
Was tun eigentlich Verfassungsgerichte, wenn sie nicht zuständig sind?*

(Problemzonen verfassungsgerichtlicher Zuständigkeit)

FELIX UHLMANN

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	215
II.	Das Bundesgericht als wesentlicher Akteur seiner verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit.....	216
III.	Verfassungsgerichtliche Problemzonen.....	220
	1. Unternehmenssteuerreform	220
	2. Eine «neue» Nichtigkeitsbeschwerde?	222
	3. Aufsichtsbeschwerden.....	222
IV.	Problemzonen als «Sollte-Eigentlich-Zuständigkeiten»	223
V.	Verfassungsgerichtlicher Diskurs	224

I. Einleitung

Andreas Auer hat sich Zeit seines Schaffens mit Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftigt.¹ Seine ausgezeichnet strukturierten, teilweise pointierten Ausführungen, gemischt mit einem klaren Bekenntnis zur Verfassungsgerichtsbarkeit, etwa im Einbürgerungsbereich,² haben das schweizerische Rechtsverständnis stark geprägt – zu Recht.

* Meiner Assistentin, Frau lic. iur. Simone Wälle-Bär, danke ich bestens für die Durchsicht des Textes und die Einfügung der Fussnoten.

¹ Auer Andreas, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basel 1983; Auer Andreas, Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Häberle (Hrsg.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 40, Tübingen 1991/1992, 111 ff.; Auer Andreas, *Juge suprême et juge constitutionnel: la double casquette du Tribunal fédéral et la réforme de la justice*, plädoyer 3/1996, 57 ff.; Auer Andreas, *Der Richter und das Bundesgesetz: Variationen zu einem gestörten Verhältnis*, *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden* 4/2001, 161 ff.; Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, *Droit constitutionnel suisse*, Band I, L'Etat, 2. Aufl., Bern 2006, N 1929 ff.; Auer Andreas, *Statt Abbau der Volksrechte – Ausbau des Rechtsstaates: Völkerrechtswidrige Volksinitiativen als Anlass zum Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *NZZ* Nr. 211 vom 10. September 2008, 15; Auer Andreas/Griffel Alain, *Die schweizerische Bundesverfassung ohne Artikel 190*, in: «Justice-Justiz-Giustizia» 2012/1, 1 ff.

² Auer Andreas, *Einbürgerungen durch Gemeindeversammlungen: Um- und Holzwege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, *ZBl* 110/2009, 69 ff.; Auer Andreas/von Arx Nicolas, *Direkte Demokratie ohne Grenzen? Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Einbürgerungsbeschlüssen durch das Volk*, *AJP* 2000, 923 ff.; Auer

Dementsprechend ist es schwierig, dem Jubilar gerade in diesem Bereich etwas Lesenswertes vorzutragen. Ich versuche es vorliegend mit einer kleinen Frage: *Was tun eigentlich Verfassungsgerichte, wenn sie nicht zuständig sind?*

Die Antwort erscheint trivial: Die Gerichte treten auf die Beschwerde nicht ein. So einfach ist das.

Natürlich verbirgt sich hinter der Frage eine etwas frevlerischere Hypothese: Diese lautet etwa folgendermassen: Sind Verfassungsgerichte nicht zuständig, möchten sie aber den Fall entscheiden, dann suchen sie nach Mitteln und Wegen, auf den Fall einzutreten. Dieser Befund ist weder empirisch noch psychologisch belegt; trotzdem möge er als Anfangshypothese einmal im Raum stehen bleiben.

II. Das Bundesgericht als wesentlicher Akteur seiner verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit

Verfassungsgerichtliche Zuständigkeit ist keine juristische Selbstverständlichkeit. Weder Bundesverfassung noch neuere eidgenössische Prozessgesetze haben alle Zweifelsfragen ausgeräumt, im Gegenteil. Gerichtliche Zuständigkeiten sind und bleiben ein Dauerthema, derzeit wohl am intensivsten diskutiert bei der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Ermessens seiner Vorinstanzen: Der Bundesgesetzgeber hat bekanntlich dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition zugestanden (oder vorge-schrieben);³ das Bundesverwaltungsgericht übt aber in vielen Fällen erhebliche Zurückhaltung.⁴

Andreas, Einbürgerung durch Volksentscheid? Funktionelle und grundrechtliche Grenzen der direkten Demokratie, NZZ Nr. 73 vom 27. März 2000, 13.

³ Art. 37 VGG i.v.m. Art. 49 VwVG; vgl. dazu Schindler Benjamin, Art. 49 VwVG, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 49 N 2; Zibung Oliver/Hofstetter Elias, Art. 49 VwVG, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 49 N 1 und 3; Moser André/Beusch Michael/Kneubühler Lorenz, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band X, Basel 2008, N 2.149 und 2.151.

⁴ Das Bundesgericht schränkt in diesen Fällen die Prüfungsdichte ein (Schindler [FN 3], Art. 49 N 3). Für eine Zusammenstellung der Lehre, welche diese Praxis als unvereinbar mit Art. 49 VwVG, «nicht unbedenklich», «fragwürdig» oder als «faktisch unausweichlich» taxiert, siehe Schindler (FN 3), Art. 49 N 3 m.w.H. und Art. 49 N 4 ff. zu einer gewissen Rechtfertigung dieser Vorgehensweise; Moser/Beusch/Kneubühler (FN 3), N 2.154, führen aus, dass die Einschränkung der Kognition gemäss Lehre und Rechtsprechung zulässig sei, sofern die Natur der Streitsache dies fordere. Zibung/Hofstetter (FN 3), Art. 49 N 22 ff., stellen im Wesentlichen die gängige Rechtsprechung der Bundesbehörden dar. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Einschränkung seiner Kognition bzw. Prüfungsdichte ist umfangreich. Es schränkt seine Prüfungsdichte z.B. in folgenden Bereichen ein: als Vorinstanz urteilte ein Fachorgan (BVGE 2009/35 E. 4; BVGer, Urteil vom 7. August 2012, A-2526/2011, E. 2.1; BVGer, Urteil vom 14. Mai 2012, B-3896/2011,

Staatspolitisch von besonderer Bedeutung ist naturgemäss die Ausübung von Verfassungsgerichtsbarkeit, verstanden als «toute procédure judiciaire de contrôle de la constitutionnalité des actes étatiques».⁵ Diese wird in der Schweiz nicht nur, aber schwergewichtig durch das Bundesgericht vorgenommen.⁶ Entsprechend konzentrieren sich die nachfolgenden Überlegungen auf das höchste Gericht.

Die Reichweite der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit ist seit jeher nicht allein durch Verfassung und Prozessgesetze geprägt gewesen; vielmehr ist das Bundesgericht selbst ein wesentlicher Akteur in der Frage seiner verfassungsrechtlichen Zuständigkeit. Die Anerkennung ungeschriebener Freiheitsrechte⁷ sowie seine schöpferische Rechtsprechung zu Art. 4 aBV⁸ bedeuten nicht nur die (materielle) Schaffung neuer Verfassungsgarantien, sondern sind zugleich ein Ausbau verfassungsgerichtlicher Zuständigkeit. Geändert wurde zwar nicht der formelle Rahmen verfassungsgerichtlicher Überprüfung, sehr wohl aber die möglichen Verfassungsrügen und damit die Reichweite verfassungsgerichtlicher Kontrolle. Betroffen von diesem Ausbau sind in erster Linie die Kantone.

Das Verhältnis zum Bundesparlament ist massgeblich durch Art. 190 BV (und seine Vorläuferbestimmungen) geprägt.⁹ Immerhin sind auch hier gewisse Akzentverschiebungen festzustellen. Unter dem Einfluss der EMRK ist es zu einer «partiellen verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Bundesge-

E. 1.4), bei der Beurteilung von Fachfragen (BVGE 2009/35 E. 4), Prüfungsbewertungen (BVGE 2008/14 E. 3.1) oder der Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen (BVGE 2009/35 E. 4). Siehe für eine umfassende Zusammenstellung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht Schindler (FN 3), Art. 49 N 9 ff. und Moser/Beusch/Kneubühler (FN 3), N 2.154 ff.

⁵ Auer, jurisdiction (FN 1), N 1; Griffel Alain, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich 2011, § 27 Rz. 46 und s.a. Rz. 23 ff.; umfassend zum Begriff Verfassungsgerichtsbarkeit und seinem Inhalt Looser Martin E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2011, § 2 N 1 ff.

⁶ Auer, jurisdiction (FN 1), N 100, wonach im Bund vor allem das Bundesgericht als Verfassungsgericht amtet; Auer, Grundlagen (FN 1), 111, wonach die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht das zentrale Element der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt; Auer, Juge (FN 1), 57, wo er dem Bundesgericht die Rolle des Verfassungsgerichts zuschreibt; Fischbacher Alain, Verfassungsrichter in der Schweiz und Deutschland, Diss. 2005, Zürich 2006, 116, beschreibt die Verfassungsgerichtsbarkeit als zentrales Element der Rechtsprechung des Bundesgerichts.

⁷ Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Band II, Les droits fondamentaux, 2. Aufl., Bern 2006, N 74 ff.; Auer, Grundlagen (FN 1), 117; Rhinow René, Zum Schutz von Freiheit, Demokratie und Föderalismus: Ein Plädoyer für einen massvollen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, Jusletter 14. März 2011, Rz. 2; Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 228 f.; BGE 121 I 367, 370 f., E. 2a m.w.H.

⁸ Auer/Malinverni/Hottelier, Band II (FN 7), N 1009; Auer, Grundlagen (FN 1), 117; Rhinow (FN 7), Rz. 2; Häfelin/Haller/Keller (FN 7), N 212.

⁹ Auer, Grundlagen (FN 1), 112, wonach diese Verfassungsbestimmung die Bundesversammlung zur alleinigen Hüterin der Verfassung erklärt.

setzen»¹⁰ gekommen – auch wenn in diesem Bereich nicht alle Fragen geklärt sind.¹¹ Das Bundesgericht ist auch von seiner starken Bindung an die Gewährleistung kantonaler Verfassungen durch das Bundesparlament abgekomen; Kantonsverfassungen können heute im Wesentlichen auf ihre Übereinstimmung mit Bundesrecht überprüft werden, wenn dieses erst nach Gewährleistung der Kantonsverfassung geschaffen wurde.¹² Schliesslich ist auch das Prinzip der «verfassungskonformen Auslegung» von Bundesgesetzen eine Form abgemilderter Verfassungsgerichtsbarkeit, da zum wesentlichen Auslegungstopos das verfassungsrechtliche Verständnis des Bundesgerichts wird.¹³ Kantonale Behörden, d.h. Regierungen und Parlamente, wie auch der Bundesrat sind vermehrt gerichtlicher – und damit auch verfassungsgerichtlicher –

¹⁰ Siehe zu dieser Begrifflichkeit, Looser (FN 5), § 13 und Looser Martin E., Quo vadis mit Art. 190 BV?, in: Jusletter 21. Mai 2012, Rz. 4 sowie Auer/Griffel (FN 1), Rz. 10, welche diese Ausdrucksweise übernehmen.

¹¹ Auer/Malinverni/Hottelier, Band I (FN 2), N 1881 ff., welche darauf hinweisen, dass diese Rechtsprechung zu einer unterschiedlichen Behandlung führt, je nachdem, ob es sich um völkerrechtlich garantierte Grundrechte handelt oder nicht, und dass es dieser Rechtsprechung an einer Verankerung im nationalen Recht fehlt, da sie sich lediglich auf die Höherrangigkeit des internationalen Rechts stützt. Rhinow (FN 7), Rz. 13 ff. kritisiert ebenfalls den gespaltenen Grundrechtsschutz, insbesondere da wichtige Grundrechte wie z.B. die Wirtschaftsfreiheit, die Eigentumsgarantie oder die Rechtsgleichheit nur durch die Bundesverfassung geschützt werden; ebenso Biaggini Giovanni, BV Kommentar, Zürich 2007, Art. 190 N 16; Chies Alessandra, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz?, die Problematik um das Massgeblichkeitsgebot in Art. 190 BV hinsichtlich Bundesgesetzen, AJP 2011, 747 ff., 748, bemängelt zusätzlich, dass das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer zur Bundesverfassung parallelen völkerrechtlichen Norm oft zufällig ist und dass nur diejenigen verfassungsmässigen Rechte geschützt werden, welche gleichzeitig auch als Grundrechte betrachtet werden und dies, obwohl die Begrifflichkeit uneinheitlich angewandt wird; Auer/Griffel (FN 1), Rz. 9 ff., sehen in Anlehnung an Looser darin einen «Ansatz einer *partiellen Verfassungsgerichtsbarkeit* gegenüber Bundesgesetzen» und streichen die Globalisierung hervor, da durch die internationalen Vereinbarungen die Sinnggebung der Grundrechte nicht mehr allein in der Hand des Nationalstaates Schweiz liegt.

¹² Auer/Malinverni/Hottelier, Band I (FN 1), N 1652 f. und 2012 ff.; Häfelin/Haller/Keller [FN 7], N 1029 ff.; BGer, Urteil vom 3. Juli 2012, 2C_485/2010 E. 5. 2 (zur Publikation vorgesehen); BGer, Urteil vom 19.03.2012, 1C_407/2011 E. 3, wonach das Bundesgericht eine Kantonsverfassung Jahre nach ihrer Gewährleistung auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 34 Abs. 2 BV überprüfen kann, da sich die Rechtsprechung zu Art. 34 Abs. 2 BV seit der Gewährleistung weiterentwickelt hat (kritische Bemerkungen dazu Hangartner Yvo, AJP 2012, 848 Ziff. 5 am Ende, 850 ff. Ziff. 10 ff.). Gemäss Häfelin/Haller/Keller (FN 7), N 1028, ist es vertretbar, dass das Bundesgericht von einer abstrakten Überprüfung von Kantonsverfassungen absieht, nicht jedoch der Ausschluss der konkreten Kontrolle. Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 18 N 32, kann sich mit dem Ergebnis, aber nicht mit der Begründung des Bundesgerichts abfinden, da die Bundesversammlung als «politisches Gremium» in einem «reine[n] Behördenprozedere» entscheidet und nicht wie das Bundesgericht als Verfassungsgericht aufgrund einer privaten Beschwerde in einem kontradiktorischen Verfahren unter Berücksichtigung individual-rechtlicher Anliegen; ebenso Auer, jurisdiction, N 269 ff., wobei in diesem Zeitpunkt das Bundesgericht noch generell von einer konkreten Normenkontrolle absah.

¹³ Auer/Malinverni/Hottelier, Band I (FN 2), N 1876 f.; Auer/Griffel (FN 1), Rz. 6 f.; Auer, Richter (FN 1), N 8 ff.; Auer, jurisdiction (FN 1), N 147 ff.; BGE 95 I 330, 332 E. 3.

Kontrolle unterworfen. Der Bundesrat hat seine nationale Letztinstanzlichkeit in zivilrechtlichen Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 EMRK verloren.¹⁴ Das Bundesgericht hat eine kantonale Gerichtszuständigkeit unter direkter Anwendung des damaligen Art. 98a OG eingefordert und durchgesetzt.¹⁵ Die Entscheide des Bundesgerichts deuten darauf hin, dass es Ausnahmen zur Rechtsweggarantie im Sinne von Art. 29a BV und Art. 86 Abs. 3 BGG eng zu ziehen gedenkt.¹⁶

Die Beispiele zeigen, dass viele Grenzziehungen verfassungsgerichtlicher Zuständigkeit durch das Bundesgericht erfolgt sind. Dabei geht es keineswegs nur um geringfügige Arrondierungen eines durch den Verfassungs- und Gesetzgeber ausgemessenen Feldes, sondern um Anschlüsse – weniger: Preisgaben – wesentlicher Gebiete verfassungsgerichtlicher Zuständigkeit.

Dass das Bundesgericht über seine Zuständigkeit selbständig zu urteilen pflegt und gegenüber gesetzgeberischen Änderungen mitunter eine gewisse Resistenz erkennen lässt, zeigt sich auch an der fast episch anmutenden Auseinandersetzung über die Möglichkeit selbständiger Willkürriegen vor Bundesgericht. Bekanntlich hatte zunächst der Kanton Bern auf Stufe Kantonsverfassung ein «selbständiges» Willkürverbot geschaffen, was allerdings nicht dazu führte, dass das Bundesgericht nunmehr auf das Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses nach Art. 88 aOG verzichtete.¹⁷ Nicht besser ging es später dem Bundesverfassungsgeber – auch wenn er vor Bundesgericht nur knapp «unterlag».¹⁸

Die vorstehenden Äusserungen sind keinesfalls einfach Kritik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Das Bundesgericht *muss* in vielen Fällen über seine Zuständigkeit entscheiden, weil die Rechtslage nicht eindeutig ist. Die betroffenen Parteien werden auch immer wieder versuchen, die Grenzen der bundesgerichtlichen Zuständigkeit auszuloten und zu ihren Gunsten auszuweiten – vielleicht auch die Standhaftigkeit des Bundesgerichts testen, wenn es darum geht, auf ein drängendes Rechtsproblem keine (verfassungs-)gerichtliche Antwort zu geben. Das Bundesgericht hat die Grenzziehungen auch

¹⁴ BGE 125 II 417, 425 E. 4d; BGE 138 I 61, 84 E. 7.1. Zur Grenzziehung durch den Bundesgesetzgeber vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. a und b VGG (BGE 138 I 61, 84 E. 7.1).

¹⁵ BGE 123 II 231, 236 f. E. 7; BGE 121 II 219, 222 f. E. 2c.

¹⁶ BGE 136 II 436 f., 438 E. 1.2; BGE 136 I 42, 45 f. E. 1.5.

¹⁷ BGE 121 I 267, 269 ff. E. 3; BGE 133 I 185, 191 E. 4.1; kritisch dazu die Lehre, siehe statt vieler Auer/Malinverni/Hottelier, Band II (FN 7), N 1154; Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 20 m.w.H.; Uhlmann Felix, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Habil. Basel, Bern 2005 N 549 m.w.H.

¹⁸ BGE 126 I 81, 84 ff. E. 2 ff.; BGE 133 I 185, 191 E. 4.1. Dem Entscheid BGE 126 I 81 ging ein Beschluss der vereinigten Abteilung des Bundesgerichts vom 20. März 2000 voraus (NZZ Nr. 83 vom 7. April 2000, 13; BGE 126 I 81, 84 E. 2c). Kritisch dazu die Lehre, siehe statt vieler Auer Andreas, Schutz vor Willkür ein minderes Grundrecht, NZZ Nr. 163 vom 17. Juli 2007, 15; Auer/Malinverni/Hottelier, Band II (FN 7), N 1152 f.; Müller/Schefer (FN 17), 19; Uhlmann, Willkürverbot (FN 17), N 552 m.w.H.; differenzierter Rohner Christoph, Die Legitimation zur Willkürriegen im Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde, AJP 2007, N 65 ff.

nicht ruckartig vollzogen; die diskutierten Beispiele erstrecken sich über mehrere Jahrzehnte bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Insgesamt bleibt aber der Befund, *dass das Bundesgericht ein wesentlicher Akteur seiner eigenen verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit ist.*

III. Verfassungsgerichtliche Problemzonen

Der Begriff «Problemzone» gehört nicht zum typischen juristischen Vokabular. Wer im Internet Bilder zum Begriff sucht, findet Gewebe auf mittlerer Höhe des menschlichen Körpers, das gemessen, gekniffen oder gar mit dem Messer bedroht wird.¹⁹ Der Begriff «verfassungsgerichtliche Problemzone» erscheint sogar noch gänzlich unbenutzt.

Es ist erfreulich, dass es offenbar immer noch möglich ist, mit einer einzigen Wortverbindung in den Bereich urheberrechtlicher Originalität zu kommen; das allein spricht für deren Verwendung. Weiter passt der Begriff «Problemzone», da auch verfassungsgerichtliche Zuständigkeit stetes Suchen nach dem Zuviel oder dem Zuwenig ist. Schliesslich ist der Begriff derart amorph – Problemzonen gibt es, abgesehen von Körperpartien, auch in urbanen Räumen und an schönen alten Autos –, dass er eine Vielzahl von Entscheidungen des Bundesgerichts erfasst, in denen gerichtliche und verfassungsgerichtliche Zuständigkeit thematisiert werden können. Dieser letzte Punkt sei anhand dreier Bereiche kurz aufgezeigt:

1. Unternehmenssteuerreform

Der Entscheid des Bundesgerichts ist politisch und rechtlich brisant. Über diesen Entscheid «neutral» zu referieren, ist nicht einfach; der Autor dieses Beitrages behauptet auch gar nicht, neutral zu sein. Selbst aus befangener Warte lässt sich aber wohl Folgendes festhalten:

Die Abstimmung ist kein Ruhmesblatt der Schweizer Demokratie. Selbst Verfechter der Unternehmenssteuerreform würden heute wohl kaum in Abrede stellen, dass die Behörden in dieser Abstimmung unglücklich agiert haben.²⁰ Das gilt insbesondere für die Informationen im Abstimmungsbüchlein,

¹⁹ Vieles deutet darauf hin, dass das Problembewusstsein der weiblichen Bevölkerung in diesem Bereich ausgeprägter ist. Dies lässt Fragen nach der «political correctness» der Verwendung des vorliegenden Begriffs aufkommen. Da nun aber das Zürcher Verwaltungsgericht entschieden und mit Zahlen belegt hat, dass richterliche Tätigkeit, i.c. am Sozialversicherungsgericht Zürich, nicht «als typisch weibliches Berufsbild» gilt (AN.2011.00002 vom 6. August 2011, E. 3), dürften entsprechende Bedenken unbegründet sein.

²⁰ Vgl. die in dieser Hinsicht wohl unverdächtige NZZ Nr. 131 vom 8. Juni 2012, 11; NZZ Nr. 138 vom 16. Juni 2012, 23; NZZ Nr. 62 vom 15. März 2011, 13; NZZ Nr. 13 vom 27. März 2011, 13.

die unbefangenen Leserinnen und Lesern zu tiefe Kosten der Reform suggeriert haben.²¹ Die Abstimmung war äusserst knapp ausgefallen.²²

Es bestand eine gewisse Erwartung, wenn nicht gar ein gewisser Druck, dass sich das Bundesgericht zur Sache äusserte. Prozessual standen einer Zuständigkeit des Bundesgerichts aber verschiedene Hürden im Wege: Abstimmungserläuterungen können vom Bundesgericht nicht überprüft werden; dies war zumindest die fast einhellige Ansicht der Lehre, die diesen Zustand *de lege ferenda* kritisierte.²³ Der Bundesrat ist überdies für die Erhaltung eidgenössischer Abstimmungen zuständig (Art. 15 BPR); Akte des Bundesrates können vor Bundesgericht nicht angefochten werden, sofern dies das Gesetz nicht vorsieht (Art. 189 Abs. 4 BV). Der Bundesrat hatte schon vor dem Entscheid des Bundesgerichts an seinem früheren Erhaltungsbeschluss²⁴ festgehalten.²⁵

Das Bundesgericht äusserte sich insofern zur Sache, als es die Informationen der Bundesbehörden als verfassungswidrig bezeichnete: «Die bundesrätlichen Abstimmungserläuterungen vermittelten [den Stimmberechtigten] die unerlässliche Transparenz nicht. Diese waren nicht bloss unvollständig, sondern erwiesen sich wegen Unterdrückung wichtiger Elemente und bedeutender Gegebenheiten als unsachlich im Sinne der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung.»²⁶ Das ist deutlich.

Seine Zuständigkeit rechtfertigte das Gericht mit einer argumentativen Mischung, nämlich damit

- (i) dass es in der Sache gar nicht entscheiden musste und damit ein Zuständigkeitskonflikt nicht vorliegt resp. offengelassen werden konnte,²⁷
- (ii) dass es – wie bei Art. 190 BV – Verfassungswidrigkeiten feststellen dürfe, auch wenn es diese nicht unmittelbar korrigieren kann,²⁸ und
- (iii) dass die Rechtsweggarantie eine Prüfung nahelegte (und der Gesetzgeber es unterlassen hatte, die gerichtliche Zuständigkeit eindeutig auszuschliessen).²⁹

²¹ BGE 138 I 61, 63 Sachverhaltsabschnitt B.

²² BBl 2008 2781.

²³ Vgl. BGE 138 I 61 ff., 85 f. E. 7.2.

²⁴ Vom 10. April 2008 (BBl 2008 2781).

²⁵ VPB 2012.5.

²⁶ BGE 138 I 61, 94 E. 8.7.

²⁷ BGE 138 I 61, 79 E. 4.7.3.

²⁸ BGE 138 I 61, 78 E. 4.7; vgl. auch BGE 138 I 61, 84 E. 7.1.

²⁹ BGE 138 I 61, 74 f. E. 4.3 und 79 E. 4.8; siehe zur Kritik an «der rechtlichen Abstützung der nachträglichen Beschwerdemöglichkeit», nicht aber am Ergebnis Biaggini Giovanni, Eine verzwickte Angelegenheit: Die nachträgliche Überprüfung der Regularität einer eidgenössischen Volksabstimmung, ZBl 113/2012, 431 ff.

2. Eine «neue» Nichtigkeitsbeschwerde³⁰?

Nicht in allen Fällen sind Zuständigkeitsfragen so offensichtlich wie im vorangehenden Beispiel. Vielfach geht es um typisch «technische» Fragen wie Beschwerdeobjekt oder Beschwerdelegitimation. Dazu folgende Entscheidungen:

In BGE 136 II 415 ff. hatte das Bundesgericht die Vereinbarung zwischen der Oberstaatsanwaltschaft Zürich und einer privaten Sterbehilfeorganisation zu beurteilen. Das Bundesgericht sah in der Vereinbarung kein taugliches Anfechtungsobjekt, namentlich keine anfechtbare Verwaltungsverordnung.³¹ Dies hätte eigentlich zu einem Nichteintretensentscheid führen müssen. Das Bundesgericht prüfte und entschied den Fall aber materiell, da die Vereinbarung nichtig und «die Nichtigkeit [...] jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten [sei]».³² Den gleichen «Kniff» verwendete das Bundesgericht in BGE 136 II 383 ff. In diesem Entscheid verneinte das Bundesgericht die Legitimation des Kantons Graubünden gegen einen Steuerentscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts.³³ Das Bundesgericht prüfte aber wiederum die Nichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheides, hier mit Blick auf die mögliche (und letztlich verneinte) Befangenheit des vorinstanzlichen Spruchkörpers.³⁴

Zweifel, ob mit dem verwaltungsrechtlichen Institut der nichtigen Verfügung beliebige bundesgerichtliche Zuständigkeiten geschaffen werden können, erscheinen angebracht.³⁵

3. Aufsichtsbeschwerden

Nochmals ganz anders gelagert ist folgendes Phänomen: Im Bereich des Ausländerrechts ist der Rechtsschutz vor Bundesgericht begrenzt, da eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur möglich ist, wenn das Bundesrecht³⁶ oder völkerrechtliche Bestimmungen den Betroffenen einen *Anspruch auf Erteilung einer bestimmten Bewilligung* einräumen (Art. 83

³⁰ Die Nichtigkeitsbeschwerde gab es früher in zivilrechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht nach Art. 68 ff. aOG (Jaggi Emanuel, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Zivilrechtliche und strafrechtliche Aspekte, recht 2007, 52; Reetz Peter, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, Auswirkungen auf die Anfechtung von Entscheiden des Zürcher Obergerichts und Handelsgerichts (Fortsetzung), SJZ 103/2007, 29).

³¹ BGE 136 II 415, 416 f. E. 1.1; vgl. dazu auch Uhlmann Felix, Entwicklungen im Verwaltungsrecht, SJZ 2011, 414.

³² BGE 136 II 415, 417 E. 1.2; vgl. dazu auch Uhlmann, Entwicklungen (FN 31), 414.

³³ BGE 136 II 383, 385 ff. E. 2.

³⁴ BGE 136 II 383, 389 ff. E. 4.

³⁵ Vgl. dazu Uhlmann, Entwicklungen (FN 31), 414.

³⁶ Z.B. Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV); Familiennachzug (Art. 42, Art. 43, Art. 48 und Art. 50 AuG) und Regelung der Anwesenheit bei anerkannten Flüchtlingen (Art. 60 AsylG).

lit. c BGG). Im Bereich des *Asylrechts* schliesst Art. 83 lit. d BGG die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen alle Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (Ziff. 1) sowie gegen kantonale Ermessensentscheide (Ziff. 2) aus.

Dort, wo das Bundesverwaltungsgericht als letzte Instanz entscheidet, tauchen verschiedentlich *Aufsichtsbeschwerden* auf.³⁷ Eine dieser Beschwerden schaffte es immerhin als BGE 135 II 426 ff. in die offizielle Sammlung des Bundesgerichts, was dem Beschwerdeführer, dessen Beschwerde nicht Folge gegeben wurde, ein kleiner Trost sein mag. Der beanstandete Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist in der Tat – hoffentlich – ein «Ausreisser»: Er betraf die Asylgesuche zweier Cousins, deren Beschwerden vom Bundesverwaltungsgericht in einem Fall als «offensichtlich begründet» gutgeheissen, im anderen Fall als «offensichtlich unbegründet» abgewiesen wurden, obwohl Sachverhalts- und Rechtsfragen weitgehend identisch waren.³⁸ Dass dies unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit – und wohl nahezu beliebig weiteren verfassungsrechtlichen Aspekten – kaum richtig sein kann, bedarf keiner weiteren Erläuterung. In seiner Rolle als Aufsichtsinstanz erachtete das Bundesgericht es aber für ausgeschlossen, den Fall auf seine inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen.³⁹

IV. Problemzonen als «Sollte-Eigentlich-Zuständigkeiten»

Die dargestellten Beispiele sind sehr unterschiedlich. Problemzonen können in staatspolitischen Grundsatzfragen (Unternehmenssteuerreform) genauso gut auftreten wie in eher «technischen» Bereichen, wo das Fehlen eines tauglichen Anfechtungsobjekts (Sterbehilfe), fehlende Beschwerdelegitimation (Bündner Erbschaftsfall) oder der explizite Ausschluss gerichtlicher Zuständigkeit (Aufsichtsbeschwerden im Asylbereich) die (verfassungs-)gerichtliche Nachprüfung eigentlich ausschliessen.

Sucht man nach einem gemeinsamen Nenner, der die Problemzonen charakterisiert, kann man möglicherweise Folgendes ausmachen: In vielen Fällen besteht der Eindruck, das Bundesgericht *sollte eigentlich zuständig sein*; es ist es aber (eher) nicht. Es besteht ein Gefühl, ein Bedarf, ein Drängen nach Zuständigkeit. Das ist natürlich – mindestens von einem Juristen – nur eine Antwort mit begrenzter wissenschaftlicher Aussagekraft. Allerdings steht ausser Zweifel, dass die «emotionelle Verpackung» für den Erfolg von

³⁷ BGE 135 II 426 ff.; vgl. BGE 136 II 380 ff.; BGer, Urteil vom 9. März 2012, 12T_1/2012; BGer, Entscheid vom 11. Dezember 2007, 12T_3/2007; allgemein zur Aufsichtsbeschwerde und eine Zusammenfassung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Aufsichtsbeschwerde Tschümperlin Paul, Die Aufsichtsbeschwerde des Bundesgerichts, SJZ 105/2009, 233 ff.

³⁸ BGE 135 II 426, 427 und 428 f. E. 3.

³⁹ BGE 135 II 426, 430 E. 4.2.

Rechtsschriften von hoher Bedeutung ist;⁴⁰ weshalb dies für die Begründung verfassungsgerichtlicher Zuständigkeit anders sein sollte, ist nicht einzusehen. Zu fragen ist deshalb, was eine solche «Sollte-Eigentlich-Zuständigkeit» ausmacht. Welche Faktoren führen dazu, dass sich das Bundesgericht «eigentlich» zuständig fühlt oder zuständig fühlen sollte?

Meines Erachtens liegt es nahe, dass es um Bereiche geht, deren Ausleuchtung durch das Bundesgericht wünschenswert erscheint, *damit das Bundesgericht seine Kernfunktionen wahrnehmen kann, nämlich Gewährleistung von Rechtsschutz, Rechtsfortbildung und Rechtsvereinheitlichung.*⁴¹ Wo dem Gericht die verfassungsgerichtliche Überprüfung versagt bleibt, obwohl es einer offensichtlich bedrängten Partei Rechtsschutz gewähren könnte, wo das Bundesgericht eine wichtige Frage, vielleicht sogar im gemeinsamen Interesse von Beschwerdeführer und Beschwerdegegner klären könnte, dürfte es für das Bundesgericht schlicht unangenehm sein, auf die Beschwerde nicht einzutreten; es hängt der Geruch über der Entscheidung, das Gericht habe sich «aus rein formellen Gründen» vor einer wichtigen Frage «drücken» wollen. Das Bundesgericht muss in diesen Fällen auch mit Wertungswidersprüchen umgehen, wenn ihm die verfassungsgerichtliche Antwort in einem wichtigen Gebiet verwehrt bleibt, die es in ähnlich gelagerten Fällen geben darf. Umgekehrt erstaunt es nicht, dass das Bundesgericht sich im Lichte seiner Funktionen nicht gerade vordrängt, «unbedeutende» Verfassungsfragen an sich zu ziehen und sich dadurch zu belasten, ja vielleicht zu überlasten. Seine Abwehr einer allgemeinen Willkürbeschwerde⁴² ist unter diesen Vorzeichen nachvollziehbar.

V. Verfassungsgerichtlicher Diskurs

Die Diskussion über den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit kreist seit Längerem um die (wichtige) Frage einer verfassungsgerichtlichen Prüfung von Bundesgesetzen.⁴³ Die Diskussion hat auch eine gewisse politische Schlagseite bekommen.⁴⁴ Das ist nicht nur schlecht.

⁴⁰ Vgl. dazu Hafer Peter, *Strategie und Technik des Zivilprozesses*, 2. Aufl., Zürich 2011, Rz. 1059 ff.

⁴¹ Siehe zu den Funktionen auch Uhlmann Felix/Biaggini Giovanni/Auer Andreas, *Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Projekt Rechtsschutzlücken*, 1. Zwischenbericht, Zürich 2010, abrufbar unter: http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/evaluation/bj/ber-rechtsschutzluecken-d.pdf.

⁴² Vgl. S. 217 und FN 17 und FN 18.

⁴³ Siehe dazu Auer Andreas/Kiener Regina/Uhlmann Felix, *Richterliche Prüfung auch für Bundesgesetze*, NZZ Nr. 143 vom 22. Juni 2011, 13; Auer, *Volksrechte* (FN 1), 15; Auer/Griffel (FN 1), Rz. 13 ff.; Auer, *Richter* (FN 1), N 1 ff.; Auer, *jurisdiction* (FN 1), N 142 ff.; ausführlich dazu Looser (FN 5), § 7 N 1 ff.

⁴⁴ NZZ Nr. 129 vom 6. Juni 2012, 11; NZZ Nr. 127 vom 4. Juni 2012, 17; siehe zur Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Diskurs Uhlmann Felix/Hofstetter David, *Aufhebung von Art. 190 BV*, in: *Jusletter* 12. September 2011, Rz. 11 f.

Ungünstig scheint mir aber, wenn der verfassungsgerichtliche Diskurs allein um die Überprüfbarkeit von Bundesgesetzen kreist. Die Zuständigkeit des Bundesgerichts ist in anderen Bereichen in steter Bewegung; diese Bewegungen zu verfolgen, zu kommentieren und mitunter auch zu kritisieren, ist Aufgabe der Wissenschaft.

Mit Blick auf die Problemzonen verfassungsgerichtlicher Zuständigkeit kann es kaum darum gehen, eine allgemeingültige «grosse» Theorie zu entwickeln. Die möglichen Bereiche sind schlicht zu verschieden. Versuchen kann und sollte man aber, dem Bundesgericht Entscheidungshilfen für Zweifelsfälle verfassungsgerichtlicher Zuständigkeit zu liefern; vom Bundesgericht ist seinerseits zu fordern, dass es Zweifelsfälle offenlegt und klar macht, welche Kriterien für den Entscheid letztlich massgebend gewesen sind.⁴⁵

Einen bescheidenen Anfang der Wissenschaft könnten Antworten auf die Frage sein, welche Kriterien, z.B. die Gewährleistung der Funktionen des Bundesgerichts als Verfassungsgericht, Wertungswidersprüche in der Zuständigkeitsordnung etc., überhaupt für die Entscheidungsfindung massgebend sein dürfen. Welchen rechtlichen Status haben solche Gesichtspunkte?⁴⁶ Welche Gesichtspunkte stehen aber Ausdehnungen der Verfassungsgerichtsbarkeit auch entgegen (z.B. Gesichtspunkte der Gewaltenteilung)?

Kurz: Nach welchen Grundsätzen soll das Bundesgericht an den Rändern seiner Zuständigkeit, in den verfassungsgerichtlichen Problemzonen, agieren? Wenn die Wissenschaft entsprechende Antworten mit der Andreas Auer eigenen Klarheit und Überzeugungskraft liefern könnte, wäre der Rechtsentwicklung sicher gedient.

⁴⁵ Das Rechtsschutzbedürfnis der Parteien, flankiert durch den Anspruch auf gerichtliche Beurteilung, findet sich relativ häufig (BGE 138 I 61, 74 f. E. 4.3 und 79 E. 4.8; BGE 137 II 177, 180 f. E. 1.2.3; BGE 136 II 132, 140 E. 2.5.2; BGE 125 II 417), weniger aber die Funktion der Rechtsfortbildung oder -vereinheitlichung (BGE 136 II 415). Gegenläufige Interessen, z.B. Überlastung, finden sich nur ausnahmsweise (BGE 133 I 185, 198 E. 6.1 zur Willkürbeschwerde: «Es würde mit dem Zweck der am Fehlen eines Rechtsanspruchs anknüpfenden Ausschlussgründe schlecht harmonieren, wenn ein negativer Entscheid mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde allein wegen Verletzung des Willkürverbots beim Bundesgericht angefochten werden könnte. Die Zulassungsschranke würde auf diese Weise praktisch unterlaufen und die für diese Rechtsgebiete angestrebte Entlastung des Bundesgerichts weitgehend in Frage gestellt, ohne dass für den Rechtsschutz der Betroffenen viel gewonnen wäre [...]»). Der Grund der Arbeitslast lässt sich schon im Entscheid BGE 126 I 81, 90 E. 5a f., zwischen den Zeilen herauslesen; so auch Rohner Christoph, Art. 9 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, St. Galler Kommentar, 1. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 9 N 27 (Diese Aussage findet sich nicht mehr in der 2. Aufl. des Kommentars).

⁴⁶ Vgl. methodisch die meines Erachtens gut herausgearbeitete, ähnliche Fragestellung bei Oesch Matthias, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habil. Bern 2008, 121 ff., über den Stellenwert der Praktikabilität in der schweizerischen Rechtsordnung.