

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 ungeschöne „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 Kenntnisnahme verbleibe ich,

Mit freundlichen Grüssen



Melanie Aebli

Geschäftsleiterin DJS