

Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung

von

ANDREAS KLEY-STRULLER

Dr.rer.publ., Rechtsanwalt
Privatdozent an der Hochschule St. Gallen

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1995

Inhaltsübersicht

Teil I Einleitung

§ 1 Grundlagen

Teil II Rechtsstaatliche Vorgaben

- § 2 Rechtsstaatliche Notwendigkeit einer Rechtsschutzgarantie?
- § 3 Gewaltenteilung und Gerichtsschutz
- § 4 Legalitätsprinzip und Gerichtsschutz
- § 5 Grundrechte als Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien
- § 6 Allgemeine Rechtsweggarantie aus dem Rechtsstaatsprinzip?

Teil III Verfassungs- und konventionsrechtliche Grundlagen des richterlichen Rechtsschutzes am Beispiel der Schweiz

- § 7 Rechtsschutzgarantie bei Verletzung verfassungsmässiger und konventioneller Rechte (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV)
- § 8 Recht auf den verfassungsmässigen Richter (Art. 58 Abs. 1 BV)
- § 9 Anspruch auf richterlichen Rechtsschutz in neuen Kantonsverfassungen
- § 10 Konventionsrechtlicher Anspruch auf ein Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 1 CCPR)
- § 11 Konventionsrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Haftkontrolle (Art. 5 Abs. 4 EMRK, Art. 9 Abs. 4 CCPR)
- § 12 Exkurs: Richterlicher Rechtsschutz in der Europäischen Union

Teil IV Realien der juristischen Praxis

- § 13 Rechtsschutz durch Methodensicherheit?
- § 14 Rechtsprechung und analytische Sprachphilosophie
- § 15 Der juristische Alltag: Ethnomethodologie
- § 16 Rechtsanwendung aus politikwissenschaftlicher Sicht

Teil V Theorie des verwaltungsgerichtlichen Schutzes

- § 17 Funktionalrechtliche Begründung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit
- § 18 Funktionalrechtliche Konkretisierung der verwaltungsgerichtlichen Prüfungszuständigkeit
- § 19 Funktionalrechtliche Substitution des Verwaltungsgerichtsschutzes
- § 20 Bedeutung einer grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie

Teil VI Konzeptionelle Postulate

- § 21 Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Verwaltung
- § 22 Vertretbare Ausnahmen vom Gerichtsschutz
- § 23 Erfüllung der Garantie durch Bund und Kantone
- § 24 Ausbau des internationalrechtlichen Schutzes

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Verzeichnis der Rechtsquellen und Materialien	XXI
Literaturverzeichnis	XXXI

TEIL I EINLEITUNG

§ 1 Grundlagen	3
I. Thema	3
II. Lokalisierung der Problematik	5
III. Lücken des Gerichtszugangs im Verwaltungsrecht	6
IV. Aktualität des Themas	10
V. Konzept des effektiven Rechtsschutzes	12
VI. Abgrenzungen	13
VII. Gesamtüberblick	16

TEIL II RECHTSSTAATLICHE VORGABEN

§ 2 Rechtsstaatliche Notwendigkeit einer Rechtsschutzgarantie?	21
I. Entstehung und Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips	21
II. Rechtsstaatliches Denken in der Schweiz	26
III. Anerkennung rechtsstaatlicher Prinzipien durch Art. 4 Abs. 1 BV	28
1. Art. 4 Abs. 1 BV als Grundlage schweizerischer Rechtsstaatlichkeit	28
2. Zu Art. 98a OG: Kann Gerichtsschutz "rechtsstaatlich" begründet werden? ..	32
3. Konventionsrechtliche Rechtsgleichheitsgebote	36
IV. Rechtsstaatsprinzip gemäss Art. 6 BV	36
V. Die europäische Menschenrechtskonvention als Teilkodifikation des Rechtsstaatsprinzips	37
VI. Weiteres Vorgehen	38
§ 3 Gewaltenteilung und Gerichtsschutz	40
I. Vom traditionellen Gewaltenteilungsdogma zur umfassenden Gewaltenteilung ..	40
II. Verwirklichung in der schweizerischen Verfassungsordnung	44
III. Gewaltenteilung als verfassungsmässiges Recht?	46
§ 4 Legalitätsprinzip und Gerichtsschutz	49
I. Demokratische Gesetzgebung als Garantie prozeduraler Freiheit	49
II. Relativierung des Gesetzmässigkeitsprinzips	52
III. Ausblick: Wiederherstellung prozeduraler Freiheit im Medium der Sprache	53

§ 5 Grundrechte als Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien? 56

I. Grundgedanke. 56

II. Ansätze in der schweizerischen Grundrechtsprechung 56

III. Materielle EMRK-Rechte als Verfahrensgrundrechte in der Rechtsprechung
der Konventionsorgane. 60

IV. Exkurs: Grundrechte als Verfahrensgrundrechte in Deutschland. 64

V. Bewertung: Rechtspolitische Relevanz der Grundrechte als Verfahrensgarantien 66

§ 6 Allgemeine Rechtsweggarantie aus dem Rechtsstaatsprinzip? 68

TEIL III VERFASSUNGS- UND KONVENTIONSRECHTLICHE GRUNDLAGEN
DES RICHTERLICHEN RECHTSSCHUTZES AM BEISPIEL
DER SCHWEIZ

**§ 7 Rechtsschutzgarantie bei Verletzung verfassungsmässiger und konventioneller
Rechte (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV).** 73

I. Grundlagen. 73

II. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV als Rechtsschutzgarantie?. 75

1. Problem. 75

2. Art. 113 Abs. 1 BV als grundrechtliche Rechtsschutzgarantie. 76

3. Art. 113 Abs. 1 BV als Rechtsschutzgarantie unter Gesetzesvorbehalt 77

4. Art. 113 Abs. 1 BV als reine Kompetenznorm. 77

5. Beurteilung der unterschiedlichen Auffassungen. 78

III. Inhalt von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV. 80

1. Unmittelbare Anwendbarkeit 80

2. Art. 113 Abs. 1 BV hat keinen materiellrechtlichen Gehalt. 80

3. Art. 113 Abs. 1 BV als institutionelle Garantie. 81

4. Art. 113 Abs. 1 BV als Gebot eines effektiven Schutzes
verfassungsmässiger und konventioneller Rechte. 82

5. Kognition als Konkretisierung der bundesgerichtlichen Sachzuständigkeit . . . 84

IV. Bewertung. 89

§ 8 Garantie des verfassungsmässigen Richters (Art. 58 Abs. 1 BV) 93

I. Bedeutung. 93

II. Geltung gegenüber Verwaltungsbehörden. 95

III. Art. 58 Abs. 1 BV als allgemeine Rechtsschutzgarantie?. 96

§ 9 Anspruch auf richterlichen Rechtsschutz in neuen Kantonsverfassungen . . . 98

I. Vorbemerkung 98

II. Verankerung. 98

III. Herkunft des Begriffs. 100

IV. "Anspruch auf Rechtsschutz" als Rechtsweggarantie?. 101

V. Bewertung. 103

§ 10 Konventionsrechtlicher Anspruch auf ein Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK, 14 Abs. 1 CCPR)	106
I. Problem	106
II. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei strafrechtlichen Anklagen	108
1. Begriff	108
2. Strafbestimmungen in Verwaltungs- und Verfahrensgesetzen	110
3. Disziplinarrecht bei freien Berufen	112
III. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei "zivilrechtlichen" Streitigkeiten ..	113
1. Begriff	113
2. Ausgangspunkt: Streitigkeiten betreffend die Nutzung des (Grund-)Eigentums.	114
3. Streitigkeiten betreffend die private, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit	116
4. Streitigkeiten betreffend die soziale Sicherheit	118
5. Teildefinition im Urteil Editions Periscope: Vermögenswerte und pekuniäre Auseinandersetzungen.	119
6. Negative Beispiele für "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractere civil".	122
7. Strittiges Recht muss von der nationalen Rechtsordnung "anerkannt" sein ..	124
8. Ernsthafte Streitigkeit über ein Recht oder über eine blosse Ermessensausübung?	126
9. Unmittelbare Anwendbarkeit (Hinweis).	126
IV. Anforderung an das Gerichtsverfahren (Hinweise)	127
1. Kognition	127
2. Entscheidbefugnis.	128
3. Geltung für den Instanzenzug.	128
V. Besonderheiten des Art. 14 Abs. 1 CCPR	129
VI. Bewertung	131
§ 11 Konventionsrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Haftkontrolle (Art. 5 Abs. 4 EMRK und 9 Abs. 4 CCPR)	134
I. Grundlagen	134
1. Systematik des Art. 5 EMRK	134
2. Ziel und Schutzobjekt des Art. 5 Abs. 4 EMRK	135
3. Freiheitsentziehung durch Verwaltungsbehörde oder Gericht	136
4. Unmittelbare Anwendbarkeit (Hinweis).	138
II. Anforderungen an das gerichtliche Haftprüfungsverfahren	138
1. Effektive Verfahrensgarantien	138
2. Erneute Gerichtskontrolle in vernünftigen Zeitabständen.	138
3. Kognition	140
4. Entscheidbefugnis.	141
5. Geltung für den Instanzenzug.	141
III. Sonderproblem: Bedingte Entlassung aus dem Straf- und Massnahmenvollzug .	143
IV. Bewertung	145
§ 12 Exkurs: Richterlicher Rechtsschutz in der Europäischen Union	148

TEIL IV REALIEN DER JURISTISCHEN PRAXIS

§ 13 Rechtsschutz durch Methodensicherheit?	155
I. Relevanz der hermeneutisch orientierten Methodenlehren für den Gerichtsschutz	155
II. Rechtsprechung und juristische Hermeneutik.	160
1. Verstehen durch Anwenden.	160
2. Das Vorverständnis als Bedingung des Verstehens.	161
3. Vorverständnis und Methodenwahl: Die Zerstörung der Methodensicherheit	163
III. Versuche einer Rekonstruktion der juristischen Methode.	165
1. Friedrich Müller: Rationalisierung des Vorverständnisses.	165
2. Hans-Joachim Koch: Semantische Interpretation.	168
IV. Konsequenzen für den Gang der Untersuchung	172
§ 14 Rechtsprechung und analytische Sprachphilosophie	174
I. Genügt das "Vorverständnis"?.	174
II. Wittgensteins frühe (I) und späte (II) Philosophie.	177
1. Abbildtheorie der Bedeutung	177
2. Grundzüge von Wittgensteins Spätphilosophie.	179
a) Ablehnung der Abbildtheorie.	179
b) Theorie der Wortbedeutung	181
c) Sprachspiele.	184
III. Rechtsprechung als Regelbefolgung	186
IV. Ergebnisse	194
1. Unmöglichkeit einer normativen und essentialistischen Methodenlehre	194
2. Zentrale Bedeutung der (Rechts-) Praxis.	197
3. Wie kommt die (Rechts-) Praxis zustande?.	198
§ 15 Der juristische Alltag: Ethnomethodologie	201
I. Grundgedanken	201
II. Konzept der Ethnomethodologie.	203
III. Realität durch soziale Interaktion.	206
1. Die Untersuchung von Wood: psychiatrische Klinik	206
2. Tätigkeit der Polizei: Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung.	209
3. Rechtsanwendung durch die Verwaltung.	210
IV. Ergebnisse	212
§ 16 Rechtsanwendung aus politikwissenschaftlicher Sicht	217
I. Überblick.	217
II. Rechtsanwendung als politische Tätigkeit?.	218
1. Ent- und Repolitisierung der Rechtsanwendung.	218
2. Anwendungsbeispiele zur Rechtsanwendung als politische Tätigkeit.	222
III. Verschiebung der Machtgewichte vom Legislativ- zum Exekutivstaat	228
1. Von der Konkurrenz- zur Konkordanzdemokratie.	228
2. Verrechtlichung und Entrechtlichung.	229

3. Einfluss von Interessengruppen auf die Exekutive.	232
IV. Wiederherstellung der Machtbalance durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit .. .	233

TEIL V THEORIE DES VERWALTUNGSGERICHTLICHEN SCHUTZES

§ 17 Funktionalrechtliche Begründung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit	239
I. Überblick.	239
II. Rechtspflege und Individualrechtsschutz.	240
1. Funktion des Individualrechtsschutzes.	240
2. Rechtsanwendung als Machtausübung.	241
3. Rechtskontrolle ist nur in einer Aussenseiterposition möglich.	243
4. Anwendung eigenen Rechts.	246
5. Subjekt, nicht Objekt des Verfahrens.	247
6. Pflege und Ausbildung des Verfahrensrechts.	249
7. Übertragung privatrechtlicher Rechtsschutzvorstellungen auf das öffentliche Recht	251
III. Rechtspflege und Kontrolle objektiver Rechtmässigkeit	254
IV. Legitimation von Hoheitsakten durch prozedurale Freiheit	257
V. Führt die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Justizstaat?.	260
VI. Ergebnis: Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit	262
§ 18 Funktionalrechtliche Konkretisierung der verwaltungsgerichtlichen Prüfungszu- ständigkeit	265
I. Gesetzmässigkeitsprinzip als Massstab funktionalrechtlich richtiger Überprüfungskompetenz.	265
II. Ausnahmen von der Generalklausel: Actes de gouvernement	267
1. Entstehung	267
2. Begründung	270
3. Rezeption in der Schweiz.	272
a) Allgemeines.	272
b) Einzelakte der Parlamente.	274
(1) Fakultativ-fakultative Referendumsunterstellung, Dringlichkeitsklausel	274
(2) Begnadigung.	274
(3) Rechtspflegeentscheide.	278
(4) Grossverwaltungsakte.	278
c) Volksentscheide und Abstimmungserläuterungen.	280
III. Gerichtliche Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen?.	282
1. Gerichtliche Prüfung der Sachverhalts- und Rechtsfragen und das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe.	282
2. Beurteilung der Ausschlussklauseln.	286
a) Berufs-, Fach- und Fähigkeitsprüfungen.	286
b) Technische Prüfungen.	288
c) Einbürgerung.	289
d) Erlass oder Stundung von Abgaben.	290
3. Keine Bindung des Richters an verwaltungsbehördliche Entscheide.	291
IV. Überprüfung des Ermessens?.	292

1. Grundlagen	292
2. Beurteilung der Ausschlussklauseln	293
V. Verfahrensrechtlich motivierte Ausschlüsse	295
VI. Systemimmanente Schranken des Gerichtszugangs	297
VII. Hinreichende Entscheidungsbefugnis	298
VIII. Zusammenfassende Bewertung der Ausschlusskataloge	299
§ 19 Funktionalrechtliche Substitution des Verwaltungsgerichtsschutzes	302
I. Grundlagen	302
II. Subsidiärer Gerichtsschutz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit	303
III. Verstärkung des Verfahrensrechts	303
IV. Schiedsgerichtsbarkeit	304
V. Verwaltungsreferenden	305
VI. Volkswahl von Exekutivmitgliedern	307
VII. Parlamentarische Aufsicht	308
VIII. Medien	310
IX. Ombudsstelle und Rechtsberatung	311
X. Bewertung: Mediation im Verwaltungsrecht?	314
§ 20 Bedeutung einer grundrechtlichen Rechtsschutzgarantie	319
I. Verfassungsrechtliche Absicherung der Generalklausel	319
II. Unmittelbare Anwendbarkeit des Grundrechtes	322
III. Spezifische Funktionen einer Rechtsschutzgarantie	325
1. Bindung des Gesetzgebers	325
2. Ableitung weiterer Verfahrensgarantien	326
3. Stärkung der verwaltungsrichterlichen Unabhängigkeit	326
4. Klassische Grundrechtsfunktionen und Rechtsschutzgarantie	327
IV. Materieellrechtlicher Gehalt einer Rechtsweggarantie?	328
TEIL VI KONZEPTIONELLE POSTULATE	
§ 21 Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Verwaltung	333
I. Begründung des Postulats	333
II. Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts?	336
III. Oder Einfügung des Grundrechtes in die Bundesverfassung?	338
IV. Negative Auswirkungen?	341
§ 22 Vertretbare Ausnahmen vom Gerichtsschutz	342
§ 23 Erfüllung der Garantie durch Bund und Kantone	344
I. Grundsatz	344
II. Kantonaler Vollzug von Bundesverwaltungsrecht: Auswirkungen von Art. 98a OG	344

III.	Staatspolitische Bedeutung einer Gerichtsschutzgarantie für die Kantone.	345
§ 24	Ausbau des internationalrechtlichen Schutzes	347
I.	Effektivität der verschiedenen internationalen Schutzmechanismen	347
II.	Würdigung des EMRK-Kontrollmechanismus.	349
III.	Reform des EMRK-Schutzmechanismus.	350
Sachregister.	355