



Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Öffentliches Recht
Bundesrain 20
3003 Bern

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

Vernehmlassung zur Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme, die wir gerne wie folgt wahrnehmen:

1 Grundsätzliche Bemerkungen

Für die SP Schweiz ist nachvollziehbar, dass das Bundesgericht in einigen Bereichen vielleicht nicht primär überlastet, aber doch fehlbelastet ist. So kann eine Einschränkung des Zugangs zum Bundesgericht in jenen ausländerrechtlichen Fällen sinnvoll sein, wo Beschwerden allein zur Verlängerung des Rechtsweges zwecks Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung eingereicht werden, auch wenn deren Chancen auf Gutheissung minimal sind. Auch anerkennt die SP, dass die Vorlage in einigen Bereichen Erweiterungen der heute zu eng gefassten Beschwerdemöglichkeiten bringt und damit der Zugang zum Bundesgericht mit der Vorlage nicht nur erschwert, sondern teilweise auch neu geschaffen resp. erleichtert wird. Die SP Schweiz unterstützt deshalb die Vorlage im Grundsatz, wenn auch mit allergrösster Zurückhaltung.

Diese Zurückhaltung resultiert aus der Einschätzung, dass die Vorlage unausgewogen ist und Elemente enthält, die zur Erreichung des Ziels nicht notwendig sind, aber grossen Schaden anrichten (z.B. die mit der beabsichtigten Änderung von Art. 49 VwVG einhergehende Einschränkung der Kognitionsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts) und andererseits Elemente fehlen, bei denen Handlungsbedarf in der Evaluation der Bundesrechtspflege klar ausgewiesen wurde und die jetzt ohne wirklich plausible Begründung in der Vorlage nicht berücksichtigt wurden (wie z.B. die Weiterzugsmöglichkeit ans Bundesgericht für Fälle von grundsätzlicher Bedeutung aus dem Asylbereich oder die positivrechtliche Regelung des Rechtsschutzes im Bereich der politischen Rechte).

Ob die SP die geplante Gesetzesrevision auch im parlamentarischen Prozess unterstützen wird, hängt somit entscheidend davon ab, ob der Bundesrat bei der Überarbeitung der Vorlage im Hinblick auf die Botschaft die nachfolgend geäußerte Kritik berücksichtigt. Dabei gibt es drei Punkte, die als *conditio sine qua non* gelten können:

1. Der Verzicht auf die Änderung von Art. 49 VwVG und die damit verbundene Einschränkung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts
und
2. die Ausgestaltung der Gegen Ausnahme in Art. 83 Abs. 2 in einer Art, durch welche direkt aus dem Gesetz heraus klar wird, dass bei der substantiierten Geltendmachung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte und beim Abweichen der Vorinstanz von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Zugang zum Bundesgericht immer gewährleistet ist
und
3. der Einbezug der Fälle aus dem Asylbereich „bei einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder bei einem besonders bedeutenden Fall“.

Ohne eine Änderung der Vorlage in diesen drei Punkten muss die Wahrscheinlichkeit der Unterstützung seitens der SP-Bundeshausfraktion in der parlamentarischen Debatte bereits auf Ebene Eintreten als gering eingestuft werden. Für die SP ist es essentiell, dass der Verzicht auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde so ausgestaltet wird, dass nicht mit vermehrten Weiterzügen nach der letzten kantonalen Instanz direkt ans europäische Gericht für Menschenrechte EGMR gerechnet werden muss. Das würde nur die Diskussion um „fremde Richter“ in einer völlig kontraproduktiven Weise befeuern. Förderlich wäre daneben auch, wenn der Rechtsschutz bei den politischen Rechten modernen Gegebenheiten angepasst würde.

2 Kommentar zu den wichtigsten Bestimmungen

2.1 Art. 49 VwVG (Verzicht Angemessenheitskontrolle)

Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderung soll dem Bundesverwaltungsgericht in Zukunft die Überprüfung der Angemessenheit eines Entscheides in allen Rechtsbereichen verwehrt werden. Damit setzt sich der Bundesrat ohne Not über die klare Stellungnahme des betroffenen Bundesverwaltungsgerichts wie auch des Bundesgerichts als dessen Aufsichtsinstanz hinweg.

Dies ist umso unverständlicher, als es auch aus rechtsgeschichtlicher und dogmatischer Sicht allerbeste Gründe gibt, an der Angemessenheitskontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht festzuhalten. In diversen Rechtsbereichen, in denen Bundesverwaltungsbehörden die erste entscheidende Instanz sind, deren Entscheide direkt ans Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden können, würde die vorgeschlagene Regelung dazu führen, dass der vom Sachbearbeiter eines Bundesamtes gefällte Entscheid gar nie auf seine Angemessenheit hin überprüft werden könnte. Zu welchen fatalen Auswirkungen das führt, zeigt sich gut im Asylrecht, wo diese Einschränkung seit der letzten dringlichen Asylgesetzrevision bereits besteht. Es liegen mittlerweile in verschiedenen Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts insbesondere zur Frage der Notwendigkeit des Selbsteintritts in Dublinverfahren vor, aus denen ein deutliches Bedauern des Bundesverwaltungsgerichts über das von ihm zu fällende Urteil herausgelesen werden kann, da das Bundesverwaltungsgericht nicht mehr in der Lage ist, zwar rein rechtlich korrekte, aber inhaltlich und menschlich unangemessene Entscheide zu korrigieren (für viele andere: D-3794/2014 und E-641/2014). Die Annahme, dass die erstinstanzlich entscheidende Behörde im Wissen um die

eingeschränkte Kognition der Beschwerdeinstanz entsprechend mehr inhaltliche Verantwortung für ihre Entscheide übernehmen würde, hat sich in diesem Fall ganz klar als Wunschdenken herausgestellt.

Die Auswirkungen einer solchen Kognitionseinschränkung werden aber nicht nur im sonst von der Vorlage stark betroffenen Ausländerrecht zu spüren sein, sondern auch in anderen Rechtsbereichen wie z.B. beim Natur- und Heimatschutzgesetz und dem damit zusammenhängenden Verbandsbeschwerderecht der Umweltverbände. 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, rechts-erhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).

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

Auf die Änderung von Art. 49 VwVG ist entsprechend zu verzichten.

2.2 Änderung des Ausnahmekatalogs bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Die SP unterstützt im Grundsatz den gewählten Weg zur Anpassung des Ausnahmekataloges zur Beschwerdeberechtigung vor Bundesgericht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, auch wenn man sich fragen kann, ob damit nicht ein „kleines Annahmeverfahren“ eingeführt wird und es somit nicht ehrlicher und korrekter wäre, Art. 83 ganz zu streichen und mittels einer Verfassungsänderung für alle Bereiche ein richtiges Annahmeverfahren einzuführen mit engen (wenn auch weiteren als heute), dafür aber objektiven Wesentlichkeitskriterien.

Inhaltlich ist der Ausnahmekatalog aber noch nicht gut justiert. So ist z.B. nicht einzusehen, weshalb Entscheide zur Einbürgerung im Grundsatz von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgenommen sein sollten. Es handelt sich hier nicht um eine grosse Anzahl Fälle, bei denen ein relevanter Entlastungseffekt zu erwarten wäre, auch besteht hier kein Missbrauchspotential, da der mit der Beschwerdeführung verbundene Zeitablauf den Beschwerdeführenden in diesem Bereich keinen Vorteil bringt. Gleichzeitig stehen hohe Rechtsgüter auf dem Spiel; wenn die Beschwerdeführung betreffend Aufenthaltsbewilligung bei Personen, die entweder über eine C-Bewilligung verfügen oder sich bereits 10 Jahre rechtmässig in der Schweiz aufhalten, immer zulässig sein soll, so sollte sie dies vernünftigerweise auch bei der Einbürgerung sein.

Die SP Schweiz fordert deshalb, dass lit. a von Art. 83 Abs. 1 gestrichen wird.

Wenn der Ausnahmekatalog wie vorgesehen erweitert und gleichzeitig Kriterien für eine Gegen- ausnahme geschaffen werden sollen, ist es von grosser Wichtigkeit, dass das Bundesgericht seine Praxis dazu, was eine „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ oder ein „besonders bedeutender Fall“ ist, deutlich weniger restriktiv handhabt als heute. Dies soll als klarer Hinweis des

Gesetzgebers zuhanden des Bundesgerichts in den Materialien mit aller Deutlichkeit festgehalten werden.

Dies rechtfertigt sich insbesondere auch deshalb, weil mit dem pauschalen Ausschluss von Fällen „auf dem Gebiet des Ausländerrechts“ anders als heute auch in rechtlich geschützte Positionen wie z.B. bei Bewilligungen, auf welche ein Anspruch besteht (bei denen heute ein Weiterzug ans Bundesgericht auch vor 10-jähriger Aufenthaltsdauer in der Schweiz möglich ist) eingegriffen wird und hier die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur noch ausnahmsweise möglich sein wird. Ähnliches gilt für die ausländerrechtliche Haft, deren Berechtigung und Standards bisher der Beschwerde ans Bundesgericht zugänglich waren. Wenn dies künftig nicht mehr in jedem Fall möglich sein soll, so ist umso mehr darauf zu achten, dass in diesen Bereichen die Begriffe der „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ und des „besonders bedeutenden Falls“ grosszügig ausgelegt werden. Vor dem Hintergrund, dass Fälle der ausländerrechtlichen Administrativhaft meist die Voraussetzungen für den Weiterzug an den EGMR erfüllen, ist nochmals zu prüfen, ob nicht grundsätzlich alle diese Fälle vom Bundesgericht geprüft werden können sollen. Es ist nicht wirklich einzusehen, weshalb in diesem speziell sensiblen Feld der Zugang beschränkt werden soll, wenn er im strafrechtlichen Bereich bei allen Freiheitsentzügen möglich bleibt.

Ganz speziell wichtig ist eine weite Auslegung dort, wo mit der Gegen Ausnahme des „besonders bedeutenden Falls“ der Wegfall der subsidiären Verfassungsbeschwerde kompensiert werden soll. Es muss klar sein, dass bei ernstzunehmenden Hinweisen auf die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten **immer** auf eine entsprechende Beschwerde eingetreten werden muss. Art. 83 Abs. 2 muss entsprechend ergänzt werden. Auch die Konstellation, dass die Vorinstanz von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht, sollte als Eintretensgrund explizit festgehalten werden.

Die SP Schweiz fordert, dass in den Materialien mit aller Deutlichkeit festgehalten wird, dass die Begriffe der „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ und des „besonders bedeutenden Falls“ weit auszulegen sind.

Zudem muss der Wortlaut von Art. 83 Abs. 2 wie folgt erweitert werden:

² Stellt sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder liegt aus anderen Gründen ein besonders bedeutender Fall vor, insbesondere durch die substantiierte Geltendmachung der Verletzung verfassungsmässiger Rechte oder durch die Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch die Vorinstanz, so ist die Beschwerde gegen Entscheide nach Absatz 1, mit Ausnahme der Buchstaben p und u, zulässig.

2.3 Streichung der subsidiären Verfassungsbeschwerde

Die SP Schweiz ist dann – und nur dann – mit der Streichung der subsidiären Verfassungsbeschwerde einverstanden, wenn dadurch keine Rechtsschutzlücken entstehen. Das bedeutet, dass im Prinzip jene Verfassungsverletzungen, die heute vor Bundesgericht gerügt werden können, weiterhin vom Bundesgericht beurteilt werden können müssen. Es kann nicht sein, dass das oberste Schweizer Gericht nicht mehr in der Lage ist, landesweit eine einheitliche Praxis bei der Auslegung der Bundesverfassung sicherzustellen. Es ist sonst absehbar, dass deutlich mehr Fälle als heute nach Abschluss des kantonalen Instanzenzugs direkt beim europäischen Gericht für Menschenrechte EGMR landen und dort wahrscheinlich auch häufiger gutgeheissen werden als heute. Dies ist in einem politischen Umfeld, in dem mit dem Kampfbegriff der „fremden Richter“ versucht wird, die Bedeutung des Völkerrechts und der Menschenrechte generell zu schwächen, absolut kontraproduktiv.

Der Bundesrat wird aufgefordert, in der Botschaft detailliert darzulegen, welche Verfahren, die heute als subsidiäre Verfassungsbeschwerden ans Bundesgericht gelangen, aufgrund der geplanten Neuregelung nicht mehr vom Bundesgericht beurteilt werden könnten und welche Auswirkungen auf die Rolle des EGMR bezüglich Grundrechtsschutz in der Schweiz damit verbunden wären.

2.4 Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts im Ausländer- und Asylrecht

Dass die in Art. 84 Abs. 1 lit. a aufgezählten Fachbereiche künftig ausnahmsweise vom Bundesgericht beurteilt werden können, ist grundsätzlich positiv. Diese Neuerung ist allerdings zu restriktiv ausgefallen und dies gleich in zweifacher Hinsicht:

- Auch in diesem Bereich 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 nicht sollte beurteilen können.
- Ebenso wenig einzusehen ist, weshalb nicht auch Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Bereich des Asyls zumindest unter den restriktiven Voraussetzungen von dem gemäss vorangehenden Ausführungen erweiterten Art. 84 Abs. 2 lit. a ans Bundesgericht weitergezogen werden können sollen.

Dass das Bundesverwaltungsgericht selber festlegen können soll, welche der von ihm gefällten Urteile ans Bundesgericht weitergezogen werden kann, ist systemisch gesehen und unter Rechtsschutzgedanken ein unbefriedigender Ansatz. Ebenso unbefriedigend ist der im Begleitbericht erwähnte Lösungsansatz, dass das Parlament oder das Bundesgericht als Aufsichtsinstanz angerufen werden können, wenn der Eindruck aufkommen sollte, das Bundesverwaltungsgericht lege zu wenige seiner Entscheide dem Bundesgericht vor - es ist absehbar, dass das kein gangbarer Weg ist.

Trotzdem ist die SP Schweiz bereit, im Sinne eines Versuchs zur Entlastung des Bundesgerichts diesem Modell eine Chance zu geben. Alle Alternativen würden dazu führen, dass eben doch das Bundesgericht selber die Eintretensvoraussetzungen bei den Fällen von Art. 84 Abs. 1 lit. a prüfen müsste, womit der anvisierte Entlastungseffekt beim Bundesgericht gleich wieder wegfallen würde. Die sich daraus entwickelnde Praxis sollte aber von Beginn weg fortlaufend durch ein Monitoring begleitet und evaluiert werden, damit notwendige Korrekturen rasch vorgenommen werden können. Eine Durchbrechung des Prinzips, dass nur Fälle weitergezogen werden können, die das Bundesverwaltungsgericht selber zum Weiterzug freigegeben hat, muss jedenfalls dann erwogen werden, wenn die Beschwerdeführenden eine Verfassungsverletzung durch das Bundesverwaltungsgericht substantiiert rügen.

Last but not least ist die Ausgestaltung dieses Weiterzugsverfahrens mit Einwilligung des Bundesverwaltungsgerichts zu hinterfragen: Wenn das Gericht eine solche Beschwerdemöglichkeit eröffnet, ist der Weiterzug für die Parteien quasi zwingend. Für die betroffenen ausländischen Personen bedeutet dies aber, im Unterschied zum SEM, ein erhebliches Kostenrisiko (Gerichts- und Anwaltskosten). Bei Bedürftigkeit wäre allerdings unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wohl zwangsläufig zu gewähren, da kaum von Aussichtslosigkeit ausgegangen werden kann, wenn das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdemöglichkeit gewährt. Dennoch bleibt ein Kostenrisiko v.a. dann, wenn die prozessuale Bedürftigkeit nicht eindeutig ist. Deshalb drängt es sich aus Sicht

der SP auf, ein solches Weiterzugsverfahren grundsätzlich kostenfrei zu gestalten (offenbar wird mit etwa 20 Fällen pro Jahr gerechnet; die Kosten wären mithin überschaubar). Eine noch bessere Variante würde eventuell ein Vorlageverfahren darstellen: wenn das Bundesverwaltungsgericht einen höchstrichterlichen Entscheid als sinnvoll erachtet, dann sollte es die Angelegenheit direkt dem Bundesgericht vorlegen können (analog zum Verfahren in der EU beim EuGH). Auch dieses Verfahren müsste vernünftigerweise kostenlos ausgestaltet werden.

Die SP Schweiz fordert dass:

- **Art. 84 Abs. 2 lit. a um das Element des „besonders bedeutenden Falles“ ergänzt wird;**
- **auch Entscheide auf dem Gebiet des Asyls unter den restriktiven Voraussetzungen des so erweiterten Art. 84 Abs. 2 lit. a ans Bundesgericht weitergezogen werden können;**
- **die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Fälle, die es für den Weiterzug an das Bundesgericht freigibt, fortlaufend evaluiert wird;**
- **die Ausgestaltung des Weiterzugs mit Einwilligung des Bundesverwaltungsgerichts noch einmal geprüft und ein eigentliches Vorlageverfahren in Erwägung gezogen wird. Für die Rechtssuchenden muss ein solcher Weiterzug auf jeden Fall kostenlos sein.**

2.5 Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte

Zwar ist die Information im Begleitbericht korrekt, dass durch die bundesgerichtlichen Rechtsprechung mittlerweile einigermassen geklärt hat, wie der Verfahrensablauf bei der Anfechtung von (nachträglich) entdeckten Verletzungen der Garantie der freien Willensbildung der Abstimmenden ist, allerdings ist dieser Ablauf total unsinnig (Beschwerde an den Kanton, der nicht darauf eintritt und erst danach Weiterzug ans Bundesgericht) und müsste unbedingt revidiert werden. Ausserdem muss geklärt resp. festgelegt werden, dass auch das Abstimmungsbüchlein direkt anfechtbar ist, wenn es gravierende Fehlinformationen enthält. Die Abstimmung zu USR II und die anschliessende Beschwerde haben gezeigt, dass grobe Fehlinformationen im Abstimmungsbüchlein des Bundesrates von derart grosser Bedeutung sein können, dass die damit einhergehende Beeinträchtigung der freien Willensbildung der Stimmberechtigten in einer Beschwerde vor Bundesgericht geltend gemacht werden können muss. Allerdings hat das Bundesgericht gerade in diesen Tagen wieder deutlich gemacht (Entscheid 1C_60/2016 zur Abstimmung über die zweite Gotthardröhre), dass es unter den geltenden rechtlichen Bestimmungen die Abstimmungserläuterungen des Bundesrates resp. die Formulierung der Abstimmungsfrage für rechtlich nicht anfechtbar erachtet. Dies zeigt den Handlungsbedarf deutlich auf.

Die SP Schweiz fordert den Bundesrat auf, die politischen Rechte im vorangehend skizzierten Sinn in die Vorlage aufzunehmen.

2.6 Auswirkungen Durchsetzungsinitiative resp. Umsetzung Ausschaffungsinitiative

In der Schweiz wird bei Annahme der Durchsetzungsinitiative entweder ab 29. Februar oder bei deren Ablehnung durch die dann voraussichtlich per Ende Jahr in Kraft tretende Umsetzung der Ausschaffungsinitiative das europaweit restriktivste Wegweisungsregime für straffällige AusländerInnen gelten. Unklar ist, ob die höchstrichterliche Beurteilung solcher Wegweisungs-

entscheide künftig durch die strafrechtliche Abteilung oder weiterhin durch eine der öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts erfolgen werden. Klar ist für die SP Schweiz allerdings, dass **alle** Fälle, bei denen eine Wegweisung einer Person mit einer regulären Aufenthaltsbewilligung verfügt wird (also auch B-Bewilligung mit einer Aufenthaltsdauer von unter 10 Jahren von nicht FZA-Berechtigten, unter gewissen Umständen auch F-Bewilligungen), einer höchstrichterlichen Beurteilung zugänglich sein müssen, um eine einheitliche, kohärente und vor allem verfassungskonforme Praxis sicherzustellen.

Zu dieser doch sehr aktuellen und naheliegenden Fragestellung findet man im Begleitbericht keinerlei Ausführungen. Der Bundesrat wird deshalb aufgefordert, in der Botschaft darzulegen, wie er den Zugang zum Bundesgericht in dieser wichtigen Frage zukünftig sicherstellen will.

Wir bitten Sie, unsere Anliegen bei der Überarbeitung der Vorlage zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

SOZIALDEMOKRATISCHE PARTEI DER SCHWEIZ



Christian Levrat
Präsident



Carsten Schmidt
Politischer Fachsekretär