) et viole des principes constitutionnels (art. 98 LTF), la décision ne pourrait être attaquée, ce qui est d'autant plus choquant qu'il s'agit d'un domaine où le litige s'arrête souvent au stade des mesures provisionnelles (cf. pour tous L. DAVID et al., *Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, SIWR I/2, 3^e éd., N 587).

En ce domaine, le TF n'aurait au surplus aucune possibilité digne de ce nom de « *préserver l'unité de l'ordre juridique* », objectif que se fixent pourtant les auteurs de la réforme (rapport explicatif du 04.11.2015, p. 4, ch. 2.1.1).

L'art. 93b LTF doit dès lors être retranché de la révision au profit d'un maintien de l'actuel art. 93 LTF.

E) Observations sur le projet d'extension des exceptions aux suspensions légales de délais et sur certains délais de recours de 10 jours (Art. 46 al.2 et 100 al.2 let. b. et c. LTF)

2.1 Le projet voudrait ajouter aux exceptions aux suspensions légales de délais (à Noël, à

Pâques, de mi-juillet à mi-août) les procédures concernant des mesures de protection et des décisions de retour en application de la loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes. Le projet tendrait à soumettre aussi à un délai raccourci à 10 jours les recours au TF concernant les décisions prises par une instance cantonale unique au sens de l'art. 7 de la loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes. L'actuel article 100 al. 2 lit.c LTF vise en ce domaine « *les décisions portant sur le retour d'un enfant fondées sur la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants ou sur la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* ». En outre, le projet tendrait à réduire le délai de recours au TF à 10 jours pour « *les décisions en matière d'assistance administrative internationale* » et non seulement celles qui seraient rendues dans ce domaine en matière fiscale.

- 2.2. L'on ne peut qu'être sensible à une correcte mise en place des mesures de protection et des décisions de retour en application de la loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants. Cette loi charge le tribunal supérieur du canton où l'enfant réside au moment du dépôt de la demande, de connaître en unique instance cantonale d'une demande portant sur un retour de l'enfant et d'ordonner des mesures de protection. A son article 8, la loi de 2007 prévoit que ce tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait. Et c'est lorsque la voie de la conciliation ou de la médiation ne permet pas d'aboutir au retrait de la demande que le tribunal statue selon une procédure sommaire, étant précisé que, dans la mesure du possible, ce tribunal entend les parties en personne et qu'il doit entendre l'enfant de manière appropriée ou charger un expert de cette audition à moins que l'âge de l'enfant ou d'autres justes motifs ne s'y opposent. L'on doit donc s'attendre à ce que les décisions du tribunal supérieur du canton soient prises de manière minutieuse. Mais la sécurité du droit ne serait certainement améliorée ni par une exception aux suspensions légales ni par le délai de recours de dix jours au TF.

D'une manière générale des délais limités à dix jours pour le dépôt de recours sont trop brefs s'il ne s'agit pas seulement de former une déclaration de recours susceptible d'être motivée par la suite. Des délais aussi brefs sont d'autant moins appropriés lorsqu'il s'agit de recourir au TF, avec les exigences particulières relatives à la motivation de tels recours. Particulièrement dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants, la limitation du délai de recours à dix jours est totalement inadéquate et ne peut que réduire drastiquement les garanties qui devraient résulter de l'existence d'une voie de recours au TF. La partie qui envisagerait de recourir sera celle à laquelle l'autorité de première instance n'aura pas donné gain de cause. Il est parfaitement possible que cette partie soit domiciliée à l'étranger, ne pratique pas l'une de nos langues nationales et n'ait pas consulté avocat pour la procédure devant l'autorité cantonale, certaine que son bon droit suffirait pour qu'elle ait gain de cause. Dix jours ne lui suffiront pas pour analyser la décision, venir le cas échéant en Suisse, trouver et instruire de la situation, un avocat qui sera en mesure d'examiner le dossier de l'autorité cantonale et d'établir le recours dans le temps qui restera à courir jusqu'à l'expiration du délai. Ce n'est pas une question de confort de l'avocat même s'il n'est pas anormal qu'il puisse jouir de la confiance de plusieurs clients auxquels il doit consacrer du temps. C'est une question

de sécurité et de correction vis-à-vis d'une partie désemparée qui ne devrait pas se reprocher ou se voir reprocher de n'avoir pas respecté un délai qu'il ne lui était pas véritablement possible de respecter. D'ailleurs, si cette partie se trouve en mesure de faire déposer un recours en son nom avant l'expiration du délai légal de trente jours, rien ne l'empêche de le faire et de requérir des mesures provisionnelles si les conditions en paraissent remplies. Quant à la partie qui aura eu gain de cause en première instance, elle appréciera sans doute qu'il ne lui soit pas fixé un délai trop bref pour répondre au recours de sa partie adverse dans une cause où des intérêts majeurs sont en jeu. En bref, la limitation à 10 jours d'un délai de recours peut certes limiter le nombre des recours recevables, mais elle fragilise la situation du justiciable, auquel elle n'est d'aucun secours.

- 2.3 Il ne serait pas davantage favorable aux justiciables d'ajouter aux exceptions aux suspensions légales de délais (à Noël, à Pâques, de mi-juillet à mi-août) les procédures concernant des mesures de protection et des décisions de retour. Les périodes de suspension légales sont notoirement des périodes où il est plus difficile de s'organiser et notamment de fixer des rendez-vous en vue de pourvoir au dépôt de procédures délicates. Et là aussi, s'il est en pratique possible de procéder utilement bien avant l'expiration du délai prolongé par l'effet des fêtes, la partie qui n'aura pas eu gain de cause devant l'autorité cantonale pourra procéder même pendant les fêtes et solliciter des mesures provisionnelles si les conditions en paraissent remplies. Au cas où son recours serait manifestement mal fondé, il n'y aurait pas lieu de fixer du délai de réponse à sa partie adverse. Au cas où le recours ne serait pas manifestement mal fondé, la partie adverse se félicitera d'avoir elle-même du temps pour répondre au recours.
- 2.4 S'il n'y a pas lieu de fixer les délais de recours à 10 jours ni de prévoir des exceptions aux suspensions légales en matière d'enlèvement international d'enfants, la situation des parties et la garantie constituée par la possibilité d'un recours au TF pourraient être véritablement améliorées si l'exception à 105 al.2 LTF était étendue à la procédure applicable en ce domaine.
- 2.5 Une exception aux suspensions légales de délais et un délai de recours au TF limité à 10 jours ne se justifient pas non plus pour les décisions en matière d'entraide pénale internationale et d'assistance administrative internationale. L'on ne voit pas quel intérêt digne de protection des justiciables pourrait être favorisé par de telles restrictions. Quant à l'intérêt des administrations suisses ou étrangères à ce que, dans ces matières particulièrement délicates, les possibilités effectives de recours des justiciables soient limitées, ils ne paraissent pas dignes d'être protégés aux dépens des intérêts des administrés.

F) La rectification d'"une anomalie du système des recours au Tribunal Fédéral" à l'actuel art. 105 al.3 LTF

1. La question est celle de savoir dans quels cas, par exception à la règle de l'art. 105 al.2 LTF, le TF saisi d'un recours ordinaire (unifié) n'est pas lié par les faits établis par l'autorité précédente, même s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit.

Le rapport explicatif indique en page 13/32 qu'il s'agit de "*rectifier une anomalie du système des recours au Tribunal Fédéral*". Il expose que dans la plupart des branches des assurances sociales, la règle générale est que le recours ne peut porter sur la constatation des faits que si

ceux-ci ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause. Il constate qu'un recours concernant l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance accidents ou de l'assurance militaire peut toutefois porter sur toute constatation incomplète ou erronée des faits. Il fait valoir que cette exception ne se justifierait plus, surtout depuis que celle touchant l'assurance invalidité a été supprimée. Il propose donc une modification de l'art. 105 al.3 LTF qui, désormais, ne se rapporterait plus à l'octroi de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, mais aux recours concernant le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et les votations populaires, lorsqu'ils ne seraient pas dirigés contre une décision d'un tribunal.

2. Le Conseil fédéral avait déjà proposé, dans le cadre de son message du 28 février 2001 relatif à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (FF 2001 4000), que le pouvoir d'examen du TF soit limité au droit aussi dans le domaine des assurances sociales (FF 2001 4037). C'est toutefois le Parlement qui avait décidé de maintenir un plein pouvoir d'examen à l'égard des faits pour les litiges relatifs à des prestations en espèces de l'assurance invalidité, de l'assurance accident et de l'assurance militaire. Il paraît discutable de vouloir supprimer aujourd'hui ce qu'il subsiste encore à l'art. 105 al.3 LTF de la décision prise par le Parlement.
3. L'on peut d'ailleurs considérer qu'en matière d'assurances sociales, il serait préférable d'étendre les exceptions à la règle de l'art. 105 al.2 LTF plutôt que de les supprimer. L'on peut en tout cas penser que le pouvoir d'examen du TF pourrait être légitimement étendu à toute constatation incomplète ou erronée des faits pour d'autres actions relevant du domaine des assurances sociales, telles les actions en responsabilité prévues aux art. 52 et 56a LPP et 52 LAVS.

Certaines causes du domaine des assurances sociales - et notamment les actions en responsabilité dans le domaine de la prévoyance professionnelle, où apparaissent des valeurs litigieuses se chiffrant par millions - sont susceptibles de ruiner des familles et d'entraîner l'anéantissement économique de sociétés. Il est choquant que de telles causes soient tranchées en unique instance cantonale, sans qu'une autorité de recours puisse être appelée à revoir les questions de faits. Les questions posées par de telles actions sont souvent particulièrement complexes, et une juridiction cantonale unique peut elle-même s'y perdre. Des spécialistes avisés de chacun des domaines concernés ne siègent pas nécessairement pour chaque cas. Quant aux défendeurs eux-mêmes, confronté à des parties demanderesses spécialisées ayant pour mission la conduite habituelle de telles procédures, ils sont – assistés ou non – susceptibles d'être pris par surprise ou de ne pas disposer des moyens et connaissances techniques nécessaires à leur défense. Ils devraient en tout cas bénéficier d'une seconde chance non seulement faire valoir des arguments juridiques, mais aussi de faire reconnaître les éléments de faits qui leur seraient favorables.

4. A moins de charger le TF de revoir tant en fait qu'en droit les causes relevant des assurances sociales, il paraît indispensable d'établir ou rétablir un système de double instance cantonale, où l'autorité cantonale de recours puisse être requise de corriger ou faire corriger les constatations incomplètes ou erronée des faits, la juridiction suprême statuant ensuite sur la base des faits établis par l'autorité judiciaire de recours précédente, sauf application de l'art. 105 al.2 LTF.

C'est certes cette solution de la double instance cantonale devant un tribunal avec un plein pouvoir d'examen de l'autorité cantonale de recours qui devrait être privilégiée par rapport à une extension des exceptions de l'art. 105 al.3 LTF. C'est d'ailleurs celle que le rapport explicatif propose dans d'autres domaines où il déclare que "*trancher dans ces affaires en tant que première instance de recours ne peut (...) être le rôle du Tribunal Fédéral*" (rapport explicatif chiffre 2.4 *in fine* p.13/32). Mais il y aurait alors évidemment lieu, en matière de LPP, de réviser l'art. 73 LPP qui prévoit, tant pour les prétentions en responsabilité selon l'art. 52 LPP que pour le droit de recours selon l'art. 56a, al. 1 LPP une instance cantonale unique et une procédure simple et rapide, où le juge constate les faits d'office.

Tant que l'art. 73 LPP n'aura pas été révisé pour remplacer l'unique instance cantonale par une double instance judiciaire cantonale pour les causes des art. 52 et 56a al.1 LPP, il paraît nécessaire que le TF puisse revoir librement les faits de ces causes.

5. L'on devait aussi se poser la question d'une révision de la procédure et des voies de recours en matière d'actions en responsabilité fondées sur l'art. 52 LAVS lors même que s'y applique une procédure de décision, car elle ne comporte pas non plus de double instance judiciaire cantonale.

G) La suppression envisagée du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 à 119 LTF)

Le projet soumis à la consultation entend supprimer le recours constitutionnel subsidiaire prévu actuellement aux art. 113ss LTF. Dans cette perspective et pour remplacer la suppression de cette voie de recours, l'avant-projet ouvre le recours au TF, y compris dans les domaines où le recours ordinaire n'est aujourd'hui pas possible, d'une part, lorsque la contestation soulève une question juridique de principe, et d'autre part, lorsqu'elle porte sur un cas particulièrement important. Selon le rapport explicatif (cf. ch. 2.1.3 p. 7-8), un tel remplacement du recours constitutionnel subsidiaire par le recours unifié présenterait divers avantages (augmentation des griefs pouvant être invoqués, simplification du choix de la voie de droit, etc.).

La FSA s'oppose à la suppression du recours constitutionnel subsidiaire, en substance pour les motifs suivants :

- Tant la «*question juridique de principe*» que le «*cas particulièrement important*» sont des **notions floues, difficiles à déterminer et soumises à interprétation**, si bien que ces critères d'accès n'offrent **aucune sécurité juridique** aux justiciables et reviennent à donner **un blanc-seing** au TF.
- Une telle solution est en outre choquante, étant donné qu'elle **fermera la porte** de la Cour suprême pour nombre d'affaires, y compris **lorsque des droits fondamentaux sont manifestement violés**³⁰. Cela est d'autant plus vrai que le TF a toujours fait une interprétation restrictive de ces notions floues. Il suffit pour s'en convaincre de se pencher sur la jurisprudence citée dans le rapport explicatif (cf. p. 5, notes 5 et 6 ; et p. 6 sur la notion du cas particulièrement important), et cela malgré l'affirmation contenue à la page 8 dudit rapport, qui affirme que le TF, qui pourra faire un tri, devra «*assurer la protection des droits individuels*

³⁰ L'exemple typique est le recours au TF en matière de marchés publics, où dans la grande majorité des cas deux recours sont déposés, soit un recours en matière de droit public, dont les conditions sont extrêmement strictes (art. 83 lit. f LTF) et un recours constitutionnel subsidiaire lequel donne la possibilité d'invoquer la violation des droits constitutionnels dont l'arbitraire. En supprimant ce dernier, le recours au TF sera en cette matière quasiment fermé.

dans le sens d'une interprétation conforme à la Constitution du terme 'cas particulièrement importants' s'il existe des signes que l'autorité précédente a violé des droits constitutionnels». Encore une fois, s'agissant de **notions indéterminées**, aucune garantie d'accès n'existera pour le justiciable.

De fait, même si les griefs pouvant être invoqués selon le projet seront peut-être théoriquement plus nombreux, l'accès au TF sera souvent impossible, alors même que des violations de droits constitutionnels sont invoqués. En d'autres termes, il nous paraît plus indiqué de **privilégier l'accès au TF** dans ces cas, quitte à ne pas ouvrir l'éventail des griefs possibles.

- La solution proposée aujourd'hui pose les mêmes problèmes que ceux posés par le projet du 21 février 2001 du CF³¹, qui a précédé l'adoption de la LTF le 17 juin 2005, et appelle les **mêmes critiques**³². Le projet du CF ne permettait pas non plus d'assurer la possibilité de toujours pouvoir invoquer la violation de droits fondamentaux, ce qui avait été critiqué³³, au point que le Parlement³⁴ a introduit au dernier moment précisément la voie du recours constitutionnel subsidiaire.
- Il était en particulier relevé qu'il n'est pas logique qu'on accepte des situations où le justiciable suisse pourrait saisir la CEDH à Strasbourg sans pouvoir saisir la Cour suprême de notre pays, cela même dans des cas de violations les plus grossières des droits fondamentaux. Comme le relevait Giusep NAY³⁵, Président du TF, en 2007, suite à l'introduction dans la LTF du recours constitutionnel subsidiaire : *«L'introduction de ce moyen de droit permet de combler une lacune dans la protection juridictionnelle qui, si elle avait subsisté, aurait rendu difficile l'atteinte de l'objectif visant à améliorer cette protection»*. Le recours constitutionnel subsidiaire a donc été, pour reprendre les termes du Prof. AUER³⁶, *«conçu sciemment comme un correctif de dernière minute contre la déficience que présentait le système des recours unifiés sous l'angle de la protection des droits fondamentaux»*.
- Ces critiques sont toujours valables aujourd'hui. **L'amélioration de la protection juridictionnelle du justiciable**, qui était l'un des objectifs de la LTF³⁷, ne peut être atteint si celui-ci n'est pas assuré d'avoir accès à la Cour suprême en cas de violation de ses droits fondamentaux. Les juges du TF n'ont pas seulement comme rôle de «dire le droit», mais doivent également assumer **le rôle de juges constitutionnels**, *«juges des libertés et gardiens des droits constitutionnels des citoyens»*³⁸, de sorte qu'ils devraient toujours pouvoir se saisir de violations de droits constitutionnels. Contrairement à ce qu'affirme le rapport

³¹ FF 2001 p. 4281.

³² Cf. AUER, Juge suprême et juge constitutionnel: la double casquette du TF et la réforme de la justice, Plädoyer 3/96, p. 57ss; BOHNET, Droits fondamentaux: accès au TF menacé, Plädoyer 4/01, p. 19ss; MOOR, Juge de Paix ou Cour suprême: l'avenir du Tribunal fédéral, Plädoyer 3/96, p. 52ss; NOVIER, Accès au Tribunal fédéral selon le projet de LTF: limitations acceptables ?, RDS 5/2002, p. 505ss, spéc. p. 509-510.

³³ Cf. à cet égard, HOTTELIER, Entre tradition et modernité : le recours constitutionnel subsidiaire, in Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Bellanger/Tanquerel (éd.), Genève 2006, p. 71ss, spéc. 72-73.

³⁴ BO 2004 N 1614ss.

³⁵ NAY, La loi sur le Tribunal fédéral dans le contexte de la réforme de la justice, in Les recours au Tribunal fédéral, Foex/Hottelier/Jeandin (édit.), Genève 2007, p. 21ss, spéc. p. 25.

³⁶ AUER, Le recours constitutionnel - *terra incognita*, in Les recours au Tribunal fédéral, Foex/Hottelier/Jeandin (éd.), Genève 2007, p. 157ss, spéc. p. 159; FRESARD, Commentaire de la LTF, 2^{ème} éd., Berne 2014, ad art. 113, N. 1ss, spéc. N. 8.

³⁷ Cf. Message du CF concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28.2.2001, FF 2001 4000, spéc. p. 4014 et 4020.

³⁸ AUER (note 1).

explicatif (p. 8), le fait que la procédure civile et la procédure pénale aient été réglées au niveau du droit fédéral ne change rien à cette analyse, d'autant que cette unification était déjà prévisible lors de l'adoption de la LTF.

- Enfin, aux dires même du rapport explicatif (cf. p. 8), seuls 5% des recours relèvent aujourd'hui du recours constitutionnel subsidiaire, si bien que ce n'est nullement celui-ci qui surcharge le TF. Quand bien même, il n'y a pas lieu de décharger notre Cour suprême au détriment de la protection des droits fondamentaux des justiciables.

La Fédération Suisse des Avocats vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.



Président FSA

Sergio Giacomini



Secrétaire général FSA

René Rall



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND
UNION PATRONALE SUISSE
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement EJPD
3003 Bern

cornelia.perler@bj.admin.ch

Zürich, 26. Februar 2016/sm
maeder@arbeitgeber.ch

Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG); Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 12. November 2015 wurden wir zur Stellungnahme zum obengenannten Geschäft eingeladen. Für die uns dazu gebotene Gelegenheit danken wir Ihnen bestens.

Da die Vorlage nicht unter die durch den Schweizerischen Arbeitgeberverband behandelten Themen fällt, resp. die Arbeitgeber nicht direkt betrifft, verzichten wir auf eine Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüssen

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND

Prof. Dr. Roland A. Müller
Direktor

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

cornelia.perler@bj.admin.ch

Bern, 29. Februar 2016

Vernehmlassungsantwort Revision des Bundesgerichtsgesetzes

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Besten Dank für die Einladung zum oben erwähnten Vernehmlassungsverfahren. Gerne nehmen wir dazu wie folgt Stellung, insbesondere, was arbeitsrechtlich relevante Reformpunkte angeht. Weiter möchten wir uns zur geplanten Revision in den Bereichen des Ausländer- und Asylrechts äussern.

Grundsätzliche Bemerkungen

Der SGB begrüsst grundsätzlich die Stossrichtung der Reform, welche laut Bundesrat der vorliegenden Gesetzesänderung zugrunde liegen soll: Die Erweiterung des Zugangs zum Bundesgericht, damit dieses grundsätzlich alle rechtlichen Fragen von Bedeutung behandeln kann und wirksam an der Rechtsfortbildung des gesamten Schweizer Rechts arbeiten kann. Wir sind jedoch skeptisch gegenüber der gleichzeitigen Zielsetzung des Bundesrates, sogenannte „Fehlbelastungen“ des Bundesgerichts zu korrigieren. Die erhöhten Fallzahlen des Bundesgerichts sind u.E. mit gesteigerten Rechtsschutz-Bedürfnissen (nicht mit „Fehlbelastungen“) zu erklären und dem muss mit einem Ausbau der Kapazität des Bundesgerichts und nicht mit einer durch das Gesetz forcierten Senkung der Fälle begegnet werden. Insbesondere, da es der vorliegenden Reform u.E. nicht gelingt, wirksam sogenannte „Bagatellfälle“ zu benennen.

Vielmehr würde der Rechtsschutz in der Schweiz mit der vorliegenden Reform in gewissen Fällen stark eingeschränkt werden. So würde im Bereich der Verbandsbeschwerde der Zugang zum Gericht in Art. 49 n VwVG eingeschränkt werden. Dies würde bedeuten, dass die „Unangemessenheit“ eines Entscheides einer Bundesbehörde damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden könnte, wenn es sich um eine Verfügung handelt. Dies würde insbesondere auch arbeitsrechtlich relevante Sachverhalte sowie Sozialversicherungsleistungen betreffen. Dies ist aus Sicht des SGB inakzeptabel, weshalb wir Sie bitten, den heutigen Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

Weiter will der Vorschlag Ausländerinnen und Ausländer, die „sich noch nicht seit zehn Jahren rechtmässig in der Schweiz aufhalten“ oder „noch nicht die Niederlassungsbewilligung besitzen“, faktisch von einem Gang ans Bundesgericht abhalten. Dies unabhängig vom Gegenstand des Rechtsstreits, also auch dann, wenn das Aufenthaltsrecht bedroht wäre. So könnten solche ausländischen Personen ihr Anliegen nur noch dann dem Bundesgericht vortragen, wenn sich eine „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ stellt oder wenn es sich um einen „besonders bedeutenden Fall“ handelt. Für den SGB mit seinen zahlreichen Mitgliedern mit ausländischem Pass ist eine solche Verschlechterung inakzeptabel. Wir bitten Sie um eine entsprechende Anpassung von Art. 83 BGG.

Weiter ist nicht einzusehen, weshalb Entscheide zur Einbürgerung im Grundsatz von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgenommen sein sollten. Der SGB beantragt deshalb, dass lit. a von Art. 83 Abs. 1 BGG gestrichen wird.

Im Bereich des Asylrechts sollten nicht nur Fälle mit „Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung“, sondern auch „besonders bedeutende Fälle“ vom Bundesgericht beurteilt werden. Dies einschliesslich der Definition, dass bei substantiiertem Geltendmachung einer Verfassungsverletzung ein „besonders bedeutender Fall“ vorliegt. Es ist nicht einzusehen, weshalb das Bundesgericht als oberstes nationales Gericht mögliche Verfassungsverletzungen durch das Bundesverwaltungsgericht oder dessen Vorinstanzen im Asylbereich nicht sollte beurteilen können. Der SGB bittet deshalb, Art. 84 Abs. 2 lit. a BGG um das Element des „besonders bedeutenden Falles“ zu ergänzen.

Reformpunkte, welche öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse betreffen

Die Vorlage will die Regelung des heutigen Art. 84a BGG verallgemeinern. Künftig soll so in Fällen, in denen die (ordentliche) Beschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich ausgeschlossen ist, im Sinne einer Gegenausnahme die Beschwerde immer zulässig sein, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Dies betrifft im Zivilrechtsbereich Entscheide, bei denen der massgebliche Streitwert nicht erreicht wird (Art. 74 Abs. 2 Bst. a E-BGG). Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts geht es dabei um die für uns besonders relevante Weise der Entscheide in Rechtsgebieten, bei denen die Beschwerde gemäss Artikel 83 Absatz 1 E-BGG grundsätzlich unzulässig ist (Art. 83 Abs. 2 E-BGG), wie z.B. bei Entscheiden im Bereich der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse, wenn der massgebende Streitwert nicht erreicht wird (Art. 85 Abs. 2 E-BGG). Dies ist wichtig, damit Arbeitnehmende ihre Rechte höchststrichterlich überprüfen lassen können. U.E. handelt es sich bei arbeitsrechtlichen Fragen um ein Sachgebiet, das regelmässig in ihrer Tragweite die Arbeitnehmenden trifft, welche die schwächere Partei darstellen, von grundsätzlicher Bedeutung. Wir sind deshalb der Meinung, dass die Streitwertgrenze im Bereich des (öffentlich-rechtlichen) Arbeitsverhältnisses gestrichen werden sollte.

Nach Art. 189 Abs. 4 BV können Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht beim Bundesgericht angefochten werden. Jedoch können bereits heute in den Fällen nach Art. 33 lit. a und b VGG Verfügungen des Bundesrates oder der Organe der Bundesversammlung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Es geht dabei vor allem um Verfügungen über Arbeitsverhältnisse von Bundesangestellten und über die Abberufung von Mitgliedern der Leitungsgremien von Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung. Soweit es das BGG zulässt, könnten entsprechende Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts neu klarerweise an das Bundesgericht weitergezogen werden, da Bundesrat und Bundesver-

sammlung neu in Art. 33 lit. a und b E-VGG als Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts aufgezählt würden, soweit sie als erste Instanzen verfügen. Dies begrüssen wir.

Eine besondere Neuerung und Verbesserung erfahren die Arbeitnehmenden der höchstgerichtlichen Gerichte. So wird vorgeschlagen, in Artikel 25 BGG eine gerichtsinterne Rekurskommission für die Beurteilung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit dem Gerichtspersonal vorzusehen. Dies begrüssen wir.

Fehlende Reformpunkte, welche privatrechtliche Arbeitsverhältnisse betreffen

Auffallend sind in der vorliegenden Reform dagegen die fehlenden Verbesserungen für Personen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Für diese werden zwar erfreulicherweise im Rahmen der Schaffung des Zugangs zum Bundesgericht bei allen besonders bedeutsamen Fällen i.S. der Verallgemeinerung von Art. 84a BGG in Art. 74 Abs. 2 lit. a E-BGG in einer grammatikalischen Auslegung mehr Chancen auf eine Überprüfung eingeräumt. Auf der anderen Seite aber bleiben die Streitwertgrenzen im Arbeitsrecht weiterhin bestehen.

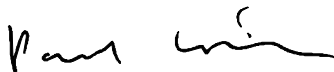
Wir schlagen deshalb vor, mit der vorliegenden Reform die Streitwertgrenze im Bereich des Arbeitsrechts gänzlich abzuschaffen und so Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG für arbeitsrechtliche Fälle ersatzlos zu streichen. Dies umso mehr, weil nach der vorliegenden Reform für Arbeitsrechtsangelegenheiten mit einem Streitwert von unter Fr. 15'000.- dem Bundesgericht bei der Beurteilung, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt oder ein besonders bedeutender Fall betroffen ist, ein u.E. zu weiter Ermessensspielraum zusteht (vgl. dazu BGE 139 II 340, 343). Das Bundesgericht hat nämlich den unbestimmten Rechtsbegriff der „grundsätzlichen Bedeutung“ u.E. bisher viel zu restriktiv gehandhabt (vgl. dazu statt vieler BGE 140 III 501). Es bleibt zu befürchten, dass auch nach der vorliegenden Reform sich für den Rechtssuchenden im Arbeitsrecht wenig bis gar nichts ändert, wenn nicht die Streitwertgrenze als solche in diesem Rechtsbereich abgeschafft wird.

Eventualiter schlagen wir die Senkung der arbeitsrechtlichen Streitwertgrenze i.S.v. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG auf Fr. 5'000.- vor.

Wir danken für die Berücksichtigung der oben gemachten Ausführungen.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Paul Rechsteiner
Präsident



Luca Cirigliano
Zentralsekretär

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

18. Februar 2016

Vernehmlassung Revision Bundesgerichtsgesetz

Sehr geehrte Damen und Herren

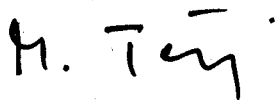
Der Schweizerische Mieterinnen- und Mieterverband dankt für die Möglichkeit zur Teilnahme an der Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes.

Die Änderungen des Bundesgerichtsgesetzes betreffen in erster Linie Verfahren zum Strafrecht und öffentlichem Recht. Sie sehen Verbesserungen bei den Ausnahmebestimmungen, eine Entlastung des Bundesgerichts, die Einführung der Einheitsbeschwerde anstelle der subsidiären Verfassungsbeschwerde und weitere Anpassungen vor.

Der Schweizerische Mieterinnen- und Mieterverband begrüsst die in Artikel 74 Abs. 2 Bst. a vorgesehene Vereinheitlichung des Zugangs an das Bundesgericht bei einer Unterschreitung der Streitwertgrenze durch den Zusatz «*oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt*». Diese Erweiterung des Zugangs an das Bundesgericht und Harmonisierung mit anderen Ausnahmebestimmungen ist im Interesse der Mieterinnen und Mieter.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Mieterinnen- und Mieterverband



Michael Töngi
Generalsekretär



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Per Mail: cornelia.perler@bj.admin.ch

Bern, 26. Februar 2016

Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für die Einladung, an der Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes teilzunehmen. Für den Schweizerischen Städteverband, der die Anliegen der Städte und städtischen Gemeinden vertritt, gehört ein funktionsfähiges und effizientes Rechtssystem, das einen wirksamen Rechtsschutz gewährt, zu den Pfeilern des schweizerischen Staatswesens. Wir sind mit dem Bundesrat einig, dass die Justizreform zum grossen Teil gelungen ist. Die Absicht der vorliegenden Gesetzesrevision, das Bundesgericht von weniger bedeutenden Fällen zu entlasten und zugleich seine Zuständigkeit für alle grundlegenden Rechtsfragen oder für besonders bedeutende Fälle auszuweiten, ist grundsätzlich begrüssenswert. Vor diesem Hintergrund stimmen wir der Erhöhung der Streitwertgrenzen und der Neuregelung im Ausländerrecht zu. Dies mit der Absicherung, dass bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen weiterhin der Zugang zum Bundesgericht möglich sein soll.

Kritisch beurteilen wir hingegen die vorgeschlagene Streichung der subsidiären Verfassungsbeschwerde. Trotz der Einschränkungen, die diesem Rechtsmittel eigen sind (bspw. nur gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen einsetzbar), hat es sich bewährt und erfüllt es eine durchaus wichtige Funktion im Bereich des Schutzes von verfassungsmässigen Rechten. Die als Ersatz angebotene Einheitsbeschwerde hat zwar einen grösseren Anwendungsbereich als die subsidiäre Verfassungsbeschwerde, mit der nur Verfassungsrügen vorgebracht werden können. Die Einschränkung auf Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder besonders bedeutende Fälle schränkt jedoch den Rechtsschutz insofern ein, als es der Beurteilung des Bundesgerichts überlassen ist, welche Fälle dieses Kriterium erfüllen. Heute muss sich das Bundesgericht mit einer formell ausreichend begründeten subsidiären Verfassungsbeschwerde materiell auseinandersetzen; dies wäre in der neuen Rechtsordnung nicht mehr der Fall. Unter Umständen können verfassungsmässige Rechte, bspw. auch im Bereich der Gemeindeautonomie, nicht mehr höchstrichterlich überprüft werden, wenn das Bundesgericht sie als nicht «besonders bedeutsam» erachtet. Die Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde würde demnach nicht zu mehr, sondern eher weniger Rechtssicherheit führen.



Aus diesen Gründen lehnen wir die Aufhebung der subsidiären Verfassungsbeschwerde ab. Diese soll weiterhin als Auffangbestimmung den Rechtsschutz von verfassungsmässigen Rechten garantieren. Im Übrigen hält der Bundesrat im erläuternden Bericht selber fest, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht zur Überlastung des Bundesgerichts beiträgt.

Nicht nachvollziehbar scheint uns zudem, weshalb der Bundesrat auf eine Anpassung der Rechtsschutzbestimmungen im Bereich der politischen Rechte verzichtet. Die in den letzten Jahren zutage getretenen Probleme bleiben auch mit der erwähnten Praxis des Bundesgerichts ungelöst. Abgesehen davon, dass der heutige Rechtsweg mitunter zu unnötigem Leerlauf führt, unterminiert er die Glaubwürdigkeit der gerichtlichen Überprüfung von Wahlen und Abstimmungen, was sich auch auf die kommunale Ebene nachteilig auswirken kann. Eine gesetzliche Regelung wäre hier angezeigt – die Argumente des Bundesrates, weshalb darauf zu verzichten sei, vermögen nicht zu überzeugen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Städteverband

Kurt Fluri

Präsident, Nationalrat
Stadtpräsident Solothurn

Renate Amstutz

Direktorin

Kopie Schweiz. Gemeindeverband

Vernehmlassung von Solidarité sans frontières (sosf) zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

Solidarité sans frontières nehmen die Gelegenheit wahr, sich an der Vernehmlassung zum Bericht des Bundesamts für Justiz zur Änderung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) zu beteiligen. Namentlich die geplanten Revisionen des BGG in den Bereichen des Ausländer- und Asylrechts betreffen politische Kernthemen der Praxis unserer Organisation.

Das neue Gesetz stellt zunächst zur Diskussion, ob es sinnvoll und effizient wäre, Ausländerinnen und Ausländer, die sich noch nicht „seit zehn Jahren rechtmässig in der Schweiz aufhalten“ oder die „bereits die Niederlassungsbewilligung“ besitzen, faktisch von einem Gang ans Bundesgericht abzuhalten, wenn ihr Aufenthaltsrecht bedroht wäre.

Sosf beantwortet diese Frage vor dem Hintergrund des menschenrechtlichen Gleichstellunggebots („Kein Mensch ist illegal“, „Ohne uns geht nichts“) mit einem deutlichen Nein: Der Rechtsschutz von ausländischen Menschen, die bloss über eine Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) verfügen, ist heute schon eingeschränkt genug: In den Verfahren, welche die Migrationsämter zum Entzug einer Aufenthaltsbewilligung führen, werden die Betroffenen kaum je persönlich angehört, sondern können sich fast immer nur schriftlich äussern. Dies wird schon heute mit dem „behördlichen Massengeschäft“ und dem damit verbundenen administrativen Aufwand begründet. In eine ähnliche Richtung argumentiert der erläuternde Bericht, wenn er die Einschränkung des Rechtswegs für ausländische Menschen mit den „sehr hohen“ „Fallzahlen“ begründet (vgl. EB, Ziffer 2.1.4, S. 9). Angesichts der schon heute vorherrschenden grundsätzlichen rechtlichen Schlechterstellung von ausländischen Menschen erschiene es sinnvoller, ihre materiellen Rechte zu stärken, anstatt den Rechtsweg ans Bundesgericht einzuschränken.

Dies gilt umso mehr, weil die als Kompensation und Gegengewicht zur Beschränkung des Rechtswegs vorgeschlagene Möglichkeit, Beschwerden ans Bundesgericht immer dann zuzulassen, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, keine solche ist: Kein praktizierender Jurist kann heute wissen, was das Bundesgericht – und das Bundesverwaltungsgericht als

Vorinstanz - einmal unter einer „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ verstehen wird. Und der erläuternde Bericht geht selber davon aus, dass es um „kaum mehr als 20“ Fälle pro Jahr sein werden (vgl. EB, Ziffer 2.1.4, S. 9).

Demgegenüber können heute alle Fälle vor dem Bundesgericht verhandelt werden, in welchen die Betroffenen einen Rechtsanspruch zum Aufenthalt besitzen. Ein solcher Anspruch entsteht nicht allein aufgrund einer bestimmten Aufenthaltsdauer, sondern aus grundrechtlichen Überlegungen (z.B. bei rechtlich geschützten Familienbeziehungen).

Die geplante Einschränkung des Rechtswegs für ausländische Personen, die keine Niederlassungsbewilligung besitzen oder sich noch nicht seit 10 Jahren in der Schweiz aufhalten, greift stark in deren Grundrechte ein und ist deshalb schwer wiegend.

Sie kommt mit Blick auf die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zur Unzeit. Die Rechtstellung der von der Initiative bzw. von Art. 121 BV Betroffenen wird in Zukunft vom Strafrecht, in welchem der Landesverweis geregelt wird, beherrscht. Somit können von der Ausschaffung Bedrohte (gemäss Art. 84 BGG) in jedem Fall ans Bundesgericht gelangen.

Demgegenüber sind Personen, die ihr Aufenthaltsrecht verlieren sollen, weil sie im Bewilligungsverfahren falsche Angaben machten, gegen behördliche Auflagen verstossen haben oder die von der Sozialhilfe abhängig sind, vom Gang ans Bundesgericht ausgeschlossen, falls ihnen nicht die „Gnade“ der „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ zuerkannt wird.

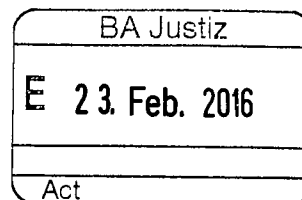
Vor diesem Hintergrund erscheint die Vorlage als unausgewogen: Je nach Rechtsgrund, der zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen soll, sollen unterschiedliche Rechtswege gelten, die im einen Fall vor dem Bundesgericht, im andern vor dem kantonalen Verwaltungsgericht enden.

Zusammenfassend stellen wir uns gegen die Einschränkungen des Rechtswegs an das Bundesgericht im Ausländer- und Asylrecht.

16.1.2016/pf



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
3003 Bern



Bern, 22. Februar 2016
jr/sl 2

Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes; Stellungnahme der Stiftung Landschaftsschutz Schweiz im Vernehmlassungs- verfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt die Stiftung Landschaftsschutz Schweiz zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Stellung. Als nach VBO (SR 814.076) vom Bund zur Verbandsbeschwerde berechnigte Organisationen ist unsere Stiftung durch die vorgeschlagene Änderung des VwVG in der Ausübung ihres Beschwerderechts betroffen.

1. Grundsätzliches

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet wird. In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.

Dies trifft aber für die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG nicht zu. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen die Überprüfungsbefugnis (Kognition) des Bundesverwaltungsgerichts massiv einschränken. Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, wären nach der Revision dieses Artikels kaum mehr möglich. Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die mit Bezug auf die Frage der Unangemessenheit nicht mehr überprüft werden könnten. Eine solche Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Natur-, Landschafts- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision.

Wir beschränken uns im Folgenden auf den Art. 49 VwVG.

2. Stellungnahme zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Mit der Revision will man den Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

c. Unangemessenheit.

2 Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;

b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder

c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.

Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit - ausser in den in Bst. a genannten Ausnahmefällen - nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden.

Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes insbesondere in den Bereichen des Natur-, Landschafts- und Umweltschutzes in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes und indirekt des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Möglich wäre neu nur noch eine Überprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss Bundesgericht, Urteil 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG). Diese Möglichkeit der Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Dies hätte gerade im Natur-, Landschafts- und Umweltschutz bedeutende Konsequenzen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen ist nicht nur nachteilig, sondern auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2).

Um die Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein beträchtlicher Ermessensspielraum besteht. Die Behörden treffen dennoch gelegentlich unangemessene Entscheide (cf. z.B. Urteil A-2030/2010 des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Eingriffe gegen eine Brutkolonie des Kormorans in einem international bedeutenden Wasservogelschutzgebiet des Bundes), die einer richterlichen Überprüfung zugänglich sein müssen.

Auch die Richter insbesondere am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht sind klar und mit guten Argumenten gegen diese Revision (cf. Erläuternder Bericht S. 12 ff.). Generell würde den verfügenden Verwaltungsbehörden mit der neuen Regelung nicht nur ein falsches Signal gegeben, es würden sich auch neue, völlig unnötige Diskussionen und damit Streitigkeiten ergeben zur Abgrenzung der Ermessensfragen von den Rechts- und Sachverhaltsfragen.

Aus diesen Gründen beantragen wir, den Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

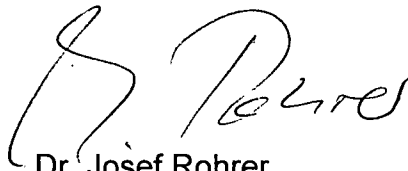
Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrages.

Freundliche Grüsse

STIFTUNG LANDSCHAFTSSCHUTZ SCHWEIZ



Dr. Raimund Rodewald
Geschäftsführer



Dr. Josef Rohrer
Projektleiter

A-Post
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Suva

Fluhmattstrasse 1
Postfach 4358
6004 Luzern

Telefon 041 419 51 11
Telefax 041 419 58 28
Postkonto 60-700-6
www.suva.ch

Marc Epelbaum, lic.iur.
Direktwahl 041 419 55 00
Direktfax 041 419 61 70
marc.epelbaum@suva.ch

Datum 29. Februar 2016
Betrifft Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG);
Stellungnahme der Suva und der Militärversicherung

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Bundesrat hat am 12. November 2015 das Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) eröffnet. Obwohl die Suva und die Militärversicherung insbesondere von der Änderung des Verfahrens vor dem Bundesgericht unmittelbar betroffen sind, wurden sie nicht zur Stellungnahme eingeladen. Als grösster Unfallversicherer der Schweiz gibt die Suva, welche auch mit der Führung der Militärversicherung beauftragt ist, im Hinblick auf die erwähnten Gesetzesänderungen fristgerecht Folgendes zu bedenken:

Ausgangslage

Im Erläuterungsbericht wird dargelegt, dass sich die geltende Ausnahmeregelung betreffend Geldleistungen der Militär- und Unfallversicherung, wonach jede unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden kann (Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 BGG), nicht mehr rechtfertigen lasse. Dies insbesondere, seit die Sachverhaltsfeststellung im Rahmen der im Dezember 2008 beschlossenen BGG-Revision für die Invalidenversicherung abgeschafft wurde. Mit Aufhebung der erwähnten Bestimmungen würde auch für die MV und UV – wie für alle anderen Sozialversicherungen – die allgemeine Regel gelten, dass beim Bundesgericht die Sachverhaltsfeststellung nur gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung beruht und wenn ausserdem die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht müsste seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde legen, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG).

Kein Zusammenhang mit dem Ziel der Revision

Die vorgesehene ersatzlose Streichung von Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 BGG erfolgt offensichtlich nur am Rande der geplanten Gesetzesrevision (unter dem Titel „Weitere Bereinigungen“). Mit den Hauptzielen der Vorlage (Korrektur der Falschbelastung des Bundesgerichts, Schliessen von Rechtsschutzlücken) hat diese Bereinigung jedenfalls nichts zu tun. Es besteht keine Not, die geltende Regelung zu ändern.

Zentrale Frage: Kausalzusammenhang

Von einem „Systemfehler“, welcher korrigiert werden müsste, kann nach unserem Dafürhalten keine Rede sein. Dass die Kognition des Bundesgerichts in Fällen der Militär- und Unfallversicherung weiter geht als in solchen der anderen Sozialversicherungsträger, lässt sich sachlich begründen. Bei der Militär- und der Unfallversicherung handelt es sich nämlich – im Gegensatz insbesondere zur Invalidenversicherung – um Kausalversicherungen. Die Kausalität ist deshalb in den Rechtsmittelverfahren der MV und der UV – im Gegensatz zur IV – der hauptsächliche Streitgegenstand (vgl. u.a.: Stefan A. Dettwiler: BGG - Sicht des Sozialversicherers, SZS 259-273, S. 267). Es ist also eine Tatfrage, ob zwischen einem schädigenden Ereignis und einer gesundheitlichen Störung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht. Das bedeutet, dass sie im Rahmen der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu prüfen ist (BGE 129 V 181).

Dieser Streitgegenstand fällt in den Anwendungsbereich von Art. 97 und 105 BGG. Die vorgesehene Gesetzesänderung (begründet mit der Vereinheitlichung der bundesgerichtlichen Kognition für den ganzen Sozialversicherungsbereich) hätte demnach zur Folge, dass wohl mehr als die Hälfte der Fälle der Unfall- und Militärversicherung vor Bundesgericht nur noch sehr eingeschränkt, nämlich auf offensichtliche Unrichtigkeit hin, geprüft werden könnte. Nebst der Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen einem Unfall (oder einem anderen Ereignis gemäss Militärversicherungsgesetz, MVG) und einer Gesundheitsschädigung ist es oft auch die Beweismwürdigung von (widersprüchlichen) Arztberichten, welche in Beschwerdeverfahren der UV und der MV zu Meinungsverschiedenheiten Anlass gibt. Auch diese richterlichen Beweismwürdigungen sind Tat- und nicht Rechtsfragen (Seiler/von Werdt/Güngerich, Handkommentar zum BGG, Art. 97 N 12), so dass auch diese nur noch sehr eingeschränkt höchstrichterlich überprüft werden könnten bzw. das Bundesgericht diesbezüglich an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden wäre. Nach Auffassung der Suva und der Militärversicherung wäre eine solche Neuregelung unbefriedigend, nicht nur aus Sicht eines Versicherungsträgers, sondern auch aus Sicht einer rechtsuchenden unfall- oder militärversicherten Person.

Zugang zum Gericht und Rechtsfortbildung gewährleisten

Bei allem Verständnis für das Anliegen des Bundesgerichts, sich von weniger bedeutenden Fällen zu entlasten, kann es nach unserer Auffassung nicht sein, dass einem Grossteil von Betroffenen in UV- und MV-Streitigkeiten der Zugang ans Bundesgericht verwehrt oder zumindest erheblich eingeschränkt würde. Vielmehr gilt heute weiterhin, was bereits in der Bundesversammlung im Rahmen der Einführung des BGG diskutiert wurde (vgl. AB 2003 S. 909 f., 2004 N 1607 ff.). Die richtige Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit Sozialversicherungsleistungen ist in technischer Hinsicht besonders schwierig und für

die Betroffenen von besonderer Bedeutung, weshalb sie weiterhin höchststrichterlich uneingeschränkt überprüfbar bleiben muss. Es wurde also nicht versehentlich keine Beschränkung der Kognition für den Unfall- und Militärversicherungsbereich eingeführt.

Auch unter dem Aspekt der „richtigen“ oder „falschen“ Belastung des Bundesgerichts, welcher bei dieser BGG-Revision im Vordergrund steht, spricht vieles für das Beibehalten der Regelung gemäss Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 BGG. Nicht selten handelt es sich nämlich in den Kausalitäts- und Beweiswürdigungsstreitigkeiten der UV und der MV sowohl in finanzieller als auch in rechtlicher Hinsicht um gewichtige Fälle. Bei der Frage, ob einem UV- oder MV-Versicherten Leistungen zustehen oder nicht, kann es um Streitwerte von einigen 100'000 Franken gehen. Die ersatzlose Streichung von Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 BGG würde für das Bundesgericht also nicht eine Entlastung von weniger bedeutenden Fällen bedeuten. Infolge Wegfalls einer grossen Anzahl von Fällen aus dem Kerngeschäft der UV und der MV würde ihm vielmehr die Gelegenheit genommen, in diesen Sozialversicherungszweigen rechtsfortbildend tätig sein zu können.

Militärversicherung als Haftungsinstitution des Bundes

Besonders stossend wäre die Neuregelung für die Militärversicherung, da sie nicht einfach als Sozialversicherung im Vergleich zur IV und UV zu betrachten ist, sondern vielmehr als Haftungsinstitution des Bundes (vgl. Reinhard Perren, Militärversicherung, in: Handbuch für die Anwaltspraxis, Band XI, Basel 2014, S. 807). Bei Personenschäden von Armeeangehörigen richtet sich die Haftung des Bundes ausschliesslich nach dem MVG (Art. 34 in Verbindung mit Art. 135; vgl. auch BGE 127 II 289 ff.). Das trifft auch dann zu, wenn ein Versicherter der MV durch ein Militärfahrzeug verletzt oder getötet wird (Art. 81 Strassenverkehrsgesetz, SVG). Der Geschädigte kann weder den Bund als Halter noch den Fahrer für Schadenersatz belangen. Im Haftpflichtrecht steht einem Geschädigten im zivilen Leben meistens ein dreistufiger Instanzenzug mit vollem Zugang zum Bundesgericht offen. Wenn nun hier mit der Neuregelung eine Beschränkung für die MV beim Bundesgericht stipuliert wird, führt dies zu einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung gegenüber Geschädigten im zivilen Leben.

Da folglich im Rahmen des MVG spezielle Beweisregeln und Tatfragen zu beurteilen sind (Vordienstlichkeit, Sicherheitsbeweis, bedürfnisorientierte Leistungen etc.), wäre hier der Rechtsschutz der MV-Versicherten nicht mehr gewährleistet. Zudem spielen den fürsorge- und bedürfnisorientierten Leistungen der MV (vgl. Art. 54, 55, 59 und 61 MVG etc.) Tatfragen des Einzelfalles eine grosse Rolle, womit sich die Einschränkung der Kognition einzig auf Rechtsfragen gemäss den vorgeschlagenen Art. 97 und Art. 105 BGG sachlich nicht begründen lässt. Beispielsweise könnte ein MV-Versicherter mit einem umstrittenen Gehörschaden diesen nicht mehr vom Bundesgericht beurteilen lassen (vgl. Urteil 8C_96/2015,

Erw. 3.1 mit ausführlicher Würdigung des Sachverhaltes).

Auch mengenmässig macht die vorgeschlagene Neuregelung für die MV keinen Sinn: Pro Jahr beurteilt das Bundesgericht nur etwa 5 Fälle der MV. Es bestünde im Gegenteil die Gefahr, dass aufgrund einer sogar sinkenden Anzahl Fälle vor Bundesgericht die einheitliche Rechtsfortbildung und Rechtsprechung im Bereiche des MVG gefährdet wäre.

Bestehende Einschränkungen

Schliesslich gilt es, auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mit der Einführung des BGG bereits einer grossen Kategorie von Fällen der Zugang ans Bundesgericht verwehrt wurde. Dazu gehören jene Fälle, in welchen die kantonalen Vorinstanzen nicht materiell entscheiden, sondern ein Rückweisungsurteil an die Verwaltung erlassen (vgl. Art. 93 BGG sowie die diesbezügliche Rechtsprechung). Gemäss den Erfahrungen der Suva sind dies ca. 15 % aller Urteile von kantonalen Versicherungsgerichten, welche aus diesem Grund zum vornherein nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden können. Hinzu kämen jetzt mit der vorgesehenen Gesetzesrevision eine weitere grosse Kategorie von Fällen der Unfall- und Militärversicherung, welche nicht mehr zweitinstanzlich überprüft werden könnte. Dieser einschneidenden Konsequenzen muss sich der Gesetzgeber bewusst sein, wenn er die BGG-Revision im Sinne des Entwurfes beschliessen will.

Weitere Berührungspunkte

Ansonsten betreffen die geplanten Änderungen des BGG die Sozialversicherungen nur wenig. Dass mit der Beschwerde gegen Verfügungen und Einsprache-Entscheide über Versicherungsleistungen auch die Unangemessenheit gerügt werden kann (neu Art. 61 Abs. 1 lit. b bis), entspricht bereits der geltenden Rechtsprechung. Mit der Streichung von Art. 112 Abs. 2 BGG wird es inskünftig nicht mehr möglich sein, dass ein kantonales Versicherungsgericht seinen Entscheid ohne Begründung eröffnet. Von dieser Möglichkeit machten ohnehin nur noch sehr wenige Kantone Gebrauch. Regelmässig wurde in solchen Fällen von der unterliegenden Partei die Ausfertigung eines schriftlichen Urteils verlangt, so dass die geplante Gesetzesrevision sicher sinnvoll ist.

Basierend auf diesen Ausführungen beantragen wir Ihnen, auf die Streichung von Art. 97 Abs. 2 und 105 Abs. 3 BGG zu verzichten.

Seite 5/5

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen bei Fragen gerne zur Verfügung. Die elektronische Version dieser Stellungnahme senden wir wunschgemäss an die angegebene E-Mail-Adresse (cornelia.perler@bj.admin.ch).

Freundliche Grüsse

Suva

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'M' followed by a horizontal line.

Marc Epelbaum, lic.iur.
Generalsekretär

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

cornelia.perler@bj.admin.ch

Zürich, 12.2.2016

Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes Stellungnahme von BirdLife Schweiz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt der Schweizer Vogelschutz SVS/BirdLife Schweiz zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Stellung. BirdLife Schweiz setzt sich für die Biodiversität der Schweiz ein und trägt damit entscheidend bei zur Umsetzung der Strategie Biodiversität Schweiz (SBS) des Bundesrates von 2012. BirdLife Schweiz mit seinen über 60'000 Mitgliedern und der Vertretung von 20 Landesorganisationen und Kantonalverbänden sowie 450 lokalen Sektionen in den Gemeinden und als nach VBO (SR 814.076) vom Bund als zur Verbandsbeschwerde berechnigte Naturschutzorganisationen ist durch die vorgeschlagene Änderung des VwVG in der Ausübung seines gesetzlich garantierten Verbandsbeschwerderechts stark betroffen.

1. Grundsätzliche Erwägungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuordnung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet wird. **In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.**

Dies trifft aber nicht zu für die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen die **Überprüfungsbefugnis (Kognition) des Bundesverwaltungsgerichts massiv einschränken**. Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, wären nach der Revision dieses Artikels kaum mehr möglich. Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die mit Bezug auf die Frage der Unangemessenheit nicht mehr überprüft werden könnten.

Eine solche Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Natur- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision.

Wir beschränken uns im Folgenden auf diesen Art. 49 VwVG.

Hingegen begrüssen wir die Verbesserung des Verbandsbeschwerderechts dadurch dass neue Entscheide auf dem Gebiet des Kernenergierechts nicht mehr von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen sind (Art. 83 Bst. n BGG und Art. 83 E-BGG).

2. Stellungnahme im Einzelnen zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Der heutige Art. 49 VwVG lautet:

E. Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen:

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens;
- b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes;
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

Mit der Revision will man den Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

c. Unangemessenheit.

2 Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

- a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;
- b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder
- c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.

Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden, wenn es sich nicht um eine Verfügung handelt

- über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen oder
- über Sozialversicherungsleistungen

Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes, zum Beispiel BAFU, BAZL oder UVEK insbesondere im Bereich Natur- und Umweltschutz in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes und indirekt des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Heute kann gegen eine Verfügung des BAFU oder UVEK eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und dort "Unangemessenheit" geltend gemacht werden. Möglich wäre neu nur noch eine Überprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss BGer, Urteil 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG). (3.1.2)

Diese vom Bundesgericht unterstützte Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Dies hätte gerade im Natur- und Umweltschutz grosse Konsequenzen. Im Wissen darum, dass eine Überprüfung verunmöglicht ist, könnten Behörden des Bundes unangemessene Entscheide fällen, die sie heute im Wissen um die bestehende Rekursmöglichkeit nicht fällen. Es wären vermehrt auch, sagen wir es mit direkten Worten, mit „schludrigen“ Entscheiden der Bundesbehörden zu rechnen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen ist nicht nur nachteilig, sondern auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2 m.w.H.).

Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).

Um die Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass gerade im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein grosser Ermessensspielraum besteht. Die Behörden treffen aber gelegentlich unangemessene Entscheide.

In solchen Fällen — im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6319/2011 vom 17. September 2012 ging es beispielsweise um ein Ausführungsprojekt zur Reaktivierung des Wildtierkorridors, welches die Beschwerdeführer als ungeeignet erachteten — hatte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung primär (aber immerhin!) abzuklären, ob alle berührten Interessen ermittelt und beurteilt sowie ob die möglichen Auswirkungen des Projekts bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Gefordert war also im jenem Fall, ob es keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gibt und ob davon ausgegangen werden kann, dass die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (so auch BGE 133 II 35 E. 3; BVGE 2010/9 E. 4.3 S. 230, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1187/2011 vom 29. März 2012 E. 2 und A-1619/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 3 und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 446c f.).

Auch im Urteil A-2030/2010 betreffend Eingriffe gegen eine Brutkolonie des Kormorans in einem international bedeutenden Wasservogelschutzgebiet des Bundes hatte das Bundesverwaltungsgericht unter anderem zu prüfen, ob der Entscheid der Behörde unangemessen sei (2.1). Es kam zu folgendem Schluss¹: «Das BVGer hat diese Verfügung aufgehoben, weil sie Artikel 9 Absatz 1 der WZVV verletzt. Gemäss BVGer liegt der Schaden, den die Berufsfischer durch die Kormorane erleiden, weit unter dem vom BAFU angegeben Wert (lediglich 2,5 % und nicht 6 % der Bruttoerträge). Dies ist nicht ausreichend, um solche Massnahmen zu rechtfertigen, die ihrerseits einen untragbaren Schaden voraussetzen. Ausserdem würden die bewilligten Massnahmen nur in beschränktem Ausmass die Bestände regulieren. Auch sind sie nicht geeignet, die Netzschäden wirksam zu vermeiden». Wäre die in der Revision vorgeschlagene Regelung im Jahre 2011 bereits in Kraft gewesen, hätte das Bundesverwaltungsgericht eine solche Unangemessenheit gar nicht überprüfen können. Es wäre äusserst stossend und rechtsstaatlich fragwürdig, wenn wegen einer unnötigen,

1

http://www.bvger.ch/medien/medienmitteilungen/00688/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,Inp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdlR6fWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--

umstrittenen und zur „Entlastung“ des Bundesverwaltungsgerichts untauglichen Revision diese Verfügung der Behörden Rechtskraft erlangt hätte. Damit würde heute an unzähligen Orten ungerechtfertigterweise gegen eine Vogelart in national und international bedeutenden bundesrechtlichen Schutzgebieten vorgegangen.

Auch die Richterinnen und Richter insbesondere am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht sind klar gegen diese Revision (Erläuternder Bericht S. 12 ff.). Hingegen sind die Argumente des Bundesrates für die Änderung ausgesprochen dürftig.

Generell würde den verfügenden Verwaltungsbehörden nicht nur ein falsches Signal gegeben, es würden sich auch neue, völlig unnötige Diskussionen und damit Streitigkeiten ergeben zur Abgrenzung der Ermessensfragen von den Rechts- und Sachverhaltsfragen.

Die Aussage im letzten Abschnitt von Ziff. 2.3 des erläuternden Berichts würde zudem bedeuten, dass wegen der Änderung von Art. 49 VwVG allenfalls eine weitere Gesetzesänderung nötig würde, um im NHG die Überprüfung der Unangemessenheit in Sachen Naturschutz und nötigenfalls auch in anderen Gesetzen wieder zuzulassen. Das erachten wir als schlicht nicht zielführend. Nachdem «verschiedene Spezialgesetze für ihren Bereich» eine Rüge der Unangemessenheit bereits ausschliessen, ist das Problem in diesen Bereichen gelöst. In den anderen Bereichen ist, wie wir hier gezeigt haben, die Beibehaltung wichtig. Es braucht demnach keine Revision von Art. 49 VwVG.

Aus allen diesen Gründen stellen wir den Antrag, den Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrags und grüssen Sie freundlich

Schweizer Vogelschutz SVS/BirdLife Schweiz



Werner Müller
Geschäftsführer



Christa Glauser
Stv. Geschäftsführerin

Swisscom AG, Konzernrechtsdienst, 3050 Bern

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
CH - 3001 Bern

vorab per E-Mail: cornelia.perler@bj.admin.ch

Datum	24. Februar 2016
Ihr Kontakt	Stefan Gilgen / +41 58 223 29 78 / stefan.gilgen@swisscom.com
Thema	Vernehmlassungsverfahren Teilrevision Bundesgerichtsgesetz (BGG) / Stellungnahme Swisscom

Seite
1 von 10

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf den mit Begleitschreiben vom 12. November 2015 öffentlich zugänglich gemachten Vernehmlassungsentwurf zur Teilrevision des Bundesgerichtsgesetzes (nachfolgend „E-BGG“) sowie den dazugehörigen erläuternden Bericht vom 04. November 2015 (nachfolgend „Erläuterungsbericht“). Gerne erlaubt sich die Swisscom AG (nachfolgend „Swisscom“), von der eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme fristgemäss Gebrauch zu machen und Ihnen nachfolgende Vernehmlassungseingabe zukommen zu lassen.

Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren sich auf die beiden aus Sicht von Swisscom gewichtigsten Aspekte der Revisionsvorlage, welche massgebliche Auswirkungen auf den Geschäftsbereich von Swisscom als grösste Telekommunikationsunternehmung der Schweiz haben. Einerseits geht es um den vorgeschlagenen modifizierten **Ausnahmekatalog von Art. 83 E-BGG**, welcher den Rechtsschutz in zentralen Bereichen der Fernmelderegulierung einschränkt (vgl. nachfolgend Ziff. 1). Andererseits gibt die vorgeschlagene Einschränkung der **Kognition des Bundesverwaltungsgerichtes (Art. 49 E-VwVG)**, welche für Swisscom sowohl bei Regulierungseingriffen gestützt auf das allgemeine Wettbewerbsrecht als auch in Bezug auf die sektorspezifische Fernmeldegesetzgebung von Relevanz ist, zu verschiedenen Bemerkungen Anlass (vgl. nachfolgend Ziff. 2).

1. Zum eingeschränkten Rechtsschutz im Fernmeldebereich (Art. 83 Abs. 1 lit. p sowie Abs. 2 E-BGG)

a) Entstehungsgeschichte des geltenden Art. 83 lit. p BGG

Gemäss der im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege per 01. Januar 2007 eingeführten Bestimmung von **Art. 83 lit. p BGG** war die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs gänzlich ausgeschlossen. Demzufolge war das Bun-

desverwaltungsgericht in diesem Bereich somit einzige und abschliessende Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Bundesbehörden (**Bundesamt für Kommunikation** [nachfolgend „BAKOM“] sowie **Eidgenössische Kommunikationskommission** [nachfolgend „ComCom“]).

Die mit dem Totalausschluss verbundene Beschränkung des Rechtsschutzes wurde mit der raschen technischen und wirtschaftlichen Entwicklung auf dem Gebiet der Telekommunikation sowie der wirtschaftlichen Notwendigkeit eines möglichst raschen Markteintritts von neuen Anbietern begründet, weshalb eine Verlängerung des Verfahrens unerwünscht sei¹.

Im Rahmen einer Teilrevision des FMG² sowie des gleichzeitig verabschiedeten neuen RTVG³ rückte der Gesetzgeber vom Totalausschluss im Bereich des Fernmeldeverkehrs ab. Gemäss der seit dem 01. April 2007 geltenden Fassung ist auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs der Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht auf öffentlich ausgeschriebenen Konzessionen (Art. 83 lit. p Ziff. 1 BGG) sowie die **fernmelderechtliche Zugangsregulierung** („Streitigkeiten gemäss Art. 11a FMG“, vgl. Art. 83 lit. p Ziff. 2 BGG) beschränkt⁴.

Im Rahmen der Beratung der beiden Teilausschlüsse wurde in den parlamentarischen Kommissionen darüber diskutiert, ob es sinnvoll sei, ausgerechnet die wohl wichtigsten Bereiche vom bundesgerichtlichen Rechtsschutz auszunehmen. Der Kommissionssprecher im Ständerat führte aus, die getroffene Lösung sei problematisch und es gäbe Alternativen dazu. Aber in diesem späten Zeitpunkt der Gesetzesberatung wäre es nicht seriös, diese Diskussion neu aufzurollen. Die vorgesehene Regelung sei vertretbar, auch wenn sie inhaltlich nicht vollständig zu befriedigen vermöge⁵.

b) Art. 83 Abs. 1 lit. p sowie Abs. 2 E-BGG gemäss Vernehmlassungsentwurf

Während der bisherige Ausnahmetatbestand gemäss Ziff. 3 von Art. 83 lit. p BGG (Zugang zu Postfachanlagen und Adressdaten für die Zustellung von Postsendungen) ohne nähere sachliche Begründung „*nicht mehr weitergeführt*“⁶ werden soll und Ziff. 1 (Konzessionen u.a. auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs, welche Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung waren) neu unter die allgemeiner formulierte Ausnahme von Art. 83 Abs. 1 lit. f E-BGG fallen soll, bildet die bisherige Ziff. 2 des aktuell geltenden Art. 83 lit. p BGG den neu zur Diskussion stehenden **Ausnahmetatbestand von Art. 83 Abs. 1 lit. p E-BGG**. Demzufolge soll die Beschwerde ans Bundesgericht im Zusammenhang mit der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung („*Entscheidung über die Gewährung des Zugangs zu Fernmeldediensten für andere Anbieter [Art. 11a FMG]*“) weiterhin ausgeschlossen sein.

Begründet wird die Beibehaltung der Ausnahmebestimmung im Wesentlichen mit dem Hinweis darauf, dass es sich beim Telekommunikationssektor um einen „*dynamischen Marktbereich*“ handle, weshalb „*dem raschen Abschluss des Verfahrens eine besondere Bedeutung zukommt. Ansonsten würde eine vernünftige Geschäftsplanung und Kalkulation namentlich für kleinere Anbieter fast unmöglich*“⁷.

Zum Ausnahmekatalog von Art. 83 Abs. 1 E-BGG wird mit **Art. 83 Abs. 2 E-BGG** eine **Gegenausnahme** vorgeschlagen. Danach soll die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig sein, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt. Diese Gegenausnahme soll jedoch für Entscheide nach Art. 83 Abs. 1 lit. p E-BGG nicht zur Anwendung gelangen.

¹ BBl 2001, S. 4324; BBl 2003, S. 1758.

² Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10).

³ Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40).

⁴ Zur Entstehungsgeschichte von Art. 83 lit. p BGG vgl. im Einzelnen Urteil 2C_679/2008 des Bundesgerichts vom 27. Mai 2009, Erw. 2 und 3.

⁵ Votum von Ständerat Thomas Pfisterer und Ratsbeschluss in AB 2006 S 94; vgl. auch das Votum von Nationalrat Peter Vollmer in AB 2006 N 10.

⁶ Erläuterungsbericht S. 20.

⁷ Erläuterungsbericht S. 20 unten.

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichtes im Zusammenhang mit der fernmeldegesetzlichen Zugangsregulierung (Art. 11a FMG) wären somit stets abschliessend und endgültig⁸. Entgegen einem Grundanliegen der Revisionsvorlage besteht mithin **bei Entscheiden im Zusammenhang mit der fernmeldegesetzlichen Zugangsregulierung keine Möglichkeit, mit Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei Vorliegen eines bedeutenden Falles an das Bundesgericht zu gelangen**⁹.

c) Stellungnahme von Swisscom zum Regelungsvorschlag sowie dessen Begründung

Wird entgegen dem Verfassungsauftrag von Art. 191 Abs. 1 BV („Das Gesetz gewährleistet den Zugang zum Bundesgericht“) ausnahmsweise für gewisse Sachbereiche gestützt auf Art. 191 Abs. 3 BV eine Ausnahme vorgesehen, so sind hierfür qualifizierte Gründe notwendig. In solchen Konstellationen besteht besonderer Legitimationsbedarf, zumal letztendlich auch zentrale rechtsstaatliche Grundsätze sowie verfassungsrechtlich garantierte Prinzipien (Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV¹⁰; verfassungsrechtliches Gebot des individuellen, richterlichen und effektiven Rechtsschutzes) zur Diskussion stehen.

Diesen Anforderungen genügen die Ausführungen im Erläuterungsbericht bedauerlicher- und erstaunlicherweise auch nicht ansatzweise. Die vorgetragenen Gründe für den der geltenden Regelung (Art. 83 Abs. 1 lit. p Ziff. 2 BGG) entsprechenden Art. 83 Abs. 1 lit. p E-BGG und insbesondere auch den Ausschluss der Gegen Ausnahme gemäss Art. 83 Abs. 2 E-BGG erscheinen mit Blick auf die Entstehungsgeschichte sowie die aktuellen tatsächlichen Gegebenheiten nicht nachvollziehbar und teilweise sogar widersprüchlich. Die vorgeschlagene Rechtsschutzbeschränkung entbehrt einer sachlich haltbaren Grundlage und würde in einem Bereich von grosser wirtschaftlicher Tragweite zu erheblichen Rechtsschutzdefiziten führen. Im Einzelnen erlaubt sich Swisscom, nachfolgend folgende Überlegungen einzubringen:

- ➔ Der im Bereich der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung auf lediglich eine richterliche Instanz beschränkte Rechtsweg wird im Erläuterungsbericht im Wesentlichen mit der besonderen **Dynamik bzw. Schnelllebigkeit des Telekommunikationsmarktes** gerechtfertigt¹¹. Die konkrete Begründung ist letztendlich wirtschaftspolitisch motiviert (tiefere Markteintrittshürden durch kürzere Verfahrensdauern; stabile und voraussehbare Rahmenbedingungen für Fernmeldediensteanbieterinnen). Eine entsprechende Marktsteuerung bzw. angebliche Förderung des Wettbewerbs über Rechtsschutzregelungen scheint bereits aus grundsätzlichen ordnungspolitischen Überlegungen fragwürdig. In diesem Sinne wurde von der Lehre berechtigterweise darauf hingewiesen, dass schnell ändernde technische, kommerzielle und ökonomische Marktgegebenheiten in zahlreichen anderen Fällen gleichermassen als Argumente vorgetragen werden könnten für eine Beschränkung des Rechtsschutzes und eine entsprechende Begründung gerade angesichts der grossen volkswirtschaftlichen Bedeutung des Telekommunikationssektors kaum überzeugend ist.¹²
- ➔ Die Überlegungen und Beweggründe, welche offenbar Grundlage für die vorgeschlagene Regelung von Art. 83 Abs. 1 lit. p und Abs. 2 E-BGG bilden, wurden vermutungsweise unreflektiert aus der Begründung für die aktuell bestehende Ausnahmeregelung übernommen. Diese sind indessen überholt bzw. entsprechen nicht mehr den **heutigen tatsächlichen Marktgegebenheiten**. Knapp zwei Jahrzehnte nach der Liberalisierung des Fernmeldewesens (Inkrafttreten des Interkonnektionsregimes per 01.01.1998 [AS 1997 2187]) sowie neun Jahre nach Inkrafttreten der erweiterten Zugangsregulierung des aktuellen Art.

⁸ Von der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung abgesehen gilt nur noch für das Asylrecht sowie für Entscheide über öffentliche Kaufangebote von börsenkotierten Beteiligungspapieren ein gleich weit gehender Rechtsschutzausschluss.

⁹ Vgl. Erläuterungsbericht S. 4 f.

¹⁰ Die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV garantiert, dass Betroffene ein Gericht mit umfassender Prüfungsbefugnis anrufen können (BGE 134 V 401 ff, Erw. 5.3, S 403 f.; ANDREAS KLEY, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Bernhard Ehrenzeller/ Benjamin Schindler/ Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 15 zu Art. 29a BV.

¹¹ Vgl. Erläuterungsbericht S. 20.

¹² THOMAS HABERLI, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), 2. Aufl. 2011, N 245 zu Art. 83 BGG.

11 FMG (AS 2007 921) sind die Rahmenbedingungen sowie die Modalitäten der regulierten Zugangs-dienste weitestgehend geklärt und es besteht auch in Bezug auf die regulierten Preise Kontinuität sowie Vorausssehbarkeit. Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, inwiefern der ordentliche zwei-fache Instanzenzug eine „vernünftige Geschäftsplanung und Kalkulation namentlich für kleinere Anbieter fast unmöglich“ machen würde, wie dies der Erläuterungsbericht suggeriert¹³.

- ➔ Die kurze sowie wenig differenziert ausgefallene Begründung zur Ausschlussbestimmung von Art. 83 Abs. 1 lit. p und Abs. 2 E-BGG ist zudem auch erstaunlich vor dem Hintergrund der kontroversen **Entstehungsgeschichte** hinsichtlich der aktuell geltenden Regelung, insbesondere dem dazumal ausdrücklich angebrachten **Unbehagen des Gesetzgebers** im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des Rechts-schutzes im Bereich des Fernmeldeverkehrs¹⁴. Weitere rechtspolitische Vorbehalte wurden auch im Vor-gang zur Ausarbeitung der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage angebracht. So wurde beispielsweise im Rahmen der vom Bundesrat zur Annahme beantragten **Motion Janiak 10.3054** vom 04. März 2010 (Weiterzug von Urteilen des Bundesverwaltungsgerichtes an das Bundesgericht in Fällen von grundsätz-licher Bedeutung auch im Bereich des öffentlichen Rechts)¹⁵ nochmals ausdrücklich auf die unbefriedi-gende Situation hingewiesen, wonach „...zum Beispiel Streitigkeiten auf dem Gebiete des Fernmeldever-kehrs, wo es um Vermögenswerte von Hunderten von Millionen Franken gehen kann, nur beschränkt an das Bundesgericht weitergezogen werden“ können.
- ➔ Soweit Argumente der **zeitlichen Dringlichkeit** bzw. **Verfahrensbeschleunigung** für den Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit beim Bundesgericht vorgetragen werden, ist sodann mit der Rechtsetzungs-lehre¹⁶ festzuhalten, dass diesbezüglich Vorsicht geboten ist. Das Bundesgericht kann solchen Umstän-den mit einer prioritären Behandlung der Beschwerde oder, wenn ein Gesuch um Erteilung der aufschie-benden Wirkung gestellt wird, mit dessen Ablehnung Rechnung tragen. Abgesehen davon, dass die „Be-schwerde an das Bundesgericht ... in der Regel keine aufschiebende Wirkung“ hat¹⁷, enthalten die massge-blichen Erlasse des Bundesverwaltungsrechts genügend wirksame Instrumente (Erlass von vorsorgli-chen Massnahmen, eingeschränkte Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen), um Verfahrensverzöge-rungen zu verhindern und bei Bedarf während des Verfahrens den nötigen Rechtsschutz zu gewährleis-ten. Im Weiteren kann auch darauf hingewiesen werden, dass auch die Fernmeldegesetzgebung selber spezifische Vorgaben kennt, welche der Verfahrensbeschleunigung dienen.¹⁸
- ➔ In Bezug auf die vorgeschlagene Ausnahmebestimmung von Art. 83 Abs. 1 lit. p und Abs. 2 E-BGG werden weder die vom Bundesrat im Rahmen des **Evaluationsberichtes**¹⁹ definierten **Ziele für eine BGG-Revision** eingehalten noch wird der dabei vorgegebenen Stossrichtung für die Anpassung des Ausnahmekatalogs Rechnung getragen²⁰. So können keine überzeugenden Gründe vorgetragen werden, warum für Netz-zugangsverfügungen der ComCom gemäss Art. 11a FMG die Möglichkeit einer einmaligen gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich genügt. Zudem fehlt jegliche qualifizierte sachliche Begründung, wieso der von der Revisionsvorlage angestrebte Zugang zum Bundesgericht zumindest nicht bei allen grundlegen-

¹³ Erläuterungsbericht S. 20.

¹⁴ Vgl. im Einzelnen oben Ziff. 1 lit. a dieser Stellungnahme.

¹⁵ Vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20103054>.

¹⁶ MARINO LEBER, Grundsätze für die Rechtsetzung im Bereich der Bundesrechtspflege, LeGes 2012/3, S. 297 ff., S. 302.

¹⁷ Art. 103 BGG.

¹⁸ Gemäss Art. 11a Abs. 3 FMG hat die ComCom innerhalb von sieben Monaten nach Eingang eines Zugangsgesuches zu entscheiden.

¹⁹ Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBl 2013, S. 9077 ff.

²⁰ BBl 2013, 9102. Vgl. zur anzustrebenden Grundkonzeption von Art. 83 BGG auch FELIX UHLMANN/GIOVANNI BIAGGINI, Evaluation der Wirksam-keit der neuen Bundesrechtspflege, Teilprojekt Rechtsschutzlücken, Schlussbericht vom März 2013, S. 41 f (abrufbar unter <https://www.bj.ad-min.ch/bj/de/home/staat/evaluation.html>): „Wegleitend muss sein, dass das Bundesgericht alle Fälle entscheiden kann, die im Lichte der Rechts-fortbildung und der einheitlichen Rechtsanwendung höchstrichterlich zu klären sind. Der Rechtsweg ans Bundesgericht kann dort eingeschränkt werden, wo hinreichender Rechtsschutz durch die Vorinstanzen gewährleistet ist und die Einschränkung tatsächlich zu einer Entlastung des Bun-desgerichts führt.“

den Rechtsfragen oder besonderes bedeutenden Fällen offen stehen soll. Beim möglichen Sachbereichsausschluss gemäss Art. 191 Abs. 3 BV dachte der Verfassungsgesetzgeber im Übrigen primär an Bereiche, „die wegen der ausserordentlich hohen Zahl von Beschwerden oder aus Gründen der Entlastung des Bundesgerichts abschliessend von einem unteren Gericht beurteilt werden sollen“²¹. Entgegen anderen Sachbereichen (z.B. Asylrecht) sind indessen im Bereich der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung keine Massenverfahren zu gewärtigen. Da lediglich eine überblickbare Anzahl von Einzelfällen anzutreffen ist, würde ein zweifacher Instanzenzug für die Belastungssituation des Bundesgerichtes nicht ins Gewicht fallen.

- ➔ Der behördlich angeordnete Netzzugang ist für die betroffenen Marktteilnehmer regelmässig von **grosser wirtschaftlicher Tragweite**²². Da insbesondere die verpflichtete marktbeherrschende Anbieterin durch die Zugangsregulierung substantielle **Grundrechtseingriffe** zu gewärtigen hat, hätte es sich vor diesem Hintergrund aus rechtsstaatlichen Gründen aufgedrängt, zumindest die Beweggründe für den Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit hinsichtlich grundlegender Rechtsfragen oder besonders bedeutender Fälle gemäss Art. 83 Abs. 2 E-BGG einlässlich und transparent darzulegen. Eine spezifische Begründung für diesen Ausschluss fehlt im Erläuterungsbericht²³.
- ➔ Der Erläuterungsbericht verweist im Übrigen auch auf **andere Netzinfrastrukturen**, bei denen die Möglichkeit besteht, streitige Zugangsbedingungen zu entsprechenden Infrastrukturanlagen bis vor Bundesgericht zu tragen²⁴. Gerade die Verhältnisse und ein Quervergleich zum mittlerweile teilliberalisierten Stromversorgungsmarkt zeigen jedoch anschaulich, dass der Fernmeldemarkt **ohne sachlich haltbare Gründe ungleich behandelt** wird und die im Erläuterungsbericht angeführte Begründung gerade gegen eine Ausnahme vom ordentlichen Rechtsschutz spricht. Es ist nicht einzusehen, weshalb im Bereich der Telekommunikation ein gegenüber anderen Netz- bzw. Wirtschaftssektoren eingeschränkter Rechtsschutz verankert werden soll. Während beispielsweise Anstände im Zusammenhang mit dem Zugang zu Stromversorgungsnetzen sowie Fragestellungen zu den Netznutzungsentgelten²⁵ einer gerichtlichen Klärung bis vor Bundesgericht zugänglich sind, ist dies im Fernmeldebereich ausgeschlossen. Gerade mit Blick auf das Phänomen der Netzkonvergenz, den sektorübergreifenden Infrastrukturtätigkeiten und den damit verbundenen vermehrten Verflechtungen zwischen verschiedenen Infrastrukturnetzen (Smart Metering; Bau von Glasfaseranschlussnetzen durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen²⁶) ist eine sektorübergreifend einheitliche Regelung des Rechtsschutzes angezeigt.
- ➔ Im Weiteren kann darauf hingewiesen werden, dass Swisscom neben der sektorspezifischen Fernmelderegulierung auch der **allgemeinen Wettbewerbsregulierung** unterliegt. Bei Streitigkeiten gestützt auf das allgemeine Wettbewerbsrecht (insbes. Kartellgesetzgebung) ist der Gang ans Bundesgericht zulässig. Bei einer konsistenten und gesamtheitlichen Betrachtungsweise sowie unter Hinweis auf das Gebot der Einheit der Rechtsordnung gibt es aus einer übergeordneten wettbewerbsrechtlichen Sicht keine überzeugende Antwort auf die Frage, weshalb nicht für den gesamten Bereich der Telekommunikation die gleiche zweistufige Rechtsschutzregelung gelten soll.
- ➔ Bei der **ComCom** handelt es sich um eine sogenannte **Behördenkommission**, welche verfassungsrechtlich der dezentralen Bundesverwaltung gemäss Art. 178 BV und nicht der Justiz zugeordnet wird²⁷. Ihr

²¹ CHRISTINA KISS/HEINRICH KOLLER, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Bernhard Ehrenzeller/ Benjamin Schindler/ Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 24 zu Art. 191 BV.

²² Vgl. Urteil BGer 2A.503/2000 vom 03. Oktober 2001, Erw. 7a; BGE 131 II 13, Erw. 6.4.1 und 6.4.2.

²³ Vgl. Erläuterungsbericht S. 20 f.

²⁴ Vgl. Erläuterungsbericht S. 20.

²⁵ Art. 13 f. StromVG (Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 [Stromversorgungsgesetz, SR 734.7]).

²⁶ Vgl. dazu BRIGITTA KRATZ, Glasfaser im Wettbewerb bzw. im Visier von politischen, Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden, in: Kommunikation, Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 581 ff.

²⁷ BGE 131 II 13 ff., S. 19, Erw. 3.2.

fehlt die richterliche Unabhängigkeit und sie weist gegenüber der Bundesverwaltung nur eine schwach ausgeprägte institutionelle Unabhängigkeit auf²⁸. Mit der Problematik des weitgehenden Ausschlusses eines effektiven Rechtsschutzes im Rahmen der fernmelderechtlichen Netzzugangsregulierung eng verbunden ist der Umstand, dass der in Netzzugangsverfahren erstinstanzlich verfügenden ComCom ein **weitgehendes Regulierungsermessen** zugestanden wird. Da das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung von Netzzugangsverfügung die ihm von Gesetzes wegen übertragene volle Kognition de facto nur sehr zurückhaltend wahrnimmt und die Prüfungsdichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie bei der Angemessenheitskontrolle unter Verweis auf das „**technische Ermessen**“ der ComCom als sachverständige (Fach)Behörde regelmässig reduziert, verfügt die ComCom im Rahmen ihrer Regulierungstätigkeit in verschiedenster Hinsicht über grosse Entscheidungs- und Beurteilungsspielräume, welche einer justiziablen Überprüfung entzogen sind²⁹. In Verbindung mit den vorgesehenen Rechtsschutzausschlüssen führt dies letztendlich zum rechtsstaatlich problematischen Ergebnis, dass bei fernmelderechtlichen Netzzugangsverfahren ein **effektiver Rechtsschutz nicht mehr gewährleistet** ist und die ComCom sich zumindest teilweise in einem quasi rechtsfreien Bereich bewegen kann.

- ➔ Der Vollständigkeit halber ist zudem darauf hinzuweisen, dass die **aktuelle Vernehmlassungsvorlage** im Zusammenhang mit der **Revision des Fernmeldegesetzes**³⁰ die obgenannten Vorbehalte hinsichtlich der Rechtsschutzeinschränkungen weiter akzentuiert. So ist vorgesehen, die Kompetenzen und damit das Regulierungsermessen der erstinstanzlich verfügenden ComCom weiter auszudehnen³¹. Verbunden damit ist die Ausdehnung der heutigen Beschränkung des Rechtsschutzes gemäss Art. 83 lit. p Ziff. 2 BGG auf weitere fernmelderechtliche Entscheide³² (die wohl auch in den Art. 83 Abs. 1 lit. p und Abs. 2 E-BGG übernommen würde). Da für diese Regelung praktisch die gleichen Gründe wie für die Einschränkung des Rechtsschutzes gemäss Art. 83 Abs. 1 lit. p und Abs. 2 E-BGG vorgebracht werden, kann der vorliegend dargelegte Standpunkt von Swisscom auch auf die im Rahmen der Revision der Fernmeldegesetzgebung zur Diskussion stehenden weiteren Tatbestände (und nicht nur für die vorliegend im Zentrum stehende Netzzugangsregulierung gemäss Art. 11 FMG) übertragen werden.

d) Fazit / Antrag Swisscom

Der verfassungsrechtlich grundsätzlich gewährleistete Zugang zum Bundesgericht wird im Zusammenhang mit Netzzugangsverfügungen, welche die ComCom in Anwendung von Art. 11a FMG erlässt, ohne überzeugende Begründung gänzlich ausgeschlossen. Entgegen einem Grundanliegen der Revisionsvorlage besteht insbesondere auch keine Möglichkeit, mit Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder bei Vorliegen eines bedeutenden Falles an das Bundesgericht zu gelangen.

Die im Bereich des Fernmeldewesens zur Diskussion stehenden Rechtsschutzbeschränkungen entbehren einer sachlich haltbaren Grundlage und würden in einem Bereich von grosser wirtschaftlicher Tragweite zu **erheblichen Rechtsschutzdefiziten** sowie zu einer stossenden Ungleichbehandlung mit anderen regulierten

²⁸ Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 06. Oktober 2015 im Zusammenhang mit der Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Ziff. 2.4 (abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/r/mm/2015/Paginas/mm-gpk-s-2015-10-08.aspx>). Dass die ComCom im Rahmen ihrer Regulierungstätigkeit nicht verwaltungsunabhängig, sondern eng mit dem BAKOM verknüpft ist, ist insbesondere dem Umstand zuzurechnen, dass die ComCom über kein eigenes Fachsekretariat verfügt.

²⁹ Zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Zusammenhang mit fernmelderechtlichen Zugangsverfahren vgl. im Einzelnen nachfolgend Ziff. 2 lit. b dieser Stellungnahme.

³⁰ Die Vernehmlassungsunterlagen zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) sind abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00909/05004/index.html?lang=de>.

³¹ Vgl. zum Beispiel die abgestuften Eingriffsmöglichkeiten sowie das damit massgeblich erweiterte (Auswahl)Ermessen der ComCom gemäss Art. 13d E-FMG (sog. „Toolbox“).

³² Neben Streitigkeiten im Bereich des Netzzugangs sollen gemäss der FMG-Vernehmlassungsvorlage neu auch Streitigkeiten bezüglich der Interkonnektion im Rahmen der Interoperabilität, des Zugangs zu Verzeichnisdaten sowie bezüglich der Mitbenutzung von gebäudeinternen Anlagen und bestehender passiver Infrastruktur unter den Ausschlusskatalog sowohl von Art. 83 Abs. 1 lit. p BGG fallen.

Netzsektoren (z.B. Strommarkt) führen. Für die von Regulierungseingriffen betroffenen Fernmeldedienstanbieterinnen bestehen keine sachgerechten Möglichkeiten und kein wirksames Korrektiv, um die regelmässig weitgehenden und grundrechtsrelevanten Markteingriffe der Regulierungsbehörden einer richterlichen Überprüfung zu unterziehen. Da im Ergebnis der **verfassungsrechtlich verlangte individuelle, richterliche und effektive Rechtsschutz nicht hinreichend gewährleistet** ist, muss bei fernmelderechtlichen Zugangsverfahren von einer eigentlichen **Rechtsschutzlücke**³³ gesprochen werden.

Die im Rahmen der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege erkannten Probleme (Rechtsschutzlücken im Bereich des Ausnahmekatalogs; Ausrichtung der Zuständigkeit des Bundesgerichts auf grundlegende Fragen und Entlastung von unbedeutenden Fällen), welche Ausgangslage der vorliegenden Revisionsvorlage bildeten, sprechen bei einer konsequenten Herangehensweise gerade dafür, den Zugang zum Bundesgericht auch bei fernmelderechtlichen Zugangsverfahren vollumfänglich zu gewährleisten.

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom

- die **ersatzlose Streichung von Art. 83 Abs. 1 lit. p E-BGG**³⁴ und den Übergang zum ordentlichen zweistufigen gerichtlichen Instanzenzug für alle fernmelderechtlichen Entscheide³⁵ oder
- zumindest **den Verzicht auf den Ausschluss der Gegenausnahme in Art. 83 Abs. 2 E-BGG für die Ausnahme nach Art. 83 Abs. 1 lit. p E-BGG**.

2. Kognition (Prüfungszuständigkeit) des Bundesverwaltungsgerichts

a) Aktuelle Rechtslage und Kognitionspraxis des Bundesverwaltungsgerichts bei der Überprüfung von Entscheiden von Regulierungsbehörden

Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gelten die Beschwerdegründe von **Art. 49 VwVG**³⁶. Dem Bundesverwaltungsgericht werden demzufolge gemäss der aktuell geltenden Rechtslage grundsätzlich **umfassende Prüfungszuständigkeiten** bezüglich Rechtslage, Sachverhalt und Angemessenheit der angefochtenen Verfügung eingeräumt (sog. **volle Kognition**)³⁷.

Trotz dieser grundsätzlich umfassenden Prüfungszuständigkeit lässt sich in der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts insbesondere im Zusammenhang mit dem Beschwerdegrund der Unangemessenheit (Art. 49 lit. c VwVG) eine **Reduktion bzw. Herabsetzung der Prüfungsdichte** feststellen, wofür sich verschiedene Bezeichnungen bzw. sog. Rückzugsformeln³⁸ eingebürgert haben.

Obwohl das Bundesverwaltungsgericht de jure auch eine Angemessenheitskontrolle vorzunehmen hat und mit sog. voller Kognition zu urteilen hätte, erfolgt mithin in der Praxis de facto und unter Verweis auf das **sog. "technische Ermessen" von Fachbehörden** eine nur zurückhaltende Prüfung. Damit verbleiben den im vorliegenden Zusammenhang mit Blick auf den Geschäftsbereich von Swisscom interessierenden Regulie-

³³ UHLMANN/BIAGGINI (Fn. 20), S. 27 ff.

³⁴ Damit würde konsequenterweise auch die Thematik der (Nicht)Anwendbarkeit der Gegenausnahme von Art. 83 Abs. 2 E-BGG obsolet.

³⁵ Es entspricht einem allgemeinen Postulat der Rechtssetzungslehre, dass grundsätzlich zwei Rechtsmittelinstanzen vorzusehen sind, falls nicht ausnahmsweise besondere Gründe für einen kürzeren Instanzenzug sprechen (MARINO LEBER, Grundsätze für die Rechtsetzung im Bereich der Bundesrechtspflege, LeGes 2012/3, S. 297 ff., S. 299).

³⁶ Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021); vgl. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32).

³⁷ Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG.

³⁸ sog. „Ohne-Not-Praxis“; „Zurückhaltung in der Überprüfung“

rungsbehörden (ComCom; Wettbewerbskommission [nachfolgend „Weko“]) regelmässig **erhebliche Beurteilungs-, Ermessens- und Entscheidungsspielräume**, welche durch die rechtsunterworfenen Subjekte keiner justiziellen Kontrolle zugeführt werden können.

Da die Anwendung der Angemessenheitskontrolle im konkreten Einzelfall nicht klar abgegrenzt werden kann und die Zulässigkeit bzw. der Umfang der herabgesetzten Prüfungsdichte zu kontroversen Diskussionen sowie in der Praxis je nach Sachbereich zu unterschiedlichen Kognitionsbeschränkungen führt, besteht regelmässig ein gewisses Spannungsverhältnis zur Verpflichtung des Bundesverwaltungsgerichtes, seine Kognition grundsätzlich voll auszuschöpfen³⁹.

b) Zur vorgeschlagenen Beschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 49 E-VwVG)

Gestützt auf den Vorschlag gemäss Vernehmlassungsvorlage soll die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts dahingehend geändert werden, dass die Rechts- und Sachverhaltskontrolle (ohne Angemessenheitskontrolle) zur Regel wird (**Art. 49 E-VwVG**). Damit würde ein **zentraler Grundsatzentscheid der seinerzeitigen Reform der Bundesrechtspflege ohne überzeugende Gründe umgestossen**: Das Parlament folgte 2005 dem Antrag des Bundesrates, die Angemessenheit bzw. Zweckmässigkeit einer Entscheidung mindestens einmal überprüfen zu lassen, da sonst der Rechtsschutz verkürzt würde und die Gefahr einer Überdehnung des Willkürbegriffs bestünde, falls die Rüge der Unangemessenheit ausgeschlossen wäre⁴⁰. Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang, dass die Beschränkung der bundesverwaltungsgerichtlichen Prüfungszuständigkeit bzw. ein spezialgesetzlicher Ausschluss des Beschwerdegrundes der „Unangemessenheit“ im Asylrecht dezidiert kritisiert und die damit angestrebte Verfahrensbeschleunigung und Gerichtsentlastung als illusorisch eingestuft wurde⁴¹.

c) Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung

Die oben unter Ziff. 2 lit. a dieser Stellungnahme allgemein erörterte Problematik der reduzierten Prüfungsdichte des Bundesverwaltungsgerichts trotz verfahrensrechtlich vorgeschriebener Angemessenheitskontrolle (volle Kognition) stellt sich regelmässig im Rahmen von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts, welche Verfügungen der ComCom zu Streitigkeiten im Zusammenhang mit der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung zum Gegenstand haben⁴².

Rechtsprechungsgemäss wird der ComCom ein weites technisches Ermessen bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zugestanden und räumt das Bundesverwaltungsgericht den Regulierungsbehörden unter Verweis auf die sich stellenden Fachfragen übermittlungstechnischer sowie ökonomischer Natur ein „**erheblichen Beurteilungsspielraum und ein grosses technisches Ermessen**“ zukommt⁴³.

Diese weitgehende gerichtliche Zurückhaltung hat in der Lehre Kritik hervorgerufen. Als Ergebnis der detaillierten Analyse eines konkreten Entscheides des Bundesverwaltungsgerichtes wurde beispielsweise festgehalten, dass eine **unzulässige Kognitionsunterschreitung** vorliege und der Eindruck entstehe, dass das Bundesverwaltungsgericht seine „*praktizierte Prüfungsdichte eher in die Nähe einer blossen Willkürkognition als in die Nähe der gesetzlich geforderten Angemessenheitskontrolle*“ rücke⁴⁴.

³⁹ Vgl. z.B. BVGE 2011/32, Erw. 5.6.4. Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbeschränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine formelle Rechtsverweigerung dar.

⁴⁰ BBl 2001, S. 4256; BENJAMIN SCHINDLER, Die Bundesrechtspflege als Spielball tagespolitischer Launen, ZBl 2012, S. 565.

⁴¹ Vgl. SCHINDLER (Fn. 40), wonach entsprechende Beschleunigungsbestrebungen „*bestenfalls unwirksam und im schlimmsten Fall kontraproduktiv sind*.“

⁴² Vgl. z.B. Urteil A-257/2015 des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. November 2015, Erw. 3, sowie ausführlich RETO FELLER/MARKUS MÜLLER, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts - Probleme in der praktischen Umsetzung, ZBl 2009 S. 442 ff.

⁴³ So zuletzt Urteil A-257/2015 des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Januar 2016, Erw. 10.4.2., im Zusammenhang mit der kostenorientierten Preisgestaltung.

⁴⁴ FELLER/MÜLLER, (Fn. 42), S. 462.

Die mit der starken Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts verbundene reduzierte Prüfungsdichte ist auch insofern problematisch, als dem Bundesverwaltungsgericht eine besondere Kontrollverantwortung obliegt, wenn VGG und BGG – wie aktuell bei der fernmelderechtlichen Zugangsregulierung⁴⁵ – nur eine einzige gerichtliche Rechtsmittelinstanz vorsehen. Gerade in solchen Fällen ist zudem in besonderem Masse für die Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu sorgen und dadurch zu gewährleisten, dass ein materiell einwandfreier Entscheid zustande kommt⁴⁶.

Durch die nun zur Diskussion stehende gesetzliche Verankerung der Kognitionsbeschränkung würde die bisherige Praxis nicht nur legalisiert; vielmehr wäre damit im Vergleich zur heute bereits problematischen Prüfungsdichte des Bundesverwaltungsgerichts eine noch weitergehende Einschränkung der Kognition verbunden und damit würde das Rechtsschutzniveau noch weiter gesenkt.

d) Kognition im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsregulierung (Kartellgesetz)

Die Ausführungen in Ziff. 2 lit. c dieser Stellungnahme zur gerichtlichen Kognition von Entscheiden der Com-Com im Rahmen des Erlasses von Netzzugangsverfügungen können grundsätzlich auch für die Diskussion der richterlichen Überprüfung von Entscheiden der **Weko** im Bereich des allgemeinen Wettbewerbsrechtes bzw. der Kartellgesetzgebung herangezogen werden.

Steht die **gerichtliche Überprüfung von kartellrechtlichen Sanktionen gemäss Art. 49a KG**⁴⁷ zur Diskussion, ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass entsprechende Sanktionen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter haben, wobei die im Kartellsanktionsverfahren anwendbaren Garantien von Art. 6 EMRK auch erst im Verwaltungsgerichtsverfahren (d.h. vor Bundesverwaltungsgericht) erfüllt werden können⁴⁸. Gemäss der „*Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK [reicht es aus], wenn in einem Verfahrensgang ein Gericht entscheidet, dem volle Kognition zukommt*“⁴⁹.

Wie die Lehre in diesem Zusammenhang indessen berechtigterweise darauf hinweist, werden die gerichtliche Zurückhaltung sowie die Anwendung der verwaltungsrechtlich geprägten Rechtsfigur des „technischen Ermessens“ den Anforderungen eines mindestens strafrechtsähnlichen Sanktionsverfahrens nicht gerecht. Mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot sowie die Voraussehbarkeit des Tatvorwurfes hat ein Gericht einer Behördenkommission nicht jedwelches Ermessen in technischen oder wirtschaftlichen Spezialfragen zuzugestehen, andernfalls viele sanktionsbegründende Feststellungen der Weko einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich wären und sich das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis auf eine Willkürprüfung beschränken würde⁵⁰.

Die vorgesehene Beschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts würde im Ergebnis jedenfalls dazu führen, dass eine effektive Überprüfung der als strafrechtsähnlich zu qualifizierenden Sanktion gemäss Art. 49a KG und die verlangte Prüfung der Rügen „Punkt um Punkt“ nicht gewährleistet wäre. Entsprechende Rechtsschutzdefizite sind bei Sanktionen, welche beträchtliche Beträge in Millionenhöhe umfassen können, nicht hinnehmbar. Letztlich würden damit die KG-Sanktionsverfahren den verfassungs- und konventionsrechtlichen Standards nicht mehr genügen.

⁴⁵ Art. 83 lit. p Ziff. 2 BGG.

⁴⁶ BGE 132 II 257 ff., Erw. 3.3.5; MÜLLER/FELLER (Fn 42), S. 452.

⁴⁷ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 06. Oktober 1995 (KG; SR 251).

⁴⁸ BGE 139 I 72 ff. (Publigroupe).

⁴⁹ BVGE 2011/31, Erw. 5.5.1, mit weiteren Nachweisen.

⁵⁰ GERALD BREI, Kartellrechtsverfahren nach Publigroupe – offene Fragen und praktische Probleme, SJZ 2014, S. 177 ff., S. 182.

e) Fazit / Antrag Swisscom

Mit der vorgeschlagenen Beschränkung der Kognition (Prüfungszuständigkeit) des Bundesverwaltungsgerichts wird ein **zentraler Grundsatzentscheid der ursprünglichen Reform der Bundesrechtspflege ohne überzeugende Gründe umgestossen**.

Bei Verfügungen von Regulierungsbehörden wäre bei einer Kognitionsbeschränkung des Bundesverwaltungsgerichtes ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz in Frage gestellt, was aus rechtstaatlicher Sicht unerwünscht und mit Blick auf die Rechtsweggarantie bedenklich wäre. Insbesondere bei direkten kartellrechtlichen Sanktionen der Weko wäre zufolge des Strafrechtscharakters der entsprechenden Sanktionen sowie der insofern zu beachtenden elementaren Konventions- und Verfassungsgarantien ein individueller sowie effektiver Rechtsschutz kaum mehr gewährleistet.

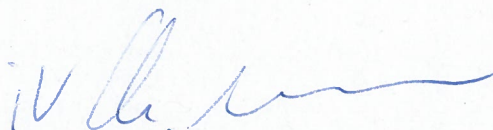
Als der (Fernmelde- und Wettbewerbs)Regulierung unterstehende Unternehmung teilt Swisscom die von einer „sehr deutlichen Meinung der Richter und Richterinnen“ des Bundesverwaltungsgerichts geäusserte Grundhaltung, dass ein Ausschluss der Angemessenheitsprüfung im Beschwerdeverfahren als „falsches Signal für ein quasi rechtsfreies Reservat der verfügenden Verwaltungsstelle“ zu sehen wäre⁵¹.

Swisscom beantragt aus diesen Gründen, auf die vorgeschlagene **Beschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichtes zu verzichten**.

Für die wohlwollende Prüfung bzw. Berücksichtigung unserer Anliegen bedanken wir uns im Voraus bestens.

Mit freundlichen Grüssen

Swisscom AG
Konzernrechtsdienst



Patrick Dehmer
General Counsel



Stefan Gilgen
Senior Counsel

⁵¹ Vgl. Erläuterungsbericht S. 12.

Hopfenweg 21
PF/CP 5775
CH-3001 Bern
T 031 370 21 11
info@travailsuisse.ch
www.travailsuisse.ch

Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit public
Bundesrain 20
3003 Berne

cornelia.perler@bj.admin.ch

Berne, le 29 février 2016

**Révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)
Consultation.**

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous remercions de nous permettre d'exprimer notre avis sur le projet de modification de la loi sur le Tribunal fédéral et c'est volontiers que nous vous le faisons parvenir.

1. Considérations générales

Travail.Suisse considère l'amélioration des possibilités d'accès au Tribunal fédéral (TF) comme étant un élément important, notamment pour garantir un contrôle juridictionnel cohérent et respectueux des droits fondamentaux. Le but du TF qui agit comme dernière instance fédérale est, en effet, de garantir l'application uniforme du droit fédéral et de permettre son développement. À cet égard, Travail.Suisse constate que le projet de révision ne permettra pas toujours d'agir dans le cadre de situations qui posent un véritable intérêt digne de protection. Les limitations prévues en matière de droit des étrangers et de l'asile devraient tenir compte également des cas qui offriraient la possibilité de recourir auprès d'instances internationales et pour lesquels il faudrait, dès lors, rendre possible un recours auprès du TF.

Par ailleurs, les notions de questions juridiques de principe et de cas particulièrement importants laissent subsister des doutes quant à leur interprétation et accordent une marge de manœuvre trop importante au juge qui pourra limiter de manière inéquitable l'accès au TF.

2. Notions juridiques indéterminées

Selon le rapport explicatif du projet de révision de la loi, les arrêts que le Tribunal administratif fédéral (TAF) ne considère pas comme soulevant une question juridique de principe ne pourront pas faire l'objet d'un recours auprès du TF. Cette réglementation pose problème dans la mesure où il ne sera pas possible de contester l'évaluation qui porte sur l'existence d'une question juridique de principe. Dans la pratique, il apparaît donc que le TAF dispose d'une marge de manœuvre assez importante pour évaluer sans critères précis l'existence d'une question juridique de principe. Cette marge de manœuvre est d'autant plus dangereuse qu'il n'est pas possible de la contester pour établir si le TF aurait la même appréciation.

Le rapport explicatif indique, par ailleurs, l'irrecevabilité des recours contre les arrêts en matière de droit des étrangers visés à l'art. 84 P-LTF même pour les cas particulièrement importants. Selon le rapport, la notion de cas particulièrement important est trop indéterminée et ne permet pas d'éviter le risque d'une interprétation différente entre le TF et le TAF. Cet aveu problématique met en évidence la difficulté d'interprétation de cette notion et les problèmes qu'elle pourrait engendrer. Cette notion lacunaire devrait, par conséquent, faire l'objet d'une interprétation dans la loi au risque de créer un flou qui ne ferait qu'augmenter le nombre de recours et instituerait une insécurité juridique.

3. Exceptions prévues en matière de droit des étrangers et de l'asile

Le projet de révision prévoit l'irrecevabilité du recours en matière de droit des étrangers dans les cas énumérés à l'art. 83 al. 1 P-LTF. L'exception est donnée pour les décisions concernant des personnes qui, lors de la décision de première instance, étaient autorisées à séjourner en Suisse depuis au moins dix ans ou qui ont déjà obtenu une autorisation d'établissement. Une exception existe aussi pour les personnes bénéficiant de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). Selon Travail.Suisse, ces deux exceptions prévoient une discrimination entre les ressortissants des pays tiers et ceux de l'Union européenne qui n'est pas nécessaire.

De plus, la rédaction des articles prévus dans le cadre des exceptions en matière de droit des étrangers et de l'asile est trop complexe et rend l'application du droit difficile. Il serait judicieux de simplifier de manière claire les exceptions, de sorte à ce qu'il soit possible de comprendre et de savoir quels sont les griefs qui peuvent être portés devant le TF. Cette condition est nécessaire pour garantir l'exercice de son droit à formuler recours en dernière instance.

Au vu de tout ce qui précède, il existe de grands risques à ce que l'accès au TF ne soit en réalité pas facilité et rendu plus efficace. L'insécurité juridique que génèrent certaines notions est dangereuse et pourraient provoquer un déséquilibre dans la protection juridictionnelle accordée aux justiciables. Concernant les questions relatives au droit des étrangers et de l'asile, elles ne sont pas toujours examinées sous l'angle de la protection

des droits fondamentaux, ce qui pourrait notamment augmenter le nombre de recours auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme.

En vous remerciant de prendre en considération notre avis, nous vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames et Messieurs, nos salutations distinguées.

Adrian Wüthrich



Président

Hélène Agbémégnah



Responsable du dossier
politique de migration



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

LA DOYENNE

Par courrier électronique

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE
ET POLICE

Cornelia.perler@bj.admin.ch

3003 BERN

Le 26 février 2016/CC/pr

Procédure de consultation relative à la révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)

Madame,

Pour faire suite au courrier du 12 novembre 2015 de notre Conseillère fédérale, Mme S. Sommaruga, vous trouverez en annexe les avis de la Faculté concernant la procédure de consultation mentionnée sous rubrique. Un avis a été rédigé par MM Bernhard Sträuli, Directeur de notre département de droit pénal et Yvan Jeanneret, professeur de droit pénal, et un second par M. François Bellanger, professeur de droit public.

Ces avis seront envoyés pour information ces prochains jours aux parlementaires genevois à Berne.

Veuillez croire, Madame, à l'expression de notre considération distinguée.



Christine Chappuis

Annexes mentionnées



Le 25 janvier 2016

Procédure de consultation relative à la révision de la loi sur la Tribunal fédéral (LTF)

Prise de position

La présente prise de position porte exclusivement sur les articles 82 ss du projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral en tant qu'ils concernent la modification des dispositions concernant le recours en matière de droit public et la suppression du recours constitutionnel subsidiaire.

La création d'un recours unifié pour les causes de droit public est une simplification bienvenue, dans la mesure où elle évitera à des justiciables de devoir déposer deux recours, même s'ils sont formulés dans le même acte. Cette suppression intervient toutefois au prix d'une réduction potentiellement importante des droits des justifiants.

En effet, le mécanisme proposé par la réforme est de remplacer l'accès au recours constitutionnel subsidiaire, lorsqu'il est ouvert, dans les cas visés par les exceptions de l'article 83 LTF, par un mécanisme de contrôle préalable relevant de l'appréciation du Tribunal fédéral. La formulation proposée dans le projet pour l'article 84 al. 2 LTF confère un très large pouvoir d'appréciation au Tribunal fédéral pour choisir s'il entend ou non examiner un recours, pouvoir qui n'est soumis à aucun contrôle judiciaire.

Dans ce sens, l'article 84 al. 2 LTF reprend la condition de la « question juridique de principe » et ajoute la possibilité d'ouvrir le recours s'il « porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important ».

La notion de question juridique de principe est bien connue et a fait l'objet d'une jurisprudence importante depuis 2007.

Pour admettre qu'une contestation soulève une question juridique de principe, il faut que celle-ci donne lieu à une incertitude caractérisée, réclamant de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral. La présence d'une question juridique de principe suppose ainsi que la décision en cause soit importante pour la pratique. Tel est notamment le cas lorsque les instances inférieures doivent traiter de nombreux cas analogues ou lorsqu'il est

nécessaire de trancher une question juridique qui se pose pour la première fois et qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral. Des questions juridiques de principe peuvent se poser également à la suite de l'adoption de nouvelles normes matérielles ou de procédure (ATF 139 II 404 consid. 1.3 p. 410). Il faut en tous les cas qu'il s'agisse d'une question juridique d'une portée certaine pour la pratique. Cette condition n'est pas réalisée lorsque l'élément déterminant pour trancher le cas d'espèce n'est en principe pas propre à se reproduire dans d'autres situations (ATF 139 II 340 consid. 4 p. 343). La question juridique doit avoir une importance pratique suffisamment qu'elle nécessite d'être éclaircie par le Tribunal fédéral.

Il faut également que la question juridique présentée se rapporte à un domaine du droit qui est soumis au contrôle du Tribunal fédéral : la question doit se rapporter à une norme dont la violation est un motif de recours au Tribunal fédéral en vertu des articles 95 et 96 LTF. Si la question se rapporte à une norme de droit cantonal que le Tribunal fédéral ne peut pas revoir librement, celui-ci ne saurait rendre une décision de principe.

Le projet propose de compléter l'hypothèse de la question de principe par celle d'un cas particulièrement important. L'actuel article 84 al. 2 LTF utilise déjà la notion de cas particulièrement important dans le domaine de l'entraide pénale internationale. Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves. Il s'agit donc de situations rares et l'exception est appliquée très strictement.

L'article 84a LTF comprend la combinaison de ces deux hypothèses à l'article 84a LTF pour le domaine de l'entraide administrative internationale. Les modalités d'application sont les mêmes.

Il ressort de ces éléments que les articles 84 et 84a LTF ont pour but, de l'avis du Tribunal fédéral, à limiter l'accès à celui-ci, de sorte que les conditions posées ne doivent être admises qu'avec retenue. Le Tribunal fédéral jouit ainsi d'une grande marge d'appréciation pour déterminer s'il s'agit d'une question juridique de principe ou d'un cas particulièrement important (ATF 139 II 340 consid. 4 p. 342 s).

En l'état actuel du droit, le recours constitutionnel subsidiaire permet d'attaquer des décisions cantonales de dernière pour violation des droits constitutionnels dans tous les domaines où le recours cantonal est exclu. La suppression du recours constitutionnel subsidiaire va mettre un terme à ces recours. Le droit conféré au Tribunal fédéral de choisir quel recours il accepte de traiter garantissant que l'essentiel des recours seront considérés comme irrecevable.

La jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet pas de considérer que cette juridiction va assouplir sa pratique. Bien au contraire, La volonté de réduire l'accès au Tribunal fédéral, clairement exprimée dans le projet, indique que cette pratique restrictive va se poursuivre, voire se renforcer.

En conséquence, la proposition d'instaurer une procédure équivalente à celle d'une approbation préalable des recours, devrait être abandonnée.

Ce d'autant plus, qu'elle est combinée avec un renforcement des exceptions, notamment en matière de droit des étrangers et de droit d'asile.

Dans ces derniers domaines, le projet d'article 84 LTF crée en outre un régime d'exception par rapport au système proposé par le projet d'article 83 al. 2 LTF. Il exclut un recours au Tribunal fédéral contre les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent l'entrée en Suisse, l'admission provisoire, le renvoi, la reconnaissance de l'apatridie, les dérogations aux conditions d'admission ainsi que l'établissement d'un titre de séjour ou d'un document de voyage. Une exception à cette exclusion du recours possible que si la contestation soulève une question juridique de principe et le Tribunal administratif fédéral a constaté, dans la décision attaquée, qu'elle soulève une telle question. En conséquence, selon ce projet, ce sera à la juridiction inférieure, dont le jugement devrait faire l'objet d'un contrôle. Une telle approche ne saurait garantir une protection juridictionnelle adéquate et il convient de renoncer au projet d'article 84.

François BELLANGER
Professeur de droit



Le 24 février 2016

Procédure de consultation relative à la révision de la loi sur le tribunal fédéral (LTF)

Prise de position du département de droit pénal

I. INTRODUCTION

Le 9 novembre 2015, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral (ci-après LTF).

Sous le prétexte affiché d'un renforcement du rôle de notre juridiction suprême (le communiqué de presse du Conseil fédéral est intitulé : « *renforcer le rôle de juridiction suprême du Tribunal fédéral* »), l'avant-projet contient, en réalité et à quelques exceptions près, toute une série de dispositions dont le but est de restreindre l'accès du justiciable au Tribunal fédéral.

A ce propos, il nous semble important de rappeler que la Suisse a la chance d'être un état prospère au sein de l'Europe et qu'à ce titre, elle se doit et peut se permettre d'offrir aux justiciables une justice de qualité comprenant, de manière aussi large que possible, un accès à 3 degrés de juridictions sur le plan national.

Il faut également rappeler que dans un système fédéral comme celui que connaît la Suisse, le rôle du Tribunal fédéral en tant que garant de l'application uniforme du droit fédéral est primordial et qu'il y a donc lieu de le préserver autant que possible. A noter que dans le domaine du droit pénal, cette question est d'autant plus pertinente qu'avec l'uniformisation de la procédure pénale, le droit pénal matériel et formel sont dorénavant de niveau fédéral et appellent donc l'intervention attentive d'une juridiction suprême pour en assurer l'application cohérente sur l'ensemble du territoire national.

Il apparaît également indispensable de ne pas affaiblir la justice et ses moyens de contrôle à un moment où d'aucuns, sur l'échiquier politique, voudraient supprimer également les contrôles supranationaux, singulièrement au travers de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Cour éponyme.

II. COMMENTAIRES ARTICLES PAR ARTICLES

Art. 46 al. 2

Il est bienvenu que la loi énumère les situations dans lesquelles il n'y a pas de fêtes, mais oublie de mentionner les mesures de contrainte de la procédure pénale (ATF 133 I 270 ; 135 I 257 ; 138 IV 186), à propos desquelles la jurisprudence fédérale indique qu'une suspension des délais serait contraire au principe de la célérité (art. 5 CPP).

Article 78 al. 2 let. a

Il s'agit d'une reformulation de la disposition afin qu'elle corresponde à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 133 III 701) ; cette modification doit être approuvée.

Article 79

Al. 1 let. a

La restriction d'accès au Tribunal fédéral en matière contraventionnelle doit être clairement et catégoriquement rejetée.

De manière synthétique, les réflexions suivantes en imposent le rejet (*Pour un développement exhaustif à ce propos cf Kuhn/Jeanneret, l'accès au Tribunal fédéral sera-t-il dorénavant réservé aux prévenus fortunés ? In : Jusletter, 1^{er} février 2016*) :

- L'absence d'inscription au casier judiciaire qu'implique une amende inférieure à CHF 5'000.00 ne peut en aucun cas signifier qu'une amende d'un montant inférieur serait une sanction négligeable.
- Cette référence chiffrée crée une inégalité de traitement inacceptable entre condamnés riches ou désargentés, dans la mesure où, à faute égale, l'amende est plus ou moins élevée selon que le condamné est aisé ou ne l'est pas. En d'autres termes, à faute égale toujours, un condamné aura accès au Tribunal fédéral selon que sa situation financière est favorable ou non.
- Il ne faut pas oublier que derrière une amende, quel que soit son montant, se trouve systématiquement une peine privative de liberté de substitution pouvant aller jusqu'à trois mois (art. 106 al. 2 CP). Il n'est pas acceptable qu'une peine impliquant potentiellement une privation de liberté aussi longue soit soustraite à la juridiction suprême.
- Dans la perspective de la réforme du droit des sanctions (modification du 19 juin 2015 ; FF 2015 4453), le montant minimal prévu par le nouvel article 34 CP sera de 3 jours-amende à CHF 30.00, voire, exceptionnellement,

CHF 10.00 par jour. En d'autres termes, une peine minimale de 3 jours-amende à CHF 10.00, soit une valeur totale de CHF 30.00 (cas échéant assortie du sursis), pourra être soumise au Tribunal fédéral, alors qu'une amende (nécessairement ferme), multiple de ce chiffre, ne pourra pas l'être !

- Compte tenu de la large marge d'appréciation dont dispose le juge en matière de fixation de la peine, il suffira à ce dernier de fixer une peine inférieure à CHF 5'000.00 pour priver le justiciable d'un accès au Tribunal fédéral.
- Il sied encore de relever qu'en la matière, le juge de première instance statue en instance nationale unique sur les faits, l'appel étant limité à la constatation arbitraire des faits et à la violation de la loi (art. 398 al. 4 CPP).
- S'agissant des contraventions (punies d'une amende de moins de CHF 5'000.-) susceptibles d'être soumises au Tribunal pénal fédéral, le texte proposé aura pour conséquence d'amener cette juridiction à statuer en instance nationale unique ce qui est contraire à la garantie du double degré de juridiction consacré à l'art. 32 al. 3 Cst.
- Bien que le rapport ne mentionne aucune donnée statistique, une étude empirique (*cf Kuhn/Jeanneret, op. cit., chiffre 8*) démontre que la décharge pour le Tribunal fédéral est insignifiante, tandis que c'est la quasi-totalité du droit contraventionnel qui serait soustrait au contrôle du Tribunal fédéral, puisque les amendes supérieures à CHF 5'000.00 constituent l'exception.
- Enfin, il apparaît incohérent de prévoir une « valeur litigieuse » pour le recours du condamné, alors que celui de la victime (*recte* partie plaignante *cf. infra ad art. 81*) est ouvert dans restriction.

Al. 1 let. b et c

L'ouverture du recours au Tribunal fédéral contre les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal fédéral doit être saluée. La ligne mise en place dans le cadre de la LOAP tendant à restreindre les recours contre les décisions rendues par le Tribunal pénal fédéral n'est plus soutenable ; le législateur a d'ailleurs fait savoir qu'il souhaitait un projet de révision introduisant la voie de l'appel s'agissant des décisions de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral. Il est donc cohérent d'ouvrir également le recours au Tribunal fédéral s'agissant des affaires rendues par la Cour des plaintes, en tant qu'autorité de recours au sens de l'article 20 CPP.

Cela étant, cette ouverture, par rapport à l'actuel article 79 LTF, ne permet que de recourir nouvellement contre les ordonnances de classement – quid, par ailleurs, des ordonnances de non-entrée en matière - rendues par le Ministère Public de la Confédération et approuvées par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral.

Globalement, la nouvelle lettre c de l'article 79 tend à limiter à son tour l'accès au Tribunal fédéral, puisque, s'agissant tant des décisions cantonales que fédérales (let. b et c), le recours contre les décisions rendues par les autorités de recours au sens de l'article 20 CPP sera limité aux mesures de contraintes et aux ordonnances de classement (et de non entrée en matière ?), à l'exclusion des autres décisions.

Cette restriction n'a pas non plus lieu d'être dans la mesure où elle impliquera, que toutes les autres décisions, notamment celles rendues par les ministères publics dans d'autres contextes que des mesures de contrainte ou des ordonnances de classement, ne connaîtront qu'une seule voie de recours en instance nationale unique, ce qui n'est pas conforme à un système fondé sur le double degré de juridiction.

Le renvoi de l'al. 1 let. c vers l'art. 20 CPP n'est pas clair : on ne comprend notamment pas si une décision de l'autorité de recours rendue en instance cantonale unique (p. ex. en matière de récusation d'un procureur, art. 59 al. 1 let b CPP) pourra ou non faire l'objet d'un recours pénal au Tribunal fédéral. En cas de réponse négative, la loi se mettrait en contradiction avec elle-même, puisque l'art. 92 LTF impose le recours immédiat au Tribunal fédéral, sans exigence de préjudice irréparable.

Al. 2

L'introduction d'une clause d'exception pour les questions juridiques de principe, n'est certainement pas une mesure de compensation adéquate, tant on sait qu'elle laisse une immense marge d'appréciation au Tribunal fédéral qui, exprimé de manière un peu triviale, se saisira de ce dont il a envie de se saisir.

Faut-il également rappeler que le Tribunal fédéral a, jusqu'à présent, refusé de considérer comme pouvant tomber sous le coup de la question juridique de principe, une décision qui serait contraire à une jurisprudence constante, soit un simple cas d'application de principes établis. En d'autres termes, une erreur judiciaire, potentiellement flagrante, ne pourra pas être rectifiée par le biais de cette norme d'exception, si cette erreur traduit simplement une violation de la jurisprudence constante (*cf Kuhn/Jeanneret, op. cit. ch. 6 et les références citées*).

A supposer qu'il faille maintenir la clause d'exception (également aux art. 73, 74 al. 2 let. a, 79a variante, 83 al. 2, 84 al. 2, 85 al. 2 et 93b), il conviendrait de canaliser le pouvoir d'appréciation du Tribunal fédéral au moyen d'une disposition dont la teneur serait la suivante :

« *En toute hypothèse le recours est recevable si :*

- a) *La contestation soulève une question juridique non encore tranchée par le Tribunal fédéral ;*
- b) *La décision attaquée s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral ;*

- c) *La contestation soulève une question juridique que le Tribunal fédéral a tranchée de manière critiquée en doctrine et qui appelle un nouvel examen ;*
- d) *Le recours apparaît fondé prima facie ;*
- e) *Pour d'autres motifs, la contestation soulève une question juridique en principe ou porte sur un cas particulièrement important. »*

Article 79a

L'harmonisation de la question des valeurs litigieuses lorsque le recours porte sur des prétentions civiles apparaît adéquate dans son principe. Il n'y a, en effet, pas de motifs objectifs pour que les conditions d'accès au Tribunal fédéral sur les prétentions civiles soient différentes, selon que celles-ci suivent la voie du recours en matière civile ou le recours en matière pénale.

Toutefois, l'adverbe « exclusivement » s'avère incongru et contraire aux explications du rapport (p. 17), dès lors que la disposition proposée, lue *en contrario*, suggère qu'il n'y a pas de valeur litigieuse lorsque le prononcé pénale est attaqué en même temps que le prononcé civil. En outre, le renvoi à l'art. 74 est insuffisamment clair car il peut donner à penser que la clause d'exception d'al. 2 let. a n'est pas couverte.

En revanche, la variante proposée n'est pas acceptable, en tant qu'elle entraînerait une extension considérable du champ de la valeur litigieuse sur des questions qui ne sont pas liées aux prétentions civiles. L'article 79a al. 1 let. b de l'Avant-projet exclurait du contrôle par le Tribunal fédéral les questions liées aux indemnités de procédure au sens des articles 429 et ss CPP, tant et aussi longtemps que celles-ci ne dépassent pas la valeur de CHF 30'000.00.

Cet aspect ne doit pas être soustrait à la cognition du Tribunal fédéral qui a d'ailleurs rendu plusieurs arrêts sur cette question, procédant souvent à la cassation de la décision querellée, démontrant qu'un contrôle sur le plan national est indispensable. Ce contrôle apparaît d'autant plus nécessaire dans ce domaine que l'expérience démontre que les magistrats cantonaux ont souvent - évidemment de manière inconsciente - tendance à aborder ces questions de manière restrictive, sans doute dans un souci de préserver les finances du canton auquel ils appartiennent.

Ce qui précède implique donc symétriquement le rejet de la modification projetée de l'article 410 al. 5 CPP, étroitement liée à ce qui précède.

Article 80 al. 2, 3^{ème} phrase

Cette abrogation doit être approuvée en tant qu'elle a pour corolaire la modification du CPP entraînant l'ouverture généralisée du recours à l'encontre

des décisions rendues par le Tribunal des mesures de contraintes (art. 393 al. 1 lettre c de l'Avant-projet qui renverse le paradigme de la version actuelle de cette disposition en prévoyant le recours de manière générale).

En revanche, il restera des situations dans lesquelles l'autorité précédente statuera en instance cantonale unique, par exemple en fixant l'indemnité du défenseur d'office pour la procédure d'appel. Dans la mesure où nous contestons la limitation du recours en matière pénale aux jugements et aux ordonnances de classement (cf. *supra* art 79), le maintien de la clause d'exception s'impose plus encore, par exemple en cas de refus de la direction de la procédure de la juridiction d'appel de désigner un défenseur d'office au prévenu pour la procédure d'appel (cf. 1B_165/2014 du 8 juillet 2014 = FP 1/2016, p. 2).

Article 81

Cette proposition de réforme donne le sentiment d'une politique de « yoyo ». En effet, avant l'entrée en vigueur de la LTF, l'ancien système de l'aPPF avait déjà tenté de limiter l'accès au Tribunal fédéral aux seules victimes au sens de la LAVI, excluant les lésés ordinaires, cette restriction ayant été abandonnée ensuite lors de l'entrée en vigueur de la LTF. Il s'agit donc ni plus ni moins d'une tentative de retour en arrière.

Il y a toutefois une nuance dans la restriction proposée, en ce sens que le simple lésé, constitué partie plaignante, peut s'en prendre à la décision qui statue sur sa plainte pénale ou son action civile. A ce propos, il y a lieu de s'interroger sur la portée donnée à l'expression « plainte pénale », dans la mesure où l'on semble devoir déduire du Rapport explicatif que cette notion ne correspondrait pas à celle des articles 30 et ss CP, mais à la notion improprement intitulée « plainte pénale » de l'article 119 al. 2 let. a CPP.

En d'autres termes, il s'agirait de comprendre cette expression (il faudrait impérativement la reformuler) comme autorisant l'accès au Tribunal fédéral pour la partie plaignante lorsque l'action pénale et/ou l'action civile ont été tranchées au fond. A teneur du rapport explicatif, cela exclura tous les recours portant sur des points de procédure ou sur des décisions de non entrée en matière ou de classement.

Une telle restriction ne nous apparaît pas heureuse, puisqu'elle prive la personne lésée par une infraction, hors intégrité physique, psychique ou sexuelle, de toute faculté de faire contrôler par une juridiction nationale des décisions mettant un terme à l'action pénale en amont d'un renvoi en jugement. Ainsi, notamment, le Tribunal fédéral ne pourra plus exercer de contrôle du respect de la maxime « *in dubio pro duriore* » qu'il a pourtant développée de manière assez abondante dans sa jurisprudence.

S'agissant de l'alinéa 4 permettant de conférer la qualité pour recourir à différentes autorités en matière d'exécution des peines et des mesures, il n'y a là rien à redire.

Art. 93a

Cette disposition est parfaitement incongrue. D'une part, il sera généralement impossible, au stade du recours contre une décision incidente, de dire si la décision finale posera une question juridique de principe ou non. D'autre part, la décision incidente peut elle-même soulever une question de principe alors que tel ne sera pas le cas de la décision finale ; dans l'ATF 137 IV 13, le Tribunal fédéral a redéfini le risque de réitération selon l'art. 221 al. 1 let. c CPP pour la détention provisoire (décision incidente avec préjudice irréparable), alors que le fond de l'affaire (condamnation/acquittement ultérieur) n'est susceptible de ne poser aucune question fondamentale.

Bernhard STRÄULI
Directeur,
Département de droit pénal

Yvan JEANNERET
Professeur de droit pénal

Neuchâtel, le 29 février 2016

Office fédéral de la justice
Domaine de direction Droit public
Bundesrain 20
3003 Berne

Adressé par courrier électronique :
cornelia.perler@bj.admin.ch

Révision de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF) – Procédure de consultation

Madame, Monsieur,

Valérie Défago-Gaudin
Professeure
valerie.defago@unine.ch
Tél. : +41 (0)32 718 15 48

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel a pris connaissance du projet de modification de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

Ce projet suscite des réactions à la fois positives, en particulier dans le domaine du droit des étrangers (I.) et plus réservées, notamment dans le domaine du droit pénal (II.). La suppression du recours constitutionnel subsidiaire est en outre à regretter (III.), de même que la restriction de l'accès au recours en matière de mesures provisionnelles (IV.).

I. Ouverture du recours en matière de droit public en matière d'asile

Il est à saluer que le projet envisage d'ouvrir le recours en matière de droit public dans certains domaines où il est aujourd'hui exclu, même dans les cas soulevant une question juridique de principe, en particulier en matière d'asile. Cette amélioration est à saluer dans la mesure où il appartient au Tribunal fédéral et non au Tribunal administratif fédéral d'interpréter le droit fédéral en dernière instance.

Les restrictions de l'accès au Tribunal fédéral sur des décisions du Tribunal administratif fédéral posent en effet des problèmes grandissants. Il y a des litiges de principe qui sont actuellement directement portés devant la Cour européenne des droits de l'homme (CoEDH) parce que l'application correcte des articles 3 ou 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est contestée. Il est peu satisfaisant que de tels cas ne puissent pas être soumis dans un premier temps à la plus haute instance judiciaire nationale, au moins lorsque le cas ne

FACULTÉ DE DROIT

Secrétariat
Av. du 1^{er}-Mars 26
CH-2000 Neuchâtel
Tél: +41 (0)32 718 12 00
Fax: +41 (0)32 718 12 01
secretariat.droit@unine.ch

semble pas dénué de chances de succès devant la CoEDH et que celle-ci pourrait donner raison au recourant (voir notamment les arrêts de la CoEDH Tarakhel Golajan c. Suisse du 4 novembre 2014, Agraw Zaid c. Suisse du 20 juillet 2010 et M.A. c. Suisse du 18 novembre 2014.).

Un renforcement du contrôle du Tribunal fédéral sur le Tribunal administratif fédéral permettrait non seulement de limiter le nombre de recours gagnés par des justiciables à Strasbourg contre la Suisse mais aussi de corriger des situations qui posent un véritable intérêt digne de protection. Le recours en matière de droit public est ouvert contre une décision du Tribunal administratif fédéral dans le domaine de l'asile seulement dans le cas où la décision du Tribunal administratif fédéral concerne une demande d'extradition (art. 83 let. d ch. 1 LTF). Le Tribunal fédéral examine dans ce cas l'interprétation et l'application de la loi sans exception, y compris la décision de refuser l'asile et celle sur le renvoi et sans se soumettre à des restrictions particulières (ATF 138 II 513). Certes, cette compétence qui revêt un caractère de contre-exception ne s'applique que dans des cas rares. Sur le fond, elle offre néanmoins au Tribunal fédéral un potentiel important en matière de droit d'asile. Les possibilités d'influencer l'application du droit d'asile par la jurisprudence du Tribunal fédéral sont importantes, vu que quasiment toute la matière d'asile peut, en principe, faire l'objet d'un tel recours, recevable en contre-exception selon l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF.

Vu le nombre potentiel de recours, ouvrir complètement l'accès au Tribunal fédéral est difficile, d'autant que cela prolongerait les procédures et serait donc incompatible avec les efforts du législateur d'accélérer les procédures d'asile. Toutefois, tout comme l'article 84 LTF pour l'entraide internationale en matière pénale, le recours au Tribunal fédéral en matière d'asile serait ici ouvert que s'il concerne un cas particulièrement important. Ainsi, le Tribunal fédéral pourrait aussi prendre en considération l'éventuel risque d'un recours qui n'est pas, a priori, dépourvu de toutes ses chances de succès à la CoEDH, sans que cela soit le seul critère.

II. Recours en matière pénale

En revanche, le projet comporte une faiblesse importante dans la mesure où il diminue considérablement la protection juridique en matière de droit pénal. Les articles relatifs au recours en matière pénale sont successivement commentés ci-dessous :

Article 46 al. 2

Il est bienvenu que la loi énumère les situations dans lesquelles il n'y a pas de feries, mais oublie de mentionner les mesures de contrainte de la procédure pénale (ATF 133 I 270 ; 135 I 257 ; 138 IV 186), à propos desquelles la jurisprudence fédérales indique qu'une suspension des délais serait contraire au principe de la célérité (art. 5 CPP).

Article 78 al. 2 let. a

Il s'agit d'une reformulation de la disposition afin qu'elle corresponde à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 133 III 701) ; cette modification doit être approuvée.

Article 79 al. 1 let. a

La restriction d'accès au Tribunal fédéral en matière contraventionnelle doit être clairement et catégoriquement rejetée.

De manière synthétique, les réflexions suivantes en imposent le rejet¹ :

- L'absence d'inscription au casier judiciaire qu'implique une amende inférieure à CHF 5'000.00 ne peut en aucun cas signifier qu'une amende d'un montant inférieur serait une sanction négligeable.
- Cette référence chiffrée crée une inégalité de traitement inacceptable entre condamnés riches ou désargentés, dans la mesure où, à faute égale, l'amende est plus ou moins élevée selon que le condamné est aisé ou ne l'est pas. En d'autres termes, à faute égale toujours, un condamné aura accès au Tribunal fédéral selon que sa situation financière est favorable ou non.
- Il ne faut pas oublier que derrière une amende, quel que soit son montant, se trouve systématiquement une peine privative de liberté de substitution pouvant aller jusqu'à trois mois (art. 106 al. 2 du Code pénal (CP)). Il n'est pas acceptable qu'une peine impliquant potentiellement une privation de liberté aussi longue soit soustraite à la juridiction suprême.
- Dans la perspective de la réforme du droit des sanctions (modification du 19 juin 2015 ; FF 2015 4453), le montant minimal prévu par le nouvel article 34 CP sera de 3 jours-amende à CHF 30.00, voire, exceptionnellement, CHF 10.00 par jour. En d'autres termes, une peine minimale de 3 jours-amende à CHF 10.00, soit une valeur totale de CHF 30.00, pourra être soumise au Tribunal fédéral, alors qu'une amende bien plus élevée ne pourra pas l'être !
- Compte tenu de la large marge d'appréciation dont dispose le juge en matière de fixation de la peine, il suffira à ce dernier de fixer une peine inférieure à CHF 5'000.00 pour priver le justiciable d'un accès au Tribunal fédéral.
- Bien que le rapport ne mentionne aucune donnée statistique, une étude empirique² démontre que la décharge pour le Tribunal fédéral est insignifiante, tandis que c'est la quasi-totalité du droit contraventionnel qui

¹ Pour un développement exhaustif à ce propos cf. ANDRE KUHN/YVAN JEANNERET, l'accès au Tribunal fédéral sera-t-il dorénavant réservé aux prévenus fortunés ?, Jusletter, 1^{er} février 2016.

² KUHN/JEANNERET, note 1, ch. 8.

serait soustrait au contrôle du Tribunal fédéral, puisque les amendes supérieures à CHF 5'000.00 constituent l'exception.

Article 79 al. 1 let. b et c

L'ouverture du recours au Tribunal fédéral contre les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal fédéral doit être saluée. La ligne mise en place dans le cadre de la Loi sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP) tendant à restreindre les recours contre les décisions rendues par le Tribunal pénal fédéral n'est plus soutenable ; le législateur a d'ailleurs fait savoir qu'il souhaitait un projet de révision introduisant la voie de l'appel s'agissant des décisions de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral. Il est donc cohérent d'ouvrir également le recours au Tribunal fédéral s'agissant des affaires rendues par la Cour des plaintes, en tant qu'autorité de recours au sens de l'article 20 du Code de procédure pénale (CPP).

Cela étant, cette ouverture, par rapport à l'actuel article 79 LTF, ne permet que de recourir nouvellement contre les ordonnances de classement rendues par le Ministère Public de la Confédération et approuvées par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral.

Globalement, la nouvelle lettre c de l'article 79 tend à limiter à son tour l'accès au Tribunal fédéral, puisque, s'agissant tant des décisions cantonales que fédérales (let. b et c), le recours contre les décisions rendues par les autorités de recours au sens de l'article 20 CPP sera limité aux mesures de contraintes et aux ordonnances de classement, à l'exclusion des autres décisions.

Cette restriction n'a pas non plus lieu d'être dans la mesure où elle impliquera, que toutes les autres décisions, notamment celles rendues par les Ministères Publics dans d'autres contextes que des mesures de contrainte ou des ordonnances de classement, ne connaîtront qu'une seule voie de recours en instance nationale unique, ce qui n'est pas conforme à un système fondé sur le double degré de juridiction.

Cette restriction n'a pas non plus lieu d'être dans la mesure où elle impliquera que toutes les autres décisions, notamment celles rendues par les ministères publics dans d'autres contextes que des mesures de contrainte ou des ordonnances de classement, ne connaîtront qu'une seule voie de recours en instance nationale unique, ce qui n'est pas conforme à un système fondé sur le double degré de juridiction.

Le renvoi de l'al. 1 let. c vers l'art. 20 CPP n'est pas clair : on ne comprend notamment pas si une décision de l'autorité de recours rendue en instance cantonale unique (p. ex. en matière de récusation d'un procureur, art. 59 al. 1 let b CPP) pourra ou non faire l'objet d'un recours pénal au Tribunal fédéral. En cas de réponse négative, la loi se mettrait en contradiction avec elle-même, puisque

l'art. 92 LTF impose le recours immédiat au Tribunal fédéral, sans exigence de préjudice irréparable.

Article 79 al. 2

Le maintien d'une clause d'exception pour les questions juridiques de principe, n'est certainement pas une mesure de compensation adéquate, tant on sait qu'elle laisse une immense marge d'appréciation au Tribunal fédéral qui, exprimé de manière un peu triviale, se saisira de ce dont il a envie de se saisir.

Faut-il également rappeler que le Tribunal fédéral a, jusqu'à présent, refusé de considérer comme pouvant tomber sous le coup de la question juridique de principe, une décision qui serait contraire à une jurisprudence constante, soit un simple cas d'application de principes établis. En d'autres termes, une erreur judiciaire, potentiellement flagrante, ne pourra pas être rectifiée par le biais de cette norme d'exception, si cette erreur traduit simplement une violation de la jurisprudence constante³.

A supposer qu'il faille maintenir la clause d'exception (également aux art. 73, 74 al. 2 let. a, 79a variante, 83 al. 2, 84 al. 2, 85 al. 2 et 93b), il conviendrait de canaliser le pouvoir d'appréciation du Tribunal fédéral au moyen d'une disposition dont la teneur serait la suivante :

« En toute hypothèse le recours est recevable si :

- a) La contestation soulève une question juridique non encore tranchée par le Tribunal fédéral ;*
- b) La décision attaquée s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral ;*
- c) La contestation soulève une question juridique que le Tribunal fédéral a tranchée de manière critiquée en doctrine et qui appelle un nouvel examen ;*
- d) Le recours apparaît fondé prima facie ;*
- e) Pour d'autres motifs, la contestation soulève une question juridique de principe ou porte sur un cas particulièrement important. »*

Article 79a

L'harmonisation de la question des valeurs litigieuses lorsque le recours porte sur des prétentions civiles apparaît adéquate. Il n'y a, en effet, pas de motifs objectifs pour que les conditions d'accès au Tribunal fédéral sur les prétentions civiles soient différentes, selon que celles-ci suivent la voie du recours en matière civile ou le recours en matière pénale.

Toutefois, l'adverbe « exclusivement » s'avère incongru et contraire aux explications du rapport (p. 17), dès lors que la disposition proposée, lue e contrario, suggère qu'il n'y a pas de valeur litigieuse lorsque le prononcé pénale

³ KUHN/JEANNERET, note 1, ch. 6 et les références citées.

est attaqué en même temps que le prononcé civil. En outre, le renvoi à l'art. 74 est insuffisamment clair car il peut donner à penser que la clause d'exception d'al. 2 let. a n'est pas couverte.

La variante proposée n'est pas acceptable, en tant qu'elle entraînerait une extension considérable du champ de la valeur litigieuse sur des questions qui ne sont pas liées aux prétentions civiles. L'article 79a al. 1 let. b de l'Avant-projet exclurait du contrôle par le Tribunal fédéral les questions liées aux indemnités de procédure au sens des articles 429 et ss CPP, tant et aussi longtemps que celles-ci ne dépassent pas la valeur de CHF 30'000.00.

Cet aspect ne doit pas être soustrait à la cognition du Tribunal fédéral qui a d'ailleurs rendu plusieurs arrêts sur cette question, procédant souvent à la cassation de la décision querellée, démontrant qu'un contrôle sur le plan national est indispensable. Ce contrôle apparaît d'autant plus nécessaire dans ce domaine que l'expérience démontre que les magistrats cantonaux ont souvent – évidemment de manière inconsciente – tendance à aborder ces questions de manière restrictive, sans doute dans un souci de préserver les finances du canton auquel ils appartiennent.

Ce qui précède implique donc symétriquement le rejet de la modification projetée de l'article 410 al. 5 CPP, étroitement liée à ce qui précède.

Article 80 al. 2, 3^{ème} phrase

Cette abrogation doit être approuvée puisqu'elle a pour corolaire la modification du CPP entraînant l'ouverture généralisée du recours à l'encontre des décisions rendues par le Tribunal des mesures de contraintes (art. 393 al. 1 lettre c de l'Avant-projet qui renverse le paradigme de la version actuelle de cette disposition en prévoyant le recours de manière générale).

Article 81

Cette proposition de réforme donne le sentiment d'une politique de « yoyo ». En effet, avant l'entrée en vigueur de la LTF, l'ancien système de l'aPPF avait déjà tenté de limiter l'accès au Tribunal fédéral aux seules victimes au sens de la Loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), excluant les lésés ordinaires, cette restriction ayant été abandonnée ensuite lors de l'entrée en vigueur de la LTF. Il s'agit donc ni plus ni moins d'une tentative de retour en arrière.

Il y a toutefois une nuance dans la restriction proposée, en ce sens que le simple lésé, constitué partie plaignante, peut s'en prendre à la décision qui statue sur sa plainte pénale ou son action civile. A ce propos, il y a lieu de s'interroger sur la portée donnée à l'expression « plainte pénale », dans la mesure où l'on semble devoir déduire du Rapport explicatif que cette notion ne correspondrait pas à

celle des articles 30 et ss CP, mais à la notion improprement intitulée « plainte pénale » de l'article 119 al. 2 let. a CPP.

En d'autres termes, il s'agirait de comprendre cette expression (il faudrait impérativement la reformuler) comme autorisant l'accès au Tribunal fédéral pour la partie plaignante lorsque l'action pénale et/ou l'action civile ont été tranchées au fond. A teneur du rapport explicatif, cela exclura tous les recours portant sur des points de procédure ou sur des décisions de non entrée en matière ou de classement.

Une telle restriction ne nous apparaît pas heureuse, puisqu'elle prive la personne lésée par une infraction, hors intégrité physique, psychique ou sexuelle, de toute faculté de faire contrôler par une juridiction nationale des décisions mettant un terme à l'action pénale en amont d'un renvoi en jugement. Ainsi, notamment, le Tribunal fédéral ne pourra plus exercer de contrôle du respect de la maxime « *in dubio pro duriore* » qu'il a pourtant développée de manière assez abondante dans sa jurisprudence.

S'agissant de l'alinéa 4 permettant de conférer la qualité pour recourir à différentes autorités en matière d'exécution des peines et des mesures, il n'y a là rien à redire.

III. Suppression du recours constitutionnel subsidiaire

Il est à saluer que le Tribunal fédéral puisse connaître, de manière généralisée, de toutes les questions juridiques de principe et d'autres cas particulièrement importants dans les domaines faisant partie de la liste des exclusions de l'art. 83 LTF.

La notion de « question juridique de principe » fait désormais l'objet d'une définition précise en jurisprudence : il s'agit d'une question juridique qui se pose pour la première fois ou d'une question déjà tranchée par le Tribunal fédéral mais qui a fait l'objet de critiques de la doctrine assez importantes pour qu'un nouvel examen se justifie (ATF 139 II 340 c. 4). Quant à la notion de « cas particulièrement important », il faut, selon le Rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice relatif à la Modification de la loi sur le Tribunal fédéral du 4 novembre 2015 et la jurisprudence relative à l'actuel art. 84 al. 2 LTF, que l'intérêt à ce que la décision soit rendue par l'autorité suprême soit aussi grand qu'en présence d'une question juridique de principe. Ce peut être le cas si la décision touche directement ou indirectement un grand nombre de personnes, si elle a des conséquences majeures pour l'exécution des tâches d'une collectivité ou s'il existe des signes que l'autorité précédente a enfreint des normes juridiques importantes (Rapport, p. 6). L'expérience montre que la notion de « question juridique de principe » est interprétée très restrictivement par le Tribunal fédéral. Il ne devrait pas en aller différemment de la notion de « cas particulièrement

important ». C'est dans cette perspective que la suppression du recours constitutionnel subsidiaire est inquiétante.

En effet, le recours constitutionnel subsidiaire a pour fonction de parer au risque que, dans certains domaines, seule une requête à la Cour européenne des droits de l'homme soit encore possible contre les décisions des tribunaux supérieurs des cantons. Or, l'ouverture du recours pour les questions juridiques de principe et les cas particulièrement importants dans les domaines visés par la liste des domaines exclus par l'art. 83 pLTF, même réduite par rapport à l'énumération actuelle, ne pallie pas le fait que certaines décisions d'autorités cantonales de dernière instance ne pourront pas faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral.

Partant, le recours constitutionnel subsidiaire conserve toute son utilité pour les causes cantonales, tout particulièrement pour le contrôle de la procédure suivie par les autorités sous l'angle du respect des garanties de procédure. Il permet en particulier d'assurer que le Tribunal fédéral connaisse d'affaires cantonales devant être tranchées par l'instance suprême au titre du développement de la jurisprudence et de l'application uniforme du droit, conformément aux tâches qui sont les siennes (Rapport du Conseil fédéral sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale du 30 octobre 2013, FF 2013 8143/8162).

Les modifications proposées, et en particulier l'ouverture du recours au motif de la question juridique de principe et du cas particulièrement important dans les domaines visés par l'art. 83 LTF, ne changent rien au fait que cette protection juridictionnelle, qui a été jugée nécessaire en 2005, continue de l'être en 2016.

Il faut rappeler en effet que cette voie de recours, qui n'était pas prévue dans le projet du Conseil fédéral de l'époque, a explicitement été réintroduite par les Chambres et avec l'appui du Tribunal fédéral, afin d'éviter que les décisions de dernière instance cantonale ne doivent être attaquées directement à Strasbourg et que le Tribunal fédéral soit privé de la possibilité de veiller au respect des droits fondamentaux à l'intérieur.

A cela s'ajoute que, en plaçant la question de l'accès à la juridiction nationale suprême exclusivement sur le plan de la « question juridique de principe » ou du « cas particulièrement important », le projet aboutit, au fond, comme l'a montré Ulrich Zimmerli⁴, à réintroduire une forme de *procédure d'admission* (*Annahmeverfahren*), plus ou moins discrétionnaire, dont le législateur de l'époque n'avait pas voulu. Plus encore, en faisant cela, le projet place – ou déplace – le débat de l'accès au Tribunal sur le plan de la procédure – et non plus du fond –, puisqu'il appartiendra au recourant de montrer et de démontrer que les conditions de l'existence d'une question juridique de principe ou d'un cas particulièrement important sont remplies. Il deviendra donc très difficile pour les praticiens de donner à leurs clients une information éclairée sur les chances de

⁴ ULRICH ZIMMERLI, Revision des Bundesgerichtsgesetzes, Bundesrat offeriert Mogelpackung, NZZ du 4 décembre 2015, p. 12.

voir leur cause déclarée recevable. La solution est d'autant plus discutable, pour ne pas dire perverse, qu'il appartiendra au recourant, pour motiver la recevabilité de son recours, de démontrer ou au moins de rendre vraisemblable que la décision de l'instance précédente « a enfreint des normes juridiques importantes », c'est-à-dire est viciée sur le fond.

De ce point de vue déjà, la révision se présente donc comme un projet qui promet plus qu'il ne tient et qui est donc trompeur, ne méritant pas d'être qualifié ou vendu, contrairement à ce qu'en dit le Rapport, comme une amélioration de la protection juridique des justiciables⁵, car les remèdes des exceptions à l'exception que sont les mécanismes de la « question juridique de principe » et du « cas particulièrement important » ne compensent en aucune façon la perte que représente, en termes de protection des particuliers, la suppression du recours constitutionnel subsidiaire.

Enfin, s'agissant de l'objectif de décharger le Tribunal fédéral, la suppression du recours constitutionnel subsidiaire est d'autant moins compréhensible qu'elle n'aura qu'un effet marginal puisqu'il est constaté que cette voie de droit n'est guère utilisée, à raison de 5% des recours déposés (Rapport du 4 novembre 2015, p. 7).

Pour ces motifs, nous déplorons la suppression du recours constitutionnel subsidiaire. Si la révision devait être poursuivie dans cette voie – ce que nous n'approuverions pas –, il serait pour le moins indispensable que le législateur exprime d'une part clairement que la notion de « cas particulièrement important » ne doit pas se confondre avec la notion de « question juridique de principe » et d'autre part que cette exception à l'exception a pour but d'assurer une application uniforme du droit, comprenant un contrôle de conformité des décisions cantonales à la Constitution.

IV. Mesures provisionnelles

Enfin, le projet prévoit de restreindre le recours contre une décision portant sur une mesure provisionnelle aux cas soulevant une question juridique de principe ou portant sur un cas particulièrement important (art. 93b pLTF).

Sachant que la jurisprudence autour de la notion du préjudice irréparable est abondante et étoffée, la probabilité de voir discutée une question juridique de principe dans ce domaine est extrêmement faible. Par conséquent, le recours pourrait éventuellement – mais peu probablement – être ouvert au titre du cas particulièrement important, dont on ne peut déterminer la portée à ce jour.

⁵ *Ibid.*

L'art. 93b pLTF revient donc, très concrètement, à ne quasiment plus pouvoir soumettre au Tribunal fédéral des décisions en matière de mesures provisionnelles ou d'effet suspensif.

Au demeurant, on peine à trouver dans les critères de la question juridique de principe et du cas particulièrement important les ancrages ou références utiles pour apprécier la nécessité d'examiner la validité de mesures provisionnelles, dont l'objet est avant tout de préserver une situation le temps de la procédure. Autrement dit, d'une part, il sera généralement impossible, au stade du recours contre une décision incidente, de dire si la décision finale posera une question juridique de principe ou non. D'autre part, la décision incidente peut elle-même soulever une question de principe alors que tel ne sera pas le cas de la décision finale. Ainsi, à titre d'illustration, en matière pénale, le Tribunal fédéral a, dans l'ATF 137 IV 13, redéfini le risque de réitération selon l'art. 221 al. 1 let. c CPP pour la détention provisoire (décision incidente avec préjudice irréparable), alors que le fond de l'affaire (condamnation/acquittement ultérieur) n'est susceptible de ne poser aucune question fondamentale.

Nous déplorons par conséquent la restriction du recours contre les mesures provisionnelles.

*

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées,

Pour le Décanat de Faculté de droit
Valérie Défago Gaudin, professeure

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern
cornelia.perler@bj.admin.ch

Bern, 29. Februar 2016

Revision des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes Stellungnahme des VCS Verkehrs-Club der Schweiz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt der VCS zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) Stellung. Als nach VBO (SR 814.076) vom Bund zur Verbandsbeschwerde berechnigte Naturschutzorganisationen ist der VCS durch die vorgeschlagene Änderung des VwVG in der Ausübung seines gesetzlich garantierten Verbandsbeschwerderechts stark betroffen.

1. Grundsätzliche Erwägungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet wird. **In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.**

Dies trifft aber nicht zu für die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen die **Überprüfungsbefugnis (Kognition) des Bundesverwaltungsgerichts massiv einschränken**. Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, wären nach der Revision dieses Artikels kaum mehr möglich. Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die mit Bezug auf die Frage der Unangemessenheit nicht mehr überprüft werden könnten.

Eine solche Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Natur- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision.

Wir beschränken uns im Folgenden auf diesen Art. 49 VwVG.

VCS Verkehrs-Club der Schweiz

Aarberggasse 61, Postfach 8676, 3001 Bern
Tel. 0848 611 611, IBAN CH48 0900 0000 4900 1651 0
www.verkehrsclub.ch, vcs@verkehrsclub.ch

Hingegen begrüßen wir die Verbesserung des Verbandsbeschwerderechts dadurch dass neu Entscheide auf dem Gebiet des Kernenergierechts nicht mehr von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen sind (Art. 83 Bst. n BGG und Art. 83 E-BGG).

2. Stellungnahme im Einzelnen zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Der heutige Art. 49 VwVG lautet:

E. Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen: ☐

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; ☐
- b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes; ☐
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

Mit der Revision will man den Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

- c. Unangemessenheit.

2 Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

- a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;
- b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder
- c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.

Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden, wenn es sich nicht um eine Verfügung handelt

- über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen oder
- über Sozialversicherungsleistungen

Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes, zum Beispiel BAFU, BAZL oder UVEK insbesondere im Bereich Natur- und Umweltschutz in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes und indirekt des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Heute kann gegen eine Verfügung des BAFU oder UVEK eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und dort "Unangemessenheit" geltend gemacht werden. Möglich wäre neu nur noch eine Überprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss BGer, Urteil 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht

zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG). (3.1.2)

Diese vom Bundesgericht unterstützte Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Dies hätte gerade im Natur- und Umweltschutz grosse Konsequenzen. Im Wissen darum, dass eine Überprüfung verunmöglicht ist, könnten Behörden des Bundes unangemessene Entscheide fällen, die sie heute im Wissen um die bestehende Rekursmöglichkeit nicht fällen. Es wären vermehrt auch, sagen wir es mit direkten Worten, mit „schludrigen“ Entscheiden der Bundesbehörden zu rechnen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen ist nicht nur nachteilig, sondern auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2 m.w.H.).

Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).

Um die Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass gerade im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein grosser Ermessenspielraum besteht. Die Behörden treffen aber gelegentlich unangemessene Entscheide.

In solchen Fällen — im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6319/2011 vom 17. September 2012 ging es beispielsweise um ein Ausführungsprojekt zur Reaktivierung des Wildtierkorridors, welches die Beschwerdeführer als ungeeignet erachteten — hatte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung primär (aber immerhin!) abzuklären, ob alle berührten Interessen ermittelt und beurteilt sowie ob die möglichen Auswirkungen des Projekts bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Gefordert war also im jenem Fall, ob es keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gibt und ob davon ausgegangen werden kann, dass die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (so auch BGE 133 II 35 E. 3; BVGE 2010/9 E. 4.3 S. 230, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1187/2011 vom 29. März 2012 E. 2 und A-1619/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 3 und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 446c f.).

Auch im Urteil A-2030/2010 betreffend Eingriffe gegen eine Brutkolonie des Kormorans in einem international bedeutenden Wasservogelschutzgebiet des Bundes hatte das Bundesverwaltungsgericht unter anderem zu prüfen, ob der Entscheid der Behörde unangemessen sei (2.1). Es kam zu folgendem

Schluss1: «Das BVGer hat diese Verfügung aufgehoben, weil sie Artikel 9 Absatz 1 der WZVV verletzt. Gemäss BVGer liegt der Schaden, den die Berufsfischer durch die Kormorane erleiden, weit unter dem vom BAFU angegebenen Wert (lediglich 2,5 % und nicht 6 % der Bruttoerträge). Dies ist nicht ausreichend, um solche Massnahmen zu rechtfertigen, die ihrerseits einen untragbaren Schaden voraussetzen. Ausserdem würden die bewilligten Massnahmen nur in beschränktem Ausmass die Bestände regulieren. Auch sind sie nicht geeignet, die Netzschäden wirksam zu vermeiden». Wäre die in der Revision vorgeschlagene Regelung im Jahre 2011 bereits in Kraft gewesen, hätte das Bundesverwaltungsgericht eine solche Unangemessenheit gar nicht überprüfen können. Es wäre äusserst stossend und rechtsstaatlich fragwürdig, wenn wegen einer unnötigen, umstrittenen und zur „Entlastung“ des Bundesverwaltungsgerichts untauglichen Revision diese Verfügung der Behörden Rechtskraft erlangt hätte. Damit würde heute an unzähligen Orten ungerechtfertigterweise gegen eine Vogelart in national und international bedeutenden bundesrechtlichen Schutzgebieten vorgegangen.

Auch die Richterinnen und Richter insbesondere am Bundesverwaltungsgericht und am Bundesgericht sind klar gegen diese Revision (Erläuternder Bericht S. 12 ff.). Hingegen sind die Argumente des Bundesrates für die Änderung ausgesprochen dürftig.

Generell würde den verfügenden Verwaltungsbehörden nicht nur ein falsches Signal gegeben, es würden sich auch neue, völlig unnötige Diskussionen und damit Streitigkeiten ergeben zur Abgrenzung der Ermessensfragen von den Rechts- und Sachverhaltsfragen.

Die Aussage im letzten Abschnitt von Ziff. 2.3 des erläuternden Berichts würde zudem bedeuten, dass wegen der Änderung von Art. 49 VwVG allenfalls eine weitere Gesetzesänderung nötig würde, um im NHG die Überprüfung der Unangemessenheit in Sachen Naturschutz und nötigenfalls auch in anderen Gesetzen wieder zuzulassen. Das erachten wir als schlicht nicht zielführend. Nachdem «verschiedene Spezialgesetze für ihren Bereich» eine Rüge der Unangemessenheit bereits ausschliessen, ist das Problem in diesen Bereichen gelöst. In den anderen Bereichen ist, wie wir hier gezeigt haben, die Beibehaltung wichtig. Es braucht demnach keine Revision von Art. 49 VwVG.

Aus allen diesen Gründen stellen wir den Antrag, den Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrags und grüssen Sie freundlich
Freundliche Grüsse

VCS Verkehrs-Club der Schweiz



Caroline Beglinger Fedorova
Co-Geschäftsleiterin

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Elektronisch an: cornelia.perler@bj.admin.ch

29. Februar 2016

Francis Beyeler, Direktwahl +41 62 825 25 40, francis.beyeler@strom.ch

Stellungnahme zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) vertritt als Dachverband die Interessen der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft entlang der gesamten Wertschöpfungskette von der Produktion, über den Handel bis zur Übertragung und Endverteilung von Strom. Die Elektrizitätsunternehmen erfüllen Aufgaben von öffentlichem Interesse, für welche sie insbesondere im Bereich der Übertragung und Verteilung von Strom und der Nutzung der Wasserkräfte zur Stromproduktion auf die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für öffentliche Güter angewiesen sind. 90 Prozent der Schweizer Stromunternehmen befinden sich zudem direkt oder indirekt im Besitz der öffentlichen Hand. Die Änderung der Bestimmungen über die Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, insbesondere bei Entscheiden auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens, der öffentlichen Konzessionen und des Zugangs zu Infrastrukturanlagen, sind für die Strombranche relevant. Der VSE nimmt deshalb gern die Möglichkeit wahr, zur vorgeschlagenen Revision des Bundesgerichtsgesetzes Stellung zu nehmen.

Der VSE begrüsst grundsätzlich die Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Er unterstützt das Ziel, die Belastung des Bundesgerichts dahingehend zu reduzieren, als es sich auf grundlegende Rechtsfragen fokussieren kann und von der Beurteilung weniger bedeutender Fälle befreit wird. Diese Klärung und Straffung des Zugangs zum Bundesgericht unterstützt das Anliegen der Strombranche nach effizienten und zügigen Verfahren, welches ebenfalls im Rahmen des ersten Massnahmenpakets der Energiestrategie 2050 namentlich durch eine zusätzliche Ausnahme im Katalog gemäss Art. 83 BGG verfolgt wird.

Die drei oben genannten, für die Strombranche relevanten Bestimmungen des vorgeschlagenen Ausnahmekatalogs von Art. 83 BGG werden im Folgenden kurz kommentiert:

Art. 83 Abs. 1 lit. e BGG (Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen)

Der VSE lehnt die vorgeschlagene Änderung ab. In der geltenden Fassung von Art. 83 lit. f BGG müssen für eine Beschwerde an das Bundesgericht zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Erstens das Erreichen des massgebenden Schwellenwerts nach BöB oder dem Abkommen EU/CH vom 21. Juni 1999 und zweitens das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Mit der neuen Fassung in Art. 83 Abs.

1 lit. e in Kombination mit Art. 83 Abs. 2 soll künftig in allen Fällen von grundsätzlicher Bedeutung oder in anderen besonders bedeutenden Fällen eine Beschwerde unabhängig vom Auftragsvolumen möglich sein. Damit wird die Beschwerdemöglichkeit nicht wie angestrebt auf bedeutende Fälle beschränkt, sondern im Gegenteil mit dem Weglassen der Voraussetzung des Schwellenwertes auf alle Fälle ausgeweitet. Zudem hat die Ausweitung auf das Einzelkriterium «Vorliegen von besonders bedeutenden Fällen» erhebliche Unsicherheiten zur Folge, da für diese Beschwerdevoraussetzung weder eine Gerichtspraxis besteht noch aus dem Gesetz oder den Ausführungen im erläuternden Bericht klar wird, wie diese Beschwerdevoraussetzung auszulegen ist. Weiter ist die Unterscheidung zwischen den Kriterien «Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» und «besonders bedeutender Fall» unklar. Die Aufnahme dieser neuen, selbständigen Beschwerdevoraussetzung, auch wenn diese nur im Sinne einer Ausnahme erfolgen soll, läuft dem Ziel der vorliegenden Revision (Verfahrensbeschleunigung, Entlastung des Bundesgerichtes von Bagatellfällen) klar zuwider und führt zusammen mit dem Wegfall des Kriteriums des Schwellenwertes auch zu einer Verschlechterung der Situation für die Auftraggeber.

Der VSE beantragt deshalb, an der geltenden Fassung der Ausnahme auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen festzuhalten.

Antrag

Art. 83 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 sind wie folgt zu ändern:

Art. 83 Ausnahmen

¹ Die Beschwerde ist unzulässig gegen:

e. Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen;

1. wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens nicht erreicht,

2. wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt;

² Stellt sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder liegt aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vor, so ist die Beschwerde gegen Entscheide nach Absatz 1, mit Ausnahme der Buchstaben p und u, zulässig. Für Buchstabe e gelten in jedem Fall die Voraussetzungen von Abs.1 lit. e.

Art. 83 Abs. 1 lit. f BGG (Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen)

Mit der Neuformulierung der Bestimmungen über Beschwerden auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs, des Radios und des Fernsehens sowie der Post sollen nicht mehr nur Konzessionen aus der Regelung dieser genannten Bereiche, sondern aufgrund ihrer engen Verwandtschaft mit dem öffentlichen Beschaffungswesen neu sämtliche Entscheide über «öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen» vom Zugang zum Bundesgericht ausgenommen werden. Gemäss erläuterndem Bericht ist etwa an die Erteilung einer Konzession für Spielbanken zu denken (S. 20). Die allgemeine Formulierung kann jedoch auch dahingehend interpretiert werden, als beispielsweise auch Konzessionen über die Nutzung von Fließgewässern zur Stromproduktion oder von öffentlichem Grund und Boden für Stromnetzinfrastrukturen erfasst werden. Als Begründung für die neue Ausnahme führt der Bericht aus, dass Streitigkeiten rasch aus dem Weg ge-

räumt werden müssen, weil sonst Leistungen zugunsten der Öffentlichkeit nicht rechtzeitig erbracht werden können (S. 20). Dieses Argument mag für eine Konzession für Spielbanken oder Leistungen im öffentlichen Verkehr zutreffend sein, greift aber in der auf langfristige Investitionen ausgerichteten Strombranche viel zu kurz. Konzessionen für Stromleitungen und in noch stärkerem Ausmass für die Nutzung der Wasserkraft werden für Jahrzehnte erteilt und sind mit der Erstellung komplexer Bauten verbunden. Eile bei der Vergabe solcher Konzessionen ist weder angebracht noch zweckdienlich. Vielmehr ist es sogar entscheidend, dass angesichts der langjährigen Folgen und der damit verbundenen bedeutenden Investitionen der Rechtsweg in jedem Einzelfall bis an das Bundesgericht beschritten werden kann. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass kantonale und kommunale Konzessionen im Zusammenhang mit dem Übertragungs- und dem Verteilnetz, insbesondere das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens, sowie Konzessionen bei kantonalen Gewässern und Bundeskonzessionen über die Wassernutzung gemäss Stromversorgungsgesetz und Wasserrechtsgesetz ausdrücklich ohne Ausschreibungsverfahren verliehen werden (Art. 3a StromVG sowie Art. 60 Abs. 3 und Art. 62 Abs. 2 WRG). Die Vergabe solcher Konzessionen unterliegt somit nicht einem vergleichbaren Verfahren wie Vergaben im Rahmen öffentlicher Beschaffungen oder Konzessionsverleihungen wie beispielsweise im Fernmeldewesen.

Die Möglichkeit, den Rechtsweg zu beschreiten, wird gerade im Bereich der Wassernutzungskonzessionen künftig an Bedeutung gewinnen. In Anbetracht neuerer kantonomer Wassernutzungsstrategien dürfte künftig Art. 41 WRG über die Verleihung von Wasserrechten bei mehreren Bewerbern um eine Konzession vermehrt angewendet werden. Bisher besteht jedoch keine Gerichtspraxis über die Anwendung dieser bundesrechtlichen Bestimmung durch die kantonalen Behörden. Deren Überprüfung auf Bundesebene ist deshalb unabdingbar. Bei Streitigkeiten zwischen dem Konzessionär und der Verleihungsbehörde bestimmt Art. 71 Abs. 2 WRG, dass grundsätzlich in erster Instanz die zuständige kantonale Behörde und in zweiter Instanz das Bundesgericht angerufen werden kann. Der vorgeschlagene Art. 83 Abs. 1 lit. f BGG steht somit im Widerspruch zum WRG, indem er eine Überprüfung des erstinstanzlichen Entscheids verunmöglicht und damit den Grundsatz der zweifachen Rechtsweggarantie verletzt. Angesichts der grossen volkswirtschaftlichen Bedeutung von Wassernutzungskonzessionen ist die Sicherstellung des Rechtsschutzes durch das Bundesgericht in zweiter Instanz jedoch zwingend notwendig.

Der VSE beantragt deshalb, die Konzessionen, die keiner Ausschreibungspflicht unterliegen, vom Geltungsbereich von lit. f auszunehmen:

Antrag

Art. 83 Abs. 1 lit. f ist wie folgt zu ändern:

Art. 83 Ausnahmen

¹ Die Beschwerde ist unzulässig gegen:

- f. Entscheide über öffentlich ausgeschriebene Leistungsaufträge und Konzessionen, insbesondere Entscheide betreffend die Bestellung von Angeboten des öffentlichen Verkehrs. Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide über Leistungsaufträge und Konzessionen, die keiner Ausschreibungspflicht unterliegen;

Art. 83 Abs. 1 lit. p BGG (Entscheide über die Gewährung des Zugangs zu Fernmeldediensten)

Der VSE begrüsst die Verschlankung der Regelung bezüglich Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs, des Radios und des Fernsehens sowie der Post. Zu unterstreichen ist aus Sicht des VSE der Vermerk im erläuternden Bericht, wonach die Bestimmung in der neuen lit. p explizit nicht auf den Zugang zu Infrastrukturanlagen wie Elektrizitätsnetze oder Rohrleitungen anwendbar ist (S. 20). Der Zugang von anderen Anbietern zu passiven Infrastrukturanlagen setzt ein Abwägen von Interessen voraus. So steht beispielsweise das Interesse an Fernmeldediensten demjenigen einer auch für künftige Entwicklungen ausreichenden Elektrizitätsinfrastruktur gegenüber. Entscheide zu Ungunsten der Netzinfrastuktur können unter Umständen die sichere Stromversorgung beeinträchtigen, die Planbarkeit der Netzinfrastuktur für die Elektrizitätsversorgung erschweren und Zusatzkosten verursachen, wenn ursprünglich eingeplante Leerrohre für andere Nutzungen vergeben werden und später fehlen oder teuer nachgebaut werden müssen. Ferner können Fragen der betrieblichen Sicherheit und der Personensicherheit beim Zugang Dritter zur Strominfrastruktur strittig sein. Der VSE beurteilt es deshalb als vorrangig, dass der Zugang an das Bundesgericht für diese Fragen auch weiterhin offen bleibt, dies zumal der Bundesrat mit einer Revision des Fernmeldegesetzes eine Erweiterung des Zugangsrechts für Breitbandinfrastrukturen beabsichtigt (Bericht des Bundesrates zur Entwicklung im schweizerischen Fernmeldemarkt und zu den damit verbundenen gesetzgeberischen Herausforderungen vom 19. November 2014 und Entwurf des Fernmeldegesetzes gemäss Vernehmlassungsvorlage vom 11. Dezember 2015), welches potenzielle zusätzliche Konflikte und neue Rechtsfragen aufwerfen kann.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

VSE / AES



Michael Frank
Direktor



Stefan Muster
Leiter Bereich Wirtschaft und Regulierung



WWF Schweiz

Hohlstrasse 110
Postfach
8010 Zürich

Tel.: +41 44 297 22 43
heidi.reinert@wwf.ch
www.wwf.ch
Spenden: PC 80-470-3

BA Justiz
E 17. Dez. 2015
Act

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Cornelia.perler@bj.admin.ch

Zürich, 14. Dezember 2015

Revision des Bundesgerichtsgesetzes BGG

Stellungnahme des WWF

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herrn

Gerne nimmt der WWF Schweiz zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes Stellung. Der WWF mit seinen 23 kantonalen Sektionen setzt sich massgeblich für den Erhalt der Biodiversität der Schweiz ein und trägt damit entscheidend zur Umsetzung der Strategie Biodiversität Schweiz (SBS) des Bundesrates von 2012 bei. Als nach VBO (SR 814.076) vom Bund zur Verbandsbeschwerde berechnigte Naturschutzorganisationen ist der WWF durch die vorgeschlagene Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) in der gesetzlich garantierten Ausübung des Verbandsbeschwerderechts stark betroffen.

Grundsätzliche Erwägungen

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen betreffen die (teilweise) Neuregelung des Zugangs zum Bundesgericht. Gemäss den Erläuterungen soll sich das höchste Gericht künftig zu möglichst allen grundlegenden Rechtsfragen oder sonst besonders bedeutenden Fällen äussern können, dies auch in Bereichen, in denen bisher keine ordentliche Beschwerde (Einheitsbeschwerde) beziehungsweise nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide möglich war. Zugleich soll aber mit der Revision eine Fehlbelastung des Bundesgerichts korrigiert werden, indem dieses von weniger bedeutenden Fällen entlastet werden. **In den Erläuterungen wird die Zusicherung gegeben, bei grundlegenden Rechtsfragen oder sonst bedeutenden Fällen bleibe der Zugang zu den Gerichten gewährleistet.**

Dies trifft aber nicht zu für die vorgeschlagene Revision des heutigen Art. 49 VwVG. Diese Änderung würde gerade in Umweltfragen den **Zugang zum Bundesverwaltungsgericht massiv einschränken**. Einige wichtige Entscheide, welche die Umsetzung des Naturschutz- und Umweltrechts geprägt haben, wären nach der Revision dieses Artikels gar nicht mehr möglich. Die Bundesverwaltung könnte Entscheide fällen, die nicht mehr





überprüft werden könnten. Eine solche massive Einschränkung des Zugangs zum Bundesverwaltungsgericht in Sachen Natur- und Umweltschutz ist weder gerechtfertigt, noch – wenn man den Erläuterungen Glauben schenken darf – Absicht der Revision. **Wir beschränken uns im Folgenden auf diesen Art. Art. 49 VwVG.**

Hingegen begrüßen wir die Verbesserung des Verbandsbeschwererechts dadurch, dass neue Entscheide auf dem Gebiet des Kernenergierechts nicht mehr von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen sind (Art. 83 Bst. n BGG und Art. 83 E-BGG).

Stellungnahme im Einzelnen zur vorgeschlagenen Revision von Art. 49 VwVG

Der heutige Art. 49 VwVG lautet:

E. Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen: ☐

- a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; ☐
- b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes; ☐
- c. Unangemessenheit; die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig, wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat.

Mit der Revision will man lit. c der Art. 49 des Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren wie folgt ändern:

c. Unangemessenheit.

2 Die Rüge der Unangemessenheit ist unzulässig:

- a. im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ausser bei Beschwerden gegen Verfügungen über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen und über Sozialversicherungsleistungen;
- b. wenn eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat; oder
- c. wenn ein Bundesgesetz diese Rüge ausschliesst.

Die «Unangemessenheit» eines Entscheids einer Bundesbehörde könnte damit nicht mehr vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden, wenn es sich nicht um eine Verfügung

- über die Festsetzung von Abgaben oder öffentlich-rechtlichen Entschädigungen oder
- über Sozialversicherungsleistungen

handelt.





Damit wären unangemessene Entscheide von Behörden des Bundes, zum Beispiel BAFU, BAZL oder UVEK insbesondere im Natur- und Umweltschutz in Zukunft nicht mehr einer Beschwerde zugänglich, was eine starke Einschränkung des Verbandsbeschwerderechts bedeuten würde.

Heute kann gegen eine Verfügung des BAFU oder UVEK eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und dort "Unangemessenheit" geltend gemacht werden. Möglich wäre neu nur noch eine Ueberprüfung der Ermessensüberschreitung beziehungsweise des Ermessensmissbrauchs nach Art. 49 Bst. a VwVG.

Gemäss BGE 8C_500/2013 vom 15.01.2014 geht es «bei der Unangemessenheit um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen» (3.1.2). Dabei «greift das Bundesverwaltungsgericht in das Entschliessungsermessen der Behörde ein, soweit sich diese von nicht sachgerechten Überlegungen leiten liess (BVGE 2008/43 E. 6.4 mit Hinweisen). Es überprüft also nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen, d.h. nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (Peter Helbling, in: Portmann/ Uhlmann [Hrsg.], Handkommentar zum Bundespersonalgesetz, Bern 2013, N. 30 zu Art. 36 BPG).» (3.1.2)

Diese vom Bundesgericht unterstützte Beurteilung, ob Unangemessenheit vorliegt, würde mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not aufgehoben. Diese hätte gerade im Natur- und Umweltschutz grosse Konsequenzen. Im Wissen darum, dass eine Überprüfung verunmöglich ist, könnten Behörden des Bundes unangemessene Entscheide fällen, die sie heute im Wissen um die bestehende Rekursmöglichkeit nicht fällen würden. Es wäre vermehrt auch, sagen wir es mit direkten Worten, mit „schludrigen“ Entscheiden der Bundesbehörden zu rechnen.

Die Aufhebung des Rechtsschutzes gegen unangemessene Verfügungen wäre nicht nur nachteilig, sondern ist auch unnötig, da sich das Bundesverwaltungsgericht schon heute zurückhält und «sein eigenes Gutdünken nicht anstelle des Ermessens der fachkundigen Verwaltungsbehörde» setzt (Bundesverwaltungsgericht A-4642/2008 vom 3. März 2009, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6696/2011 und A-6803/2011 vom 26. November 2012 E. 2.2 m.w.H.).

Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide nach Rechtsprechung des Bundesgerichts nur, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, in dem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).



Um die grossen Konsequenzen einer solchen Änderung zu erfassen, muss man wissen, dass gerade im Natur- und Umweltschutzrecht oft ein grosser Ermessensspielraum besteht. Die Behörden treffen aber gelegentlich unangemessene Entscheide.

In solchen Fällen — im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6319/2011 vom 17. September 2012 ging es beispielsweise um ein Ausführungsprojekt zur Reaktivierung des Wildtierkorridors, welches die Beschwerdeführer als ungeeignet erachteten — hatte das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Angemessenheitsprüfung primär (aber immerhin!) abzuklären, ob alle berührten Interessen ermittelt und beurteilt sowie ob die möglichen Auswirkungen des Projekts bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Gefordert war also im jenem Fall, ob es keine Anhaltspunkte für eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gibt und ob davon ausgegangen werden kann, dass die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (so auch BGE 133 II 35 E. 3; BVGE 2010/9 E. 4.3 S. 230, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1187/2011 vom 29. März 2012 E. 2 und A-1619/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 3 und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 446c f.)

Auch im Urteil A-2030/2010 betreffend Eingriffe gegen eine Brutkolonie des Kormorans in einem international bedeutenden Wasservogelschutzgebiet des Bundes hatte das Bundesgericht unter anderem zu prüfen, ob der Entscheid der Behörde unangemessen sei (2.1). Es kam zu folgendem Schluss¹: «Das BVGer hat diese Verfügung aufgehoben, weil sie Artikel 9 Absatz 1 der WZVV verletzt. Gemäss BVGer liegt der Schaden, den die Berufsfischer durch die Kormorane erleiden, weit unter dem vom BAFU angegebenen Wert (lediglich 2,5 % und nicht 6 % der Bruttoerträge). Dies ist nicht ausreichend, um solche Massnahmen zu rechtfertigen, die ihrerseits einen untragbaren Schaden voraussetzen. Ausserdem würden die bewilligten Massnahmen nur in beschränktem Ausmass die Bestände regulieren. Wäre die in der Revision vorgeschlagene Regelung 2011 bereits in Kraft gewesen, hätte das Bundesverwaltungsgericht eine solche Unangemessenheiten gar nicht überprüfen können. Es wäre äusserst stossend und rechtsstaatlich fragwürdig, wenn wegen einer unnötigen, umstrittenen und zur Entlastung des Bundesverwaltungsgericht untauglichen Revision diese Verfügung Rechtskraft erlangt hätte. Damit würde heute an unzähligen Orten ungerechtfertigter Weise gegen eine Vogelart in national und international bedeutenden bundesrechtlichen Schutzgebiete vorgegangen.

Die Richterinnen und Richter, namentlich diejenigen am Bundesverwaltungsgericht, sind klar gegen diese Revision (Erläuternder Bericht S. 12ff). Hingegen sind die Argumente des Bundesrates für die Änderung ausgesprochen dürftig.

1

http://www.bvger.ch/medien/medienmitteilungen/00688/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t.lnp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdlR6fWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-



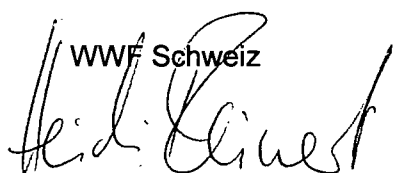


Hinzu kommt, dass die Aussage im letzten Abschnitt von Ziff. 2.3 des erläuternden Berichts bedeuten würde, dass wegen der Änderung von Art. 49 VwVG allenfalls eine weitere Gesetzesänderung nötig würde, um im NHG die Überprüfung der Unangemessenheit in Sachen Naturschutz und nötigenfalls auch in anderen Gesetzen wieder zuzulassen. Das erachten wir als schlicht nicht zielführend. Nachdem verschiedene Spezialgesetze für ihren Bereich eine Rüge der Unangemessenheit bereits ausschliessen, ist das Problem mehrheitlich gelöst. In den anderen Bereichen ist, wie wir hier gezeigt haben, die Beibehaltung wichtig. Es braucht demnach keine Revision von Art. 49 VwVG.

Aus allen diesen Gründen stellen wir den Antrag, Art. 49 VwVG nicht zu ändern.

Wir danken Ihnen für eine wohlwollende Prüfung unseres Antrags.

Freundliche Grüsse

WWF Schweiz


Heidi Reinert
Leiterin Abt. Rechtsdienst



Catherine Martinson
Mitglied der Geschäftsleitung

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

Oensingen, 26. Februar 2016
u/Referenz: RW1620/LS

Vernehmlassung Änderung des Bundesgerichtsgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

In obgenannter Angelegenheit nehmen wir Bezug auf den Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes. Aus folgenden Gründen lehnen wir die Änderung des Bundesgesetzes ab:

1. Gerade im Bereich des Strassenverkehrs zeigen kleine Bussen grosse Auswirkung, nämlich dann, wenn beispielsweise ein Chauffeur oder ein Aussendienstmitarbeiter aufgrund eines groben Verkehrsregelverstosses zu einer Busse von unter CHF 5'000.– verurteilt wird, was bekanntlich im Administrativverfahren zum Entzug des Führerausweises führt. Dem Chauffeur oder dem Aussendienstmitarbeiter würde dadurch die wirtschaftliche Existenzgrundlage entzogen.
2. Der Grossteil der berufstätigen Bevölkerung ist in der Schweiz ohnehin auf die Führung eines Personenwagens angewiesen. Der unter Ziff. 1 hiavor beschriebene Mechanismus kann auch bei diesem Teil der Bevölkerung grosse existenzielle Auswirkungen haben. Es ist deshalb nicht einzusehen, wes-

halb diese Fälle nicht mehr durch das Bundesgericht überprüft werden sollen.

3. Auch im Bereich der bewilligungspflichtigen Berufe (Ärzte, Therapeuten, Vermögens- und Anlageberater, Anwälte etc.) können Bussen unter CHF 5'000.– zum Entzug der Berufsausübungsbewilligung und damit der wirtschaftlichen Existenzgrundlage führen.
4. Der Grossteil der steuerzahlenden Bevölkerung ist ohnehin nur von solchen „Bagatelldelikten“ betroffen, so z.B. im Bereich des Strassenverkehrs oder des Verwaltungsrechts. Die geplante Beschränkung des Zugangs zur Justiz, trifft einmal mehr den Mittelstand, wogegen sog. „Schwerkriminelle“ weiterhin in den Genuss der Überprüfung ihres Falles durch das Bundesgericht gelangen. Derartiges wird von der Bevölkerung nicht verstanden und führt zu einem weiteren Misstrauen in die Justiz.

Zusammengefasst zeigt sich also, dass es auch zahlreiche sogenannte „Bagatellfälle“ gibt, welche einer Prüfung durch das Bundesgericht weiterhin zugeführt werden müssen. Das Bundesgericht ist durchaus in der Lage, die Bedeutung eines wichtigen derartigen Falles selber erkennen zu können. Dazu braucht es keine neue Streitwertgrenze. Sparübungen auf dem Buckel der steuerzahlenden Bevölkerung sind ebenfalls fehl am Platz, weil es sich bei der Justizkontrolle der Verwaltung um ein zentrales staatstragendes Element im Rahmen der Gewaltentrennung handelt.

Mit freundlichen Grüßen

R. Wyssmann

C. Wyssmann

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

vorab per Mail: cornelia.perler@bj.admin.ch

Zürich, 24. Februar 2016

Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 12. November 2015 wurde unter anderem der Zürcher Anwaltsverband (ZAV) eingeladen, zum Vernehmlassungsentwurf für obgenannte Vorlage Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Gelegenheit und äussern uns zu den geplanten Änderungen wie folgt:

1. Generelle Bemerkungen

- 1 Die Stossrichtung, das Bundesgericht von Fällen zu entlasten, die weder aus Gründen der betroffenen Rechtsgüter noch zur Gewährleistung der einheitlichen Rechtsanwendung in einer föderalistischen Struktur oder zur Rechtsfortbildung in wesentlichen Rechtsfragen der höchstrichterlichen Beurteilung bedürfen, ist gewiss richtig. Jedoch stellt sich die Frage, ob und zu welchem Preis dies mit der Vorlage erreicht wird. Kern der Vorlage zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes ist eine Abkehr von der subsidiären Verfassungsbeschwerde bei gleichzeitiger Einführung eines Annahmeverfahrens im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde. Dieser Wechsel vom Rechtsmittel weg hin zu einem „blossen Rechtsbehelf“ wird vom ZAV auch deshalb abgelehnt, weil der verwendete Begriff der *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* (ebenso wie die Variante *aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall*) zu vage ist und in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts restriktiv definiert wurde.

1.1. Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde

- 2 Die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde wird vom ZAV aus folgenden Gründen abgelehnt:
- 3 Das Rechtsmittel der subsidiären Verfassungsbeschwerde wurde erst im Jahr 2005 im Zuge der Justizreform geschaffen und ist demnach ein noch sehr junges Instrument der Bundesrechtspflege. Dannzumal war die subsidiäre Verfassungsbeschwerde das Ergebnis der Arbeitsgruppe „Bundesgerichtsgesetz“ und wurde sowohl vom Bundesgericht selbst, als auch vom Bundesrat und von der Bundesversammlung durchwegs begrüsst.¹ Die Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde wurde als unbedingt notwendig erachtet, um auch nach Einführung der neuen Bundesrechtspflege die Wahrung der Grundrechte, deren Rechtsfortbildung sowie die Einheit der Rechtsprechung in diesem staatstragenden Bereich zu gewährleisten.² Nach Ansicht des ZAV droht bei einer Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde genau in diesem Bereich eine Rechtsschutzlücke zu entstehen.
- 4 Zwar soll die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde in der Vorlage durch die Einführung eines Annahmeverfahrens im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde „kompensiert“ werden.³ Das Annahmeverfahren sieht aber lediglich vor, dass eine Beschwerde in den Ausnahmebereichen im Sinne einer Gegen Ausnahme doch zulässig ist, *„wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt“*. Ob das Bundesgericht dereinst sämtliche Verfassungsrügen unter diesen offenen Passus subsumieren wird, ist in keiner Weise sicher gestellt. Würde das Bundesgericht dies nicht tun, entstünde unter Umständen die Situation, dass kantonale Entscheide direkt an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) weitergezogen werden könnten. Der EGMR müsste sich in diesen Fällen mit der kantonalgerichtlichen Auslegung der Grundrechte befassen und könnte die Schweiz gegebenenfalls verurteilen, ohne dass je ein eidgenössisches Gericht über die Wahrung der verfassungsmässigen Rechte geurteilt hat. Dies würde die Beziehung zwischen der Schweiz und dem EGMR unserer Ansicht nach merklich belasten. Mit der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde werden zudem auch der Stellenwert und die Bedeutung der Bundesverfassung reduziert. Die einheitliche Anwendung der Bundesverfassung wäre damit nicht mehr gewährleistet, was zu einer Schwächung des Bundesstaates führt.
- 5 Im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf wird richtigerweise festgehalten, dass durch die Vorinstanzenregelung im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde ein gewisses Rechtsschutzdefizit besteht, da nur kantonale Entscheide, nicht aber Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstraftgerichts, angefochten werden können.⁴ Diesem Rechtsschutzdefizit könnte ohne weiteres durch eine Änderung der Vorinstanzenregelung in

¹ Vgl. dazu ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 1749; ALEXANDER MISIC, *Verfassungsbeschwerde. Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte* (Art. 113-119 BGG), Zürich 2010, N. 62 ff.

² KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1749; MISIC (Fn. 1), N. 44 ff.

³ Zum Annahmeverfahren nachfolgend Ziff. 1.2.

⁴ Vgl. Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 8.

Art. 113 BGG begegnet werden. Art. 113 BGG müsste in dem Sinne ergänzt werden, dass die subsidiäre Verfassungsbeschwerde neu auch gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts zulässig wäre. Stattdessen ein Rechtsschutzdefizit in Bezug auf die Rechtsprechung der Kantone zu schaffen, ist keine Option.

- 6 Der ZAV ist mit Nachdruck der Ansicht, dass der mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde gewährte Rechtsschutz, die damit gewährleistete einheitliche Rechtsanwendung im Grundrechtsbereich wie auch die Sicherstellung einer eidgenössischen Instanz vor einer allfälligen Anrufung des EGMR die daraus resultierende Belastung des Bundesgerichts (heute rund 5% der gesamten Geschäftslast) rechtfertigt. Er unterstützt die Haltung, die der Bundesrat in seinem Evaluationsbericht eingenommen hat, wonach im Bereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.⁵

1.2. Annahmeverfahren im Bereich des Ausnahmekatalogs

- 7 Wie erwähnt, sieht die Vorlage vor, die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde durch ein Annahmeverfahren im Bereich der gesetzlichen Ausnahmen zur Einheitsbeschwerde zu kompensieren. In den Fällen, in denen die Beschwerde an das Bundesgericht grundsätzlich ausgeschlossen ist, soll die Einheitsbeschwerde im Sinne einer Gegenausnahme trotzdem zulässig sein, *„wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt“*. Diese Gegenausnahme ist in der Vorlage für alle drei Einheitsbeschwerden (in Zivilsachen, in Strafsachen und in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) vorgesehen. Die Einführung eines solchen Annahmeverfahrens wird vom ZAV abgelehnt; dies aus folgenden Gründen:
- 8 Bereits Art. 191 BV, der den Zugang zum Bundesgericht verfassungsrechtlich verankert, steht der Einführung eines generellen Annahmeverfahrens im Grunde entgegen, da der grundsätzlich offene Zugang zum Bundesgericht die Richtschnur darstellen soll.⁶ Zwar lässt Art. 191 BV in gewissen Fällen Ausnahmen vom Zugang zum Bundesgericht zu; dieser darf aber nicht generell von einem Annahmeverfahren abhängig gemacht werden.
- 9 Das geltende BGG kennt das neu als Substitut der subsidiären Verfassungsbeschwerde vorgesehene Annahmeverfahren in Einzelfällen, so unter anderem bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 84 und 84a BGG) oder bei Entscheiden auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Hier erweitert die Gegenausnahme den an sich vom Katalog her ausgeschlossenen bundesgerichtlichen Rechtsschutz, weshalb sie trotz der ihr inhärenten Eintretensunsicherheit der Rechtssicherheit, der Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsfortbildung dient. Gerade die Betrachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in diesen zwei Rechtsgebiete zeigt aber die Schwächen, insbesondere die Beliebigkeit des Rechtsschutzes im Bereich des Annahmeverfahrens deutlich: Das Bundesgericht misst diesen Gegenausnahmen in den beiden Bereichen eine vollkommen unterschiedli-

⁵ Bericht des Bundesrates über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBl 2013 9077, 9099 f.

⁶ GORAN SEFEROVIC, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (HRSG.), BSK BV, Basel 2015, Art. 191 N. 7. Gegen die Verfassungsmässigkeit eines Annahmeverfahrens ausgesprochen hat sich auch bereits PETER SCHIBLI, Die Möglichkeit der Einführung einer Zulassungsbeschränkung am schweizerischen Bundesgericht nach dem Muster des amerikanischen Certiorari-Verfahrens, Bern/Frankfurt am Main/New York 1984, S. 187.

che Bedeutung zu. Während das Bundesgericht die Gegenausnahme im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen äusserst restriktiv handhabt, wird bei Entscheiden auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung nicht selten eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung angenommen und auf die Beschwerde eingetreten.⁷ Eine zuverlässig anwaltliche Beratung der Parteien hinsichtlich der Eintretenschancen im Falle einer gegenausnahmebasierten Beschwerde wird der Beliebigkeit wegen, mit der die Bedingungen je nach Rechtsgebiet etc. beurteilt werden, schlicht unmöglich.

- 10 Würde das Annahmeverfahren – wie in der Vorlage vorgesehen – neu generell die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ersetzen, würde die Unbestimmtheit des Passus *„wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt“* in Verbindung mit den bisherigen unterschiedlichen Auslegungsergebnissen des Bundesgerichts für die Rechtssuchenden eine beträchtliche Rechtsunsicherheit bewirken. So wird denn auch im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf festgehalten, dass dem Bundesgericht bei der Auslegung der Gegenausnahme ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt.⁸ Aus anwaltschaftlicher Sicht ist anzumerken, dass die anwaltliche Sorgfaltspflicht in Zukunft wohl häufig gebieten würde, der Klientschaft zur Beschwerdeerhebung zu raten, da es theoretisch möglich bzw. aufgrund der Voraussetzungen nicht ausgeschlossen wäre, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde eintreten würde. Dies würde keine Entlastung des Bundesgerichts und schon gar keine Verbesserung des Rechtsschutzes für die Beschwerdeführenden bewirken. Vielmehr wäre das Resultat der vorgesehenen Änderung eine beträchtliche Rechtsunsicherheit auf Kosten der Rechtssuchenden und eine massive Mehrbelastung des Bundesgerichts. Beides ist nicht im Sinne der Zielsetzung der Vorlage.
- 11 In diesem Zusammenhang ist mit Nachdruck daran zu erinnern, dass dem Bundesgericht die Funktion zukommt, die einheitliche Anwendung von Bundesrecht sicherzustellen. Diese Funktion würde in Frage gestellt, wenn es im Ermessen des Gerichts stehen würde, welche Fälle es zu behandeln gedenkt. Die Vollzugsdefizite, die insbesondere im Bundesverwaltungsrecht bestehen, würden sich mit der Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde demzufolge vergrössern.
- 12 Sollte entgegen dem Ausgeführten dennoch an der Einführung des Annahmeverfahrens festgehalten und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde abgeschafft werden, so müsste die Regelung des Annahmeverfahrens zumindest explizit vorsehen, dass die Beschwerde an das Bundesgericht auch immer dann zulässig ist, wenn verfassungsmässige Rechte oder die willkürliche Feststellung des Sachverhalts gerügt werden.

⁷ Vgl. zum Beispiel BGE 138 I 143 E. 1.1.2.

⁸ Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 5.

2. Bemerkungen zu einzelnen Revisionsinhalten bzw. neuen Bestimmungen

2.1. Zu Art. 79 VE-BGG

- 13 Die Vorlage sieht im Bereich der Beschwerde in Strafsachen zwei neue Ausnahmen von der Zuständigkeit des Bundesgerichts vor.
- 14 Die erste (Art. 79 Abs. 1 Bst. a VE-BGG) betrifft Verurteilungen wegen einer Übertretung, wenn eine Busse von höchstens CHF 5'000.00 ausgesprochen wurde und mit der Beschwerde keine höhere Strafe angestrebt wird. Diese neue Ausnahme rechtfertigt sich nach Ansicht des ZAV nicht. Eine strafrechtliche Verurteilung ist für den Betroffenen in jedem Fall sehr einschneidend. Ausserdem stellen sich im Anwendungsbereich der neu vorgesehenen Ausnahme zuweilen sehr komplexe Rechtsfragen – zu denken ist beispielsweise an das Wettbewerbsrecht oder das Börsengesetz. Die Einführung einer Streitwertgrenze im Zusammenhang mit der Beschwerde in Strafsachen wurde bereits bei der ursprünglichen Ausarbeitung des BGG diskutiert, aber vom Parlament fallengelassen, nicht zuletzt wegen des äusserst geringen Entlastungseffekts.⁹ Dieser Entscheidung des Parlaments sollte Beachtung geschenkt werden. Wird an der neuen Ausnahmeregelung dennoch festgehalten, so müsste die maximale Bussenhöhe aus Verhältnismässigkeitsgründen zumindest auf CHF 1'000.00 reduziert werden und das Gesetz sollte explizit festhalten, dass die Ausnahme nur Beschwerden gegen Verurteilungen betrifft, die nicht im Strafregister eingetragen werden.
- 15 Die zweite neue Ausnahme (Art. 79 Abs. 1 Bst. c VE-BGG) greift bei Entscheiden kantonaler Beschwerdeinstanzen nach Art. 20 StPO, die weder Zwangsmassnahmen noch eine Einstellungsverfügung betreffen. Auch diese neue Ausnahmeregelung rechtfertigt sich unserer Ansicht nach nicht. Einerseits ist die StPO ein noch sehr junges Gesetz, das der einheitlichen Interpretation durch das Bundesgericht unbedingt zugänglich sein sollte. Andererseits sind die von der Ausnahme betroffenen Entscheide fundamental für die Gewährleistung eines fairen Gerichtsverfahrens und sollten daher vor Bundesgericht anfechtbar sein.
- 16 In Art. 79 Abs. 2 VE-BGG wird das neue – als Alternative zur subsidiären Verfassungsbeschwerde vorgesehene – Annahmeverfahren festgehalten. Wie bereits ausführlich dargelegt wurde, ist dieses aus Gründen beträchtlicher Rechtsunsicherheit abzulehnen.¹⁰

2.2. Zu Art. 79a VE-BGG

- 17 In Art. 79a VE-BGG wird neu vorgesehen, dass bei Beschwerden in Strafsachen, die sich ausschliesslich gegen den Entscheid über Zivilansprüche richten, die Streitwertgrenze von Art. 74 BGG gelten soll.
- 18 Diese Neuregelung findet beim ZAV keine Befürwortung. Erstens da der Streitwert von CHF 30'000.00 bei Zivilansprüchen im Zusammenhang mit Strafsachen nur sehr selten überschritten wird; insbesondere bei Genugtuungsansprüchen übersteigt der Streitwert kaum je CHF 30'000.00. Zweitens ist keine Rechtfertigung ersichtlich, weshalb die Streitwertgrenze bei Zi-

⁹ NICOLAS VON WERDT, in: Seiler/von Werdt/Güngerich (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, Art. 79 N. 3.

¹⁰ Vgl. oben Ziff. 1.

vilansprüchen im Zusammenhang mit Strafsachen höher sein sollte, als bei arbeits- oder mietrechtlichen Fällen (vgl. Art. 74 Abs. 2 Bst. a BGG).

2.3. Zu Art. 80 Abs. 2 dritter Satz VE-BGG

- 19 Wir begrüssen die Änderung der Vorinstanzenregelung in Art. 80 Abs. 2 VE-BGG bei gleichzeitiger Anpassung der StPO. Der neu vorgesehene kantonale Instanzenzug trägt dazu bei, die Ausnahmen vom Prinzip der „double instance“ zu beseitigen.

2.4. Zu Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 VE-BGG

- 20 Die in Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 VE-BGG vorgeschlagene Änderung des Beschwerderechts bei der Beschwerde in Strafsachen sieht vor, dass die Privatklägerschaft, wenn sie nicht gleichzeitig Opfer im Sinne des OHG ist, nur noch gegen Entscheide Beschwerde führen kann, in denen ihre Straf- oder Zivilklage materiell beurteilt wurde.
- 21 Nach Ansicht des ZAV begründet dies eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen Geschädigten, die „nur“ finanzielle Einbussen erlitten und Opfern, die in ihrer physischen, psychischen oder sexuellen Integrität beeinträchtigt wurden. Diese Ungleichbehandlung steht im Widerspruch zur StPO, die allen Geschädigten – ob Opfer im Sinne des OHG oder nicht – dieselben Beschwerderechte zugesteht (vgl. Art. 382 Abs. 1 StPO). Ausserdem führt die vorgesehene Änderung zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen der Partei, die eine Beschwerde in Strafsachen ergreift und derjenigen, die eine Beschwerde in Zivilsachen einreicht, da bei der Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen nicht auf die Opfereigenschaft abgestellt wird (Art. 76 BGG).

2.5. Zu Art. 83 VE-BGG

- 22 Die in der Vorlage begründete Neuregelung der Ausnahmen zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird vom ZAV grundsätzlich begrüsst. Das in Art. 83 Abs. 2 VE-BGG neu vorgesehene Annahmeverfahren, das die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ersetzen soll, wird jedoch – wie bereits dargelegt – insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung der Bundesverfassung abgelehnt.¹¹ Wir sind der Auffassung, dass das Annahmeverfahren in Abs. 2 gestrichen und nur im bisherigen Umfang in Bezug auf Art. 83 Bst. f und Art. 85 BGG belassen werden kann, denn hier erweitert die Gegen Ausnahme den an sich vom Katalog her ausgeschlossenen bundesgerichtlichen Rechtsschutz, weshalb sie trotz der ihr inhärenten Eintretensunsicherheit der Rechtssicherheit, der Rechtsvereinheitlichung und der Rechtsfortbildung dient.
- 23 Der ZAV schlägt jedoch vor, die Vorinstanzenregelung bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG) in dem Sinne anzupassen, dass neu auch Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (und des Bundesstrafgerichts) mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde angefochten werden könnten. Durch diese Anpassung würden die im Zusammenhang mit Art. 83 BGG zu monierende Rechtsschutzlücken geschlossen, da dann grundsätzlich

¹¹ Vgl. oben Ziff. 1.

auch gegen Entscheide der erstinstanzlichen Bundesgerichte subsidiäre Verfassungsbeschwerde geführt werden könnte.

2.6. Zu Art. 84a VE-BGG, Art. 33 Bst. a und b VE-VGG und Aufhebung von Art. 47 Abs. 6 RVOG

- 24 Die mit Art. 84a VE-BGG und Art. 33 Bst. a und b VE-VGG (zusammen mit der Aufhebung von Art. 47 Abs. 6 RVOG) vorgesehenen Änderungen verbessern den Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung. Die grundsätzlich neuen Beschwerdemöglichkeiten gegen erstinstanzliche Verfügungen der Bundesversammlung und des Bundesrates werden vom ZAV unterstützt. Die Verbesserung des Rechtsschutzes in diesem Bereich ist notwendig und zu begrüßen. Die Konturen der in Art. 84a Abs. 1 VE-BGG statuierten Einschränkung sind jedoch zu schärfen, da politische Erwägungen in erstinstanzlichen Anordnungen der Bundesversammlung und des Bundesrates sehr häufig eine Rolle spielen.

2.7. Zu Art. 86 Abs. 2 VE-BGG

- 25 Die Neuregelung, wonach ausnahmslos obere kantonale Gerichte als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts entscheiden können, wird vom ZAV begrüsst.

2.8. Zu Art. 93a VE-BGG

- 26 Art. 93a VE-BGG sieht vor, dass in Verfahren, bei denen der Endentscheid nur aufgrund des neu geschaffenen Annahmeverfahrens anfechtbar wäre, auch die Teil-, Vor- oder Zwischenentscheide nur im Rahmen dieses Annahmeverfahrens anfechtbar sein sollen.
- 27 Wie bereits mehrfach dargelegt, spricht sich der ZAV gegen ein solches Annahmeverfahren aus.¹²
- 28 Ausserdem ist in Bezug auf Art. 93a VE-BGG zusätzlich anzumerken, dass aus der Systematik des Gesetzes geschlossen werden muss, dass sich Art. 93a VE-BGG auch auf Art. 92 BGG (Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden über die Zuständigkeit und den Ausstand) bezieht. Selbständig eröffnete Entscheide über Ausstandsbegehren müssen aber in jedem Fall anfechtbar bleiben, da nur so gewährleistet werden kann, dass der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfüllt wird.¹³

2.9. Zu Art. 93b VE-BGG und zur Aufhebung von Art. 98 BGG

- 29 In Art. 93b VE-BGG wird eine Neuregelung in Bezug auf die Zulässigkeit der Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen vorgesehen. Unter geltendem Recht ist die Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen dann zulässig, wenn die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt wird und aus der Massnahme ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Neu sollen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur noch über das Annahmeverfahren beim Bundesgericht angefochten werden können, das heisst, wenn sich eine Rechtsfrage von

¹² Vgl. insb. Ziff. 1 zuvor.

¹³ Vgl. NICOLAS VON WERDT, in: Seiler/von Werdt/Günterich (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, Art. 92 N. 16.

grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vorliegt.

- 30 Auch im Bereich der vorsorglichen Massnahmen wird die Einführung des Annahmeverfahrens vom ZAV abgelehnt. Insbesondere in den Verfahren, in denen nach Art. 5 ZPO eine einzige kantonale Instanz entscheidet, kann nur das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit vorsorglicher Massnahmen sicherstellen. Da nicht anzunehmen ist, dass das Bundesgericht bei jeder Verfassungsfrage von einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder einem aus anderen Gründen besonders bedeutenden Fall ausgehen wird, stellt die Neuregelung eine markante Einschränkung des Rechtsschutzes im Bereich der vorsorglichen Massnahmen dar und ist abzulehnen.

2.10. Zu Art. 97 Abs. 2 VE-BGG und Art. 105 Abs. 3 VE-BGG

- 31 Im Bereich der Stimmrechtsbeschwerde ist das Bundesgericht zuweilen erste Gerichtsstanz. Art. 97 Abs. 2 VE-BGG und Art. 105 Abs. 3 VE-BGG sehen neu vor, dass das Bundesgericht in diesen Fällen sowohl Sachverhalts- als auch Rechtsfragen voll überprüfen können soll. Diese Ausdehnung der Kognition ist im Hinblick auf eine umfassende Verwirklichung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV sehr begrüssenswert.¹⁴
- 32 Hingegen ist der ZAV mit der Einschränkung der bisher für die Überprüfung von Entscheiden über die Zusprechung oder Verweigerung von Geldleistungen der Unfall- oder Militärversicherung bestehenden Kognition (Bindung an die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz) nicht einverstanden. Mangelhafte Sachverhaltsfeststellungen im Bereich der Sozialversicherungen haben einen grossen Einfluss auf die Höhe der entsprechenden Geldleistungen.¹⁵ Zudem liegt einem sozialversicherungsrechtlichen Entscheid oft ein rasches und einfaches Verfahren zugrunde, das auch eine beschränkte Sachverhaltskontrolle mit sich bringt. Es ist zwar sachlich nicht ersichtlich, weshalb nicht auch die Invalidenversicherung von der Bestimmung erfasst ist, die Regelung ist aber bereits Ausdruck eines politischen Kompromisses.¹⁶ Die Kognition des Bundesgerichts im Bereich der Sozialversicherungen sollte daher nicht weiter eingeschränkt werden.

2.11. Zu Art. 106 Abs. 3 VE-BGG

- 33 Art. 106 Abs. 3 VE-BGG steht im Zusammenhang mit dem grundsätzlich neu geschaffenen Annahmeverfahren und würde mit Verzicht auf dessen Einführung obsolet. Die neue Regelung sieht vor, dass das Bundesgericht bei Beschwerden, die dem Annahmeverfahren unterliegen, zunächst nur prüft, ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder ein besonders bedeutender Fall gegeben ist. Bejaht das Bundesgericht dies, prüft es gemäss Gesetzeswortlaut nur diese Rechtsfrage.
- 34 Es wurde bereits ausführlich dargelegt, dass der ZAV der Ansicht ist, dass das Annahmeverfahren zu beträchtlichen Rechtsunsicherheiten führt und gleichzeitig auch dazu, dass die an-

¹⁴ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1719 m.w.H.

¹⁵ Vgl. BGE 135 V 194 E. 3.4.

¹⁶ Vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Fn. 1), N. 1591.

waltliche Sorgfaltspflicht wohl in einer Vielzahl von Fällen gebieten wird, der Klientschaft die Beschwerdeerhebung zu empfehlen.¹⁷ Die Neuregelung von Art. 106 Abs. 3 VE-BGG würde zusätzlich bewirken, dass in jeder Beschwerde alle möglichen Rügen mit der Darlegung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung verknüpft werden müssten. Das Bundesgericht sähe sich folglich mit zunehmend längeren Beschwerdeschriften konfrontiert. Dies würde zweifelsohne nicht zur Entlastung des Bundesgerichts beitragen.

2.12. Zu Art. 49 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 VE-VwVG

- 35 Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 49 VwVG sehen nach geltendem Recht vor, dass dem Bundesverwaltungsgericht eine umfassende Kognition zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht kann (und muss) folglich Sachverhalt, Recht und Angemessenheit uneingeschränkt überprüfen. Die Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht wurde stets damit begründet, dass das Bundesverwaltungsgericht in der Regel erste Kontrollinstanz ist und mindestens eine Instanz im Verfahren die Angemessenheit einer behördlichen Anordnung überprüfen können sollte.¹⁸
- 36 Die Neuregelung in Art. 49 VE-VwVG sieht vor, die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts einzuschränken. In Zukunft soll das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nur noch Sachverhalts- und Rechtsfragen, jedoch nicht mehr die Angemessenheit einer Verfügung überprüfen können. Es ist richtig, dass das Bundesverwaltungsgericht seiner geltenden Kognitionsverpflichtung zuweilen nicht nachkommt. Insbesondere räumt es den Vorinstanzen in Bezug auf fachtechnische Fragen oftmals einen Beurteilungsspielraum („technisches Ermessen“) ein, den es nur sehr zurückhaltend oder gar nur auf Willkür hin überprüft. Die Einräumung von „technischem Ermessen“ kommt aber nicht nur im Bereich der Angemessenheitskontrolle, sondern ebenso wenn nicht hauptsächlich in den Bereichen der Rechts- und Sachverhaltskontrolle vor.¹⁹ Insofern schafft die Neuregelung das Problem der fehlenden Fachressourcen am Bundesverwaltungsgericht nicht aus der Welt, sondern begründet nur neue Abgrenzungsschwierigkeiten.²⁰ Der ZAV spricht sich demnach entschieden gegen eine Änderung von Art. 49 VwVG und eine entsprechende Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts aus.
- 37 Würde Art. 49 VwVG in der heute geltenden Form belassen, erübrigte sich auch die Anpassung der Kognitionsbestimmungen in diversen Spezialgesetzen. Darauf muss nicht im Einzelnen eingegangen werden.

¹⁷ Vgl. insb. Ziff. 1.

¹⁸ Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff., 4256 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Beschwerdegünde, Kognition und Prüfungsdichte, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 47 ff., 50.

¹⁹ Vgl. z.B. BVGE 2008/19 E. 2.1; zum Begriff des „technischen Ermessens“ ANJA MARTINA BINDER, Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts bei Prozessen mit fachtechnischen Fragen, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2014/3, N. 8 ff.

²⁰ Dies ist auch die Meinung des Bundesverwaltungsgerichts selbst, vgl. Änderung des Bundesgerichtsgesetzes, Bericht zum Vernehmlassungsentwurf vom 4. November 2015, S. 13.

3. Würdigung

38 Der ZAV sieht in der Vorlage zur Revision des BGG insgesamt keine Verbesserung des Rechtsschutzes. Obwohl einige Neuerungen sicherlich sehr begrüssenswert sind – so insbesondere die Stärkung des Prinzips der „double instance“ sowie die Verbesserung des Rechtsschutzes gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung – überwiegen die Nachteile, die durch die Umsetzung der Vorlage in momentaner Form bewirkt würden. Die Abschaffung der subsidiären Verfassungsbeschwerde birgt massive Rechtsunsicherheiten und unter Umständen auch Spannungspotentiale zwischen der Schweiz und dem EGMR, schwächt die Verfassung erheblich und ist für einen föderalistischen Staat bedenklich.²¹ Aus anwaltschaftlicher Sicht ist ausserdem noch einmal zu betonen, dass der Wechsel von der subsidiären Verfassungsbeschwerde hin zu einem Annahmeverfahren, in der Form des vorgesehenen, zu einer massiven Mehrbelastung des Bundesgerichts und zu kostspieligen Verfahren zu Lasten der Rechtssuchenden führen würde, da der Klientschaft aus anwaltlicher Sorgfaltspflicht grundsätzlich häufig zur Beschwerdeerhebung geraten werden müsste.²² Ausserdem müssten in den entsprechenden Beschwerdeschriften wegen der Neuregelung von Art. 106 Abs. 3 VE-BGG auch immer sämtliche möglichen Rechts- und unter Umständen sogar Sachverhaltsverletzungen vorgebracht werden.²³ Auch dies würde zu einer massiven Mehrbelastung des Bundesgerichts führen und das Ziel der Vorlage damit verfehlen.

Für Ihre Kenntnissnahme danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse
Zürcher Anwaltsverband


Dr. Hans-Ruedi Grob
Präsident


Claudia Steiger
Ressortleiterin Gesetzgebung und Praxis

²¹ Vgl. Ziff. 1.1.

²² Vgl. Ziff. 1.2.

²³ Vgl. Ziff. 2.11.