

Separatum aus

**Tatsachen  
Verfahren  
Vollstreckung**

Festschrift für Isaak Meier

Herausgegeben von

Peter Breitschmid  
Ingrid Jent-Sørensen  
Hans Schmid  
Miguel Sogo

Schulthess §

# Tatsachen Verfahren Vollstreckung

Festschrift für Isaak Meier  
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Breitschmid  
Ingrid Jent-Sørensen  
Hans Schmid  
Miguel Sogo

Schulthess § 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015

ISBN 978-3-7255-7090-4

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## **Inhaltsverzeichnis**

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

European Central Bank's Single Supervisory Mechanism .....1

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Zürich

NICOLE ROTH

MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736

Abs. 1 ZGB .....23

MARTIN BERNET

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

JÖRN ESCHMENT

Dr. iur., LL.M., M.A., Rechtsanwalt bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

Die Haftung des Schiedsrichters nach Schweizer Recht .....41

PETER BREITSCHMID

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

Zeit im Prozess, der Prozess in der Zeit und die Zeit und das Personal, das

Prozesse brauchen ... nebst dem Geld, das man für den Prozess braucht..... 57

ALEXANDER BRUNNER

Prof. Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Titularprofessor für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen, Oberrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich und nebenamtlicher Bundesrichter (Lausanne)

Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht.....69

FELIX DASSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich,  
Rechtsanwalt und Partner bei Homburger AG in Zürich

Bern, Lugano, Brüssel oder doch lieber Den Haag? – Ein Ausflug zu den

Rechtsquellen für Gerichtsstandsvereinbarungen .....89

PETER DIGGELMANN

lic. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich

Das Kind ist rot zu schreiben ..... 103

TANJA DOMEJ

Prof. Dr. iur., ausserordentliche Professorin an der Universität Zürich

Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung ..... 113

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

MISCHA DEMARMELS

MLaw, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

Der Beizug von Gutachten und Zeugenaussagen aus Zivilverfahren im  
Strafprozess..... 125

CHRISTIAN EXNER

lic. iur., Rechtsanwalt bei Wenger Plattner in Küsnacht-Zürich

Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen..... 139

EUGEN FRITSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Bühlmann & Fritschi Rechtsanwälte  
in Zürich

Die Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide..... 157

MYRIAM ANNA GEHRI

Dr. iur., LL.M., Solicitor, Rechtsanwältin, Handelsrichterin am Handels-  
gericht des Kantons Zürich

Are you ready for E-technology?..... 173

REINHOLD GEIMER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität München,  
Notar a.D. in München

Das Haager Gerichtsstandsübereinkommen 2005 ..... 185

ROGER GIROUD Prof. Dr. iur., LL.M., Dozent an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt und Partner bei Giroud & Anderes in Küsnacht-Zürich Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim Weiterzug der Konkursöffnung.....	217
TARKAN GÖKSU Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Freiburg i.Ü., Rechtsanwalt und Partner bei Zaehringen Rechtsanwälte AG in Freiburg i.Ü. Auslegung und Ergänzung des Schiedsverfahrens .....	233
PETER GOTTWALD Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Regensburg Insolvenzrechtliche Annexverfahren im Verhältnis Deutschland – Schweiz .....	249
ALAIN GRIFFEL Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts.....	263
PASCAL GROLIMUND Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
EVA BACHOFNER MLaw, Gerichtsschreiberin am Zivilgericht Basel-Stadt Schweizer Zuständigkeit über im EU-Raum belegene Liegenschaften im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung.....	279
ULRICH HAAS Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
Yael STRUB Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberassistentin an der Universität Zürich Rechtsprechungstätigkeit zwischen Verfahrens- und materiellem Recht.....	293

STEFAN HEIMGARTNER

PD Dr. iur., Privatdozent an der Universität Zürich,  
Staatsanwalt bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

DIEGO R. GFELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in  
Zürich

Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Adhäsionsprozess.....311

KARL HOFSTETTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich, exekuti-  
ves Mitglied des Verwaltungsrats der Schindler Holding AG in Hergiswil

Unternehmen als „Prügelknaben“ des Wirtschaftsrechts?.....327

YASMIN IQBAL

Dr. iur., Lehrbeauftragte an der Universität Zürich,  
Rechtsanwältin in Zürich

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren.....351

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., emeritierter Professor an der Universität Zürich,  
Rechtsanwalt und Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte in Zürich

Der Staat als Gläubiger .....363

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., lic. phil., ständiger Gastprofessor an der Universität  
St. Gallen und emeritierter Professor an der Universität Zürich

Die Rechtlosstellung der Opfer von Straftaten durch die neue StPO und ZPO .....373

ANGELOS KORNILAKIS

Prof. Dr. iur., Assoc. Professor an der Universität Thessaloniki

Privatautonomie, Treu und Glauben und „effiziente“ Vertragsauslegung.....381

ACHILLES G. KOUTSOURADIS

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Thessaloniki

Allgemeine Bemerkungen zum modernen griechischen Familienrecht .....403

DIETER LEIPOLD Prof. Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br. Anordnung der Urkundenvorlage von Amts wegen ohne Vorlagepflicht der Partei? .....	421
MATTHIAS MAHLMANN Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Theorie und Verfahren.....	437
KALLIOPI MAKRIDOU Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Thessaloniki Speeding up civil litigation in Greece through ADR methods .....	449
ARNOLD MARTI Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Zürich, Vizepräsident des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Zwei interessante Zivilprozesse mit öffentlich-rechtlichen Nebenaspekten um Kulturgüter in Schaffhausen.....	471
HEINRICH ANDREAS MÜLLER Dr. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich Beweisen nach der ZPO.....	487
PETER NOBEL Prof. Dr. rer. publ., em. Professor an den Universitäten Zürich und St. Gallen, Rechtsanwalt und Partner, Nobel & Hug Rechtsanwälte in Zürich Iura novit curia.....	507
WOLFGANG PORTMANN Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
RAHEL NEDI MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing .....	525



WALTER H. RECHBERGER  
Prof. Dr. iur. DDr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Wien  
LGVÜ 2007 und Brüssel Ia-VO .....545

HANS REISER  
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN  
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,  
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich  
Der Vergleich und seine Anfechtung.....557

ARNOLD RUSCH  
PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich  
Will das Recht, dass man klagt? .....569

PETER SCHLOSSER  
Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität München  
Brüche im EuGVVO-LugÜ-Gefüge? .....587

ERNST F. SCHMID  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Niederer Kraft & Frey AG  
in Zürich  
Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung – Belohnung des wider-  
spenstigen Gesuchsgegners? ..... 605

HANS SCHMID  
Dr. iur., alt Obergerichter am Obergericht und am Handelsgericht des Kantons  
Zürich, Konsulent Roesle Frick & Partner in Zürich  
Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus  
schutzwürdigem Interesse ..... 621

JÜRIG SCHMID  
alt Notariatsinspektor des Kantons Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN  
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,  
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich  
Zur Liquidation juristischer Personen nach Art. 230a SchKG .....639

ANTON K. SCHNYDER Prof. Dr. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Ausgewählte Exponenten des Internationalen Zivilverfahrensrechts an der Universität Zürich.....	655
ROLF A. SCHÜTZE Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität Tübingen, Rechtsanwalt in Stuttgart Armut im Prozess.....	667
KURT SIEHR Prof. Dr. iur. Dr. h.c., M.C.L., emeritierter Professor an der Universität Zürich Deutsch-schweizerische Erbfälle nach Inkrafttreten der EuErbVO.....	681
MIGUEL SOGO PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich Vermögenswerte Unterlassungsansprüche im Konkurs des Unterlas- sungsverpflichteten .....	697
ADRIAN STAEHELIN Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter a.o. Professor an der Universität Basel, alt Appellationsgerichtspräsident des Kantons Basel-Stadt Zur Geschichte der Konkursprivilegien.....	711
DANIEL STAEHELIN Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat, Notar und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
LUKAS BOPP Dr. iur., LL.M., Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest .....	723
ROLF STÜRNER Professor Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
BEATRICE STAPF Assessorin in Freiburg i. Br. Grundzüge des rechtlichen Gehörs im spanischen Zivilprozess.....	739

UELI VOGEL-ETIENNE

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in  
Zürich, Mediator SAV/SKWM

ANNEGRET LAUTENBACH-KOCH

lic. iur., Rechtsanwältin und Partnerin bei Peyer Partner Rechtsanwälte in  
Zürich, Mediatorin SAV

Vom Diener am Recht zum Beauftragten Mediator .....757

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich, Visiting  
Professor an der Hong Kong University und Rechtsanwalt in Zürich

RAINER BAISCH

Dipl.-Kfm. univ., MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität  
Zürich

Optimierung der Rechtsdurchsetzung.....775

RENATE WENNINGER SCHMID

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin in Zürich

Der sorgfältige Nachweis fremden Rechts.....793

MATTHIAS WIGET

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei Pestalozzi in Zürich

Ausgewählte Streitfragen zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte ..... 811

THOMAS WINKLER

lic. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Leiter Stadtammann-  
amt und Betriebsamt Dietikon

Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvoll-  
streckung? .....825

Schrifttumsverzeichnis.....843

## **Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidungsbefugnis eines Gerichts**

*Am 1. Januar 2007 trat Art. 29a BV – die Rechtsweggarantie – in Kraft. Sie veränderte die „Landschaft“ des öffentlichen Verfahrensrechts nachhaltig; dies in Fortsetzung der Wirkung, welche bereits zuvor von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausgegangen war. Die Rechtsweggarantie, welche sich auf alle Rechtsstreitigkeiten erstreckt, umfasst einen Anspruch auf Zugang zu einem Gericht und stellt Mindestanforderungen an dessen Überprüfungsbefugnis. Es fragt sich indes, ob sie – über diesen formalen Zugang zum Recht hinaus – nicht auch einen materiellen Zugang zum Recht gewährleistet, und zwar in dem Sinn, dass sie einen Anspruch auf Aufhebung eines fehlerhaften Aktes beinhaltet.*

*Im Bundesrecht, aber auch im kantonalen Recht gibt es verschiedene Regelungen, welche im Falle der Begründetheit einer Klage bzw. Beschwerde nicht die Aufhebung des mangelhaften Aktes, sondern lediglich eine Entschädigung vorsehen. Solche Bestimmungen finden sich namentlich im privaten und öffentlichen Arbeits- bzw. Personalrecht sowie im öffentlichen Beschaffungswesen. Der vorliegende Beitrag konfrontiert sie mit der Rechtsweggarantie und geht der Frage nach, ob sie vor dieser standhalten.*

### **Inhaltsübersicht**

<b>1. Ausgangslage</b> .....	<b>264</b>
<b>2. Tragweite der Rechtsweggarantie</b> .....	<b>265</b>
A. Gefestigter „Kern“ .....	265
B. Anspruch auf Korrektur eines fehlerhaften Aktes?.....	266
I. „Hinkende“ Regelungen im positiven Recht .....	266
II. Kritik an diesen Regelungen.....	269
III. „Hinkende“ Regelungen und Rechtsweggarantie .....	271
a. Fragestellung.....	271
b. Zulässige Ausnahmen von der Rechtsweggarantie? .....	272
c. Zulässige Einschränkung der Rechtsweggarantie?.....	274
d. Rechtsweggarantie und materielle Ansprüche .....	274
C. Fazit.....	276
<b>3. Schlussbemerkungen</b> .....	<b>276</b>

---

\* Für die kompetente Mitarbeit bei der Zusammenstellung des Materials und für anregende Diskussionen danke ich meiner Assistentin RENATA TRAJKOVA.

## 1. Ausgangslage

ISAAK MEIER ist Verfahrensrechtler. Daher liegt es nahe, ihn mit einem Beitrag zu einem verfahrensrechtlichen Thema zu ehren. Aus Sicht des öffentlichen Rechts steht eine Verfahrensgarantie im Vordergrund, die in den letzten 25 Jahren zu einem gewaltigen Entwicklungsschub im öffentlichen Organisations- und Verfahrensrecht geführt und im überkommenen Gebäude der Verwaltungsrechtspflege kaum einen Stein auf dem anderen gelassen hat: die *Rechtsweggarantie*. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit einer in Lehre und Praxis noch nicht thematisierten Facette dieser Garantie, nämlich der Frage, ob sie auch Auswirkungen auf den Inhalt des Entscheids und damit auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts hat.<sup>1</sup>

Mit dem Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Jahr 1974 fand zum ersten Mal eine Rechtsweggarantie Eingang ins schweizerische Recht. *Art. 6 Ziff. 1 EMRK* gewährleistet im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen sowie strafrechtlichen Anklagen den Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht. Dabei legt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Begriff der „civil rights“ autonom aus; dieser umfasst nicht nur zivilrechtliche Streitigkeiten im kontinentaleuropäischen bzw. landesrechtlichen Sinn, sondern auch Verwaltungsakte, welche – erfolgsbezogen – in Rechte privatrechtlicher Natur eingreifen (z.B. in die private Erwerbstätigkeit oder die Ausübung von Eigentumsrechten).<sup>2</sup> Dadurch erfuhr der Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK – und damit auch die dort statuierte Rechtsweggarantie – eine beträchtliche Ausdehnung auf weite Teile des Verwaltungsrechts.

1988 fällte der EGMR im *Fall Belilos* ein Urteil, welches vor diesem Hintergrund in der Schweiz wie eine Bombe einschlug und die vertraute Landschaft des öffentlichen Organisations- und Verfahrensrechts – mit der dominanten Stellung der verwaltungsinternen Rechtspflege – nachhaltig erschüttern und umpflügen sollte.<sup>3</sup> Die zentrale Erkenntnis dieses Urteils war, dass das damalige Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde den Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK grundsätzlich nicht genügte, insbesondere wegen der beschränkten Sachverhaltskontrolle. Damit konnte das Bundesgericht selber im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde als letzte und in weiten Bereichen einzige Gerichtsinstanz die

---

<sup>1</sup> Ich knüpfe hier an Überlegungen an, die ich erstmals ausgebreitet habe in GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 27a N 18–23.

<sup>2</sup> Grundlegend EGMR, Urteil vom 16.7.1971, *Ringeisen c. Autriche*, requête no. 2614/65 (Publications de la Cour européenne des Droits de l’Homme, Série A, Bd. 13, Ziff. 94).

<sup>3</sup> EGMR, Urteil vom 29.4.1988, *Belilos c. Suisse*, requête no. 10328/83 (Publications de la Cour européenne des Droits de l’Homme, Série A, Bd. 132; EuGRZ 1989, 21 ff.).

Rechtsweggarantie nicht umsetzen; es bedurfte mithin auch in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gerichtlicher Vorinstanzen.

Die dadurch entstandene Notwendigkeit, im öffentlichen Verfahrensrecht wesentlich umfassender als bisher gerichtlichen Rechtsschutz zu implementieren, war eine der wesentlichen Triebfedern für die *Justizreform*, welche im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung eingeleitet und – weil über eine blosse „Nachführung“ des bisherigen Verfassungsrechts hinausgehend – als separate Vorlage ausgestaltet wurde. Die Bundesversammlung verabschiedete die Justizreform im Jahr 1999,<sup>4</sup> und Volk und Stände stimmten ihr am 12. März 2000 zu. Eine der zentralen Neuerungen war die Verankerung einer allgemeinen Rechtsweggarantie in *Art. 29a BV*, welche – zusammen mit dem BGG und dem VGG – auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt wurde.

Die Rechtsweggarantie der Bundesverfassung ist *umfassend* ausgestaltet; sie gewährleistet „bei Rechtsstreitigkeiten“ generell einen „Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde“, also nicht wie Art. 6 Ziff. 1 EMRK nur in zivil- und strafrechtlichen Verfahren. Sie erstreckt sich somit – grundsätzlich flächendeckend – auch auf verwaltungsrechtliche Angelegenheiten. Um sie im kantonalen Verfahren zu verwirklichen, mussten die Kantone „für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen“ richterliche Behörden bestellen (Art. 191b Abs. 1 BV), soweit solche nicht bereits existierten.

## 2. Tragweite der Rechtsweggarantie

### A. Gefestigter „Kern“

Art. 29a BV kommt in erster Linie bei Verfügungen und Entscheiden zur Anwendung, also bei individuell-konkreten Hoheitsakten, ferner bei Realakten (d.h. nicht-rechtsförmlichen Verwaltungshandlungen), welche schutzwürdige Individualinteressen tangieren.<sup>5</sup> Nicht erfasst – weil noch keine den Einzelnen besonders betreffende „Rechtsstreitigkeit“ – werden hingegen Erlasse, was zur Folge hat, dass Art. 29a BV keine abstrakte Normenkontrolle vorschreibt. In enger Anlehnung an die Praxis zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat sich ein Kernbestand an Gewährleistungen herausgebildet, der auch im Zusammenhang mit Art. 29a BV als aner-

---

<sup>4</sup> Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999 (AS 2002, 3148).

<sup>5</sup> Vgl. zum Rechtsschutz gegen Realakte auf Bundesebene Art. 25a VwVG (hierzu BGE 140 II 315). Die Kantone müssen aufgrund der Rechtsweggarantie ebenfalls für hinreichenden Rechtsschutz gegen Realakte sorgen.

kann bezeichnet werden kann:<sup>6</sup> In erster Linie umfasst die Rechtsweggarantie den *Anspruch auf Zugang zu einem Gericht*. Dies bedeutet, dass es sich um eine gerichtliche, d.h. mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattete Instanz handeln muss und dass der Zugang zu ihr nicht übermässig erschwert werden darf, beispielsweise durch prohibitive Kostenvorschüsse oder zu kurze Rechtsmittelfristen. Die Rechtsweggarantie gewährleistet indessen nicht einen gerichtlichen Instanzenzug, sondern lediglich (aber immerhin) die Anrufbarkeit von zumindest einer Gerichtsinstanz. Darüber hinaus statuiert die Rechtsweggarantie *Mindestanforderungen an die Überprüfungsbefugnis* des Gerichts; sie verlangt eine volle Rechtskontrolle (einschliesslich qualifizierter Ermessensfehler) und eine volle Sachverhaltskontrolle, nicht aber eine gerichtliche Überprüfung der einfachen Ermessensausübung (Angemessenheitskontrolle).<sup>7</sup>

Die Tatsache, dass es Lehre und Rechtsprechung gelungen ist, der Rechtsweggarantie vergleichsweise klare Konturen zu geben, sollte indessen nicht zur Annahme verleiten, dass sich deren Tragweite in diesem gefestigten (Kern-)Bestand an Gewährleistungen erschöpft. Vergegenwärtigt man sich, wie sich die Schutzbereiche anderer Grundrechte – insbesondere von Verfahrensgarantien wie dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) – in den letzten Jahrzehnten weiterentwickelt und ausdifferenziert haben, so erscheint es geradezu als auf der Hand liegend, dass auch die Rechtsweggarantie noch nicht am Ende ihrer Entwicklung angelangt ist, sondern weitere Gehalte aufweist. Einem solchen (möglichen) weiteren Gehalt ist hier nachzugehen.

## **B. Anspruch auf Korrektur eines fehlerhaften Aktes?**

### **I. „Hinkende“ Regelungen im positiven Recht**

Im geltenden Recht finden sich – schwergewichtig rund um das privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis – verschiedene Regelungen, die in dem Sinne „hinken“, dass der Betroffene zwar ein Gericht anrufen, im Fall des Obsiegens jedoch nicht die vollständige Korrektur des fehlerhaften Aktes erlangen kann. Zum Teil sind diese Regelungen als (oder wie?) materielle Ansprüche ausgestaltet:

---

<sup>6</sup> Vgl. zum Folgenden statt vieler MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 907 ff.

<sup>7</sup> Dementsprechend auch Art. 110 BGG.

- **Arbeitsrecht:** Gemäss Art. 336a Abs. 1 OR – dem Prototyp einer solchermaßen „hinkenden“ Regelung – hat diejenige Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei (bloss) „eine Entschädigung auszurichten“.<sup>8</sup> Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bleibt dem Arbeitnehmer also selbst bei missbräuchlicher Kündigung im Sinn von Art. 336 OR verwehrt.
- **Gleichstellung der Geschlechter:** Ebenso gewährt Art. 5 Abs. 2 des Gleichstellungsgesetzes (GIG)<sup>9</sup> „lediglich Anspruch auf eine Entschädigung“, wenn die geschlechtsspezifische Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses besteht;<sup>10</sup> desgleichen Art. 13 Abs. 2 GIG im Falle einer geschlechterdiskriminierenden Abweisung einer Bewerbung. Einen besseren Schutz gewährt hingegen Art. 10 GIG bei gewissen Rachekündigungen.

Andere „hinkende“ Regelungen scheinen prozessualer Natur zu sein, indem sie eine Anweisung an die Rechtsmittelinstanz formulieren:

- **Bundespersonalrecht:** Gemäss Art. 34b Abs. 1 lit. a des Bundespersonalgesetzes (BPG)<sup>11</sup> in der revidierten Fassung vom 14. Dezember 2012 muss die Beschwerdeinstanz, welche eine Beschwerde gegen eine Verfügung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gutheisst (und die Sache nicht ausnahmsweise an die Vorinstanz zurückweist), „der Beschwerdeführerin oder dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zusprechen, wenn sachlich hinreichende Gründe für die ordentliche Kündigung oder wichtige Gründe für die fristlose Kündigung fehlen oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind.“<sup>12</sup> Art. 34c Abs. 1 BPG sieht allerdings strengere Rechtsfolgen vor, wenn die Beschwerdeinstanz die Beschwerde aus qualifizierten, näher bezeichneten Gründen gutgeheissen hat

---

<sup>8</sup> Die Entschädigung beträgt maximal sechs Monatslöhne (Art. 336a Abs. 2 OR), im Falle einer Massenentlassung ohne Konsultation der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer maximal zwei Monatslöhne (Art. 336a Abs. 3 OR).

<sup>9</sup> SR 151.1.

<sup>10</sup> Die Entschädigung beträgt bei Ablehnung einer Anstellung maximal drei, bei Kündigung maximal sechs Monatslöhne (Art. 5 Abs. 4 GIG).

<sup>11</sup> SR 172.220.1.

<sup>12</sup> Die Entschädigung beträgt „in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und höchstens einen Jahreslohn“ (Art. 34b Abs. 2 BPG). Dabei handelt es sich um eine bewusste „Besserstellung der Angestellten im Vergleich zum OR [...] als Gegenleistung für die Flexibilisierung der Auflösung der Arbeitsverhältnisse und den Verzicht auf die Weiterbeschäftigung bei ungültiger Kündigung“ (Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, BBl 2011, 6703 ff., 6724). Bereits mit dem Erfordernis des sachlich hinreichenden Kündigungsgrundes geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als derjenige des OR (BVGer vom 17.9.2014, A-531/2014, E. 4.4).



(Kündigung wegen Erstattung einer Anzeige, einer Meldung oder einer Zeugenaussage [lit. a]; Missbräuchlichkeit der Kündigung nach Art. 336 OR [lit. b]; Kündigung zur Unzeit gemäss Art. 336c Abs. 1 OR [lit. c]; geschlechterdiskriminierende Kündigung [lit. d]). In diesen Fällen bietet der Arbeitgeber „der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an“ (Art. 34c Abs. 1 BPG).

- **Kantonales Personalrecht:** § 27a Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich (VRG/ZH)<sup>13</sup> lautet wie folgt: „Hält die Rekursinstanz eine Kündigung, eine Einstellung im Amt oder eine vorzeitige Entlassung für nicht gerechtfertigt, stellt sie dies fest und bestimmt von Amtes wegen die Entschädigung, die das Gemeinwesen zu entrichten hat.“<sup>14</sup> Bezogen auf die Regelungen in den Städten Zürich und Winterthur, die einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vorsehen,<sup>15</sup> behält Abs. 2 allerdings einen Entscheid „über weiter gehende Ansprüche“ vor.
- **Öffentliches Beschaffungswesen:** Schliesslich kennt das Submissionsrecht des Bundes und der Kantone (Konkordat) die Regel, dass die Beschwerdeinstanz im Falle der Gutheissung der Beschwerde die Verfügung – insbesondere den Zuschlag – nur dann aufheben kann, wenn der Vertrag mit dem Anbieter noch nicht abgeschlossen wurde. Andernfalls muss sie sich mit der Feststellung begnügen, dass bzw. inwiefern die Verfügung rechtswidrig ist (Art. 32 Abs. 2 BöB;<sup>16</sup> Art. 18 IVöB<sup>17</sup>), was eine Schadenersatzpflicht nach sich zieht (Art. 34 f. BöB<sup>18</sup>).

---

<sup>13</sup> Zürcher Loseblattsammlung (LS) 175.2.

<sup>14</sup> Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung gelten im Fall der ordentlichen und der fristlosen Kündigung – kraft Verweisung in den §§ 18 Abs. 3 und 22 Abs. 4 des kantonalen Personalgesetzes (LS 177.10) – die Bestimmungen des OR (allerdings als subsidiäres kantonales öffentliches Recht, vgl. BGE 140 I 320, E. 3.3).

<sup>15</sup> Vgl. Art. 17 Abs. 4 der Verordnung der Stadt Zürich über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals vom 6. Februar 2002 (Amtliche Sammlung 177.100); § 19 Abs. 3 des Personalstatuts der Stadt Winterthur vom 12. April 1999. Zur Rechtslage im Kanton St. Gallen vgl. FARNER MARTIN, Das neue St. Galler Personalgesetz, in: Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2011, hrsg. von der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2012, 129 ff., insb. 139, 142 ff.

<sup>16</sup> SR 172.056.1.

<sup>17</sup> AS 2003, 196; LS 720.1.

<sup>18</sup> Für den Kanton Zürich: § 3 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (LS 720.1).

## II. Kritik an diesen Regelungen

Bevor näher auf die Frage eingegangen wird, ob all diese Regelungen mit der Rechtsweggarantie vereinbar sind, sei darauf hingewiesen, dass sie auch unabhängig davon zumindest teilweise auf Kritik gestossen sind oder Kritik verdienen. So wurde die Systemwidrigkeit von *Art. 336a Abs. 1 OR* – von berufener Seite – auch aus privatrechtlicher Optik kritisiert. FRANK VISCHER hielt dazu Folgendes fest: „Die gesetzliche Lösung beinhaltet dogmatisch einen kühnen Schritt. Bei ungerechtfertigter Auflösung von Dauerschuldverhältnissen gilt sonst die Regel, dass die Kündigung bei Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes unbeachtlich ist und das Vertragsverhältnis weiterhin besteht.“<sup>19</sup> Und MANFRED REHBINDER wurde noch etwas deutlicher: „Während in der gesamten Rechtsordnung der Schweiz und anderer Staaten rechtsmissbräuchliche Akte nichtig sind (ZGB 2 II als allgemeines Rechtsprinzip aller Kulturnationen), wird hier im Arbeitsrecht davon abgewichen, was dem Arbeitgeber auch schwerste Verstösse gegen die Rechtsethik ermöglicht.“<sup>20</sup>

Die Teilrevision des *Bundespersonalgesetzes* vom 14. Dezember 2012, welche das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis des Bundespersonals stärker dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis annäherte, führte im Bereich des Kündigungsschutzes zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel. Vor der Gesetzesnovelle galt – wie das Bundesgericht sich jeweils ausdrückte – der „Primat der Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers“.<sup>21</sup> Nunmehr kann die Beschwerdeinstanz dem entlassenen Arbeitnehmer dann, wenn sachlich hinreichende Gründe für eine ordentliche Kündigung oder wichtige Gründe für eine fristlose Kündigung fehlen<sup>22</sup> oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind, bloss noch eine Entschädigung zusprechen. Das Bundesverwaltungsgericht fasste die Hintergründe des Systemwechsels wie folgt zusammen: „Diese Änderung des Kündigungsschutzes wurde insbesondere deshalb vorgenommen, weil sich Verfahren betreffend die Feststellung der Gültigkeit einer Kündigung als umständlich und langwierig erwiesen haben und auch schwierig für die betroffenen Parteien gewesen seien, da aufgrund der früher generell vorgesehenen aufschiebenden Wirkung während der

---

<sup>19</sup> VISCHER FRANK, Das schweizerische Arbeitsrecht: Rechtspolitische Weichenstellung, AJP 2013, 349 ff., 351.

<sup>20</sup> REHBINDER MANFRED, in: HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 2. Teilbd., 2. Abschnitt, Bern 1992, Art. 336a OR N 1. Kritisch ferner KOLLER THOMAS, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995, 1251 ff., 1259 f.

<sup>21</sup> Art. 14 BPG in der ursprünglichen Fassung sah ein Spezialanfechtungsverfahren mit Umkehr der Rollen- und Beweislastverteilung vor. Zur vormaligen Rechtslage vgl. BGer vom 30.6.2008, 1C\_277/2007, E. 7; ferner BGer vom 3.9.2012, 8C\_417/2011, E. 5.1 f.; BGer vom 1.5.2012, 8C\_703/2011, E. 7.1 f.; BGer vom 25.5.2011, 8C\_722/2010, E. 7.2 ff.

<sup>22</sup> Vgl. zu diesen Erfordernissen Art. 10 Abs. 3 bzw. 4 BPG in der revidierten Fassung.

gesamten Verfahrensdauer eine Stelle nicht besetzt werden konnte und der Mitarbeiter weiterbeschäftigt werden musste, obwohl man sich von ihm trennen wollte [...]. [...] Das neue Rechts- bzw. Kündigungsschutzsystem ist darauf ausgerichtet, im Regelfall eine ‚klare Situation‘ bei der Auflösung von Arbeitsverhältnissen herbeizuführen.“<sup>23</sup> Mit anderen Worten: Die grundlegende Änderung war ausschliesslich von Praktikabilitätsüberlegungen aus der Optik des öffentlichen Arbeitgebers geleitet.

Wie stossend sich dieses neue System auswirken kann, zeigt folgendes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts:<sup>24</sup> Der Beschwerdeführer war bei der SBB AG, einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft des Bundes, tätig gewesen, und zwar im Bereich Controlling. Als Folge einer Hirnverletzung und der dadurch verursachten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit verfügte die SBB AG schliesslich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte die Kündigung als rechtswidrig, weil die SBB AG nicht alle Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung innerhalb oder ausserhalb des Unternehmens ausgeschöpft und damit ihre Fürsorgepflicht verletzt hatte.<sup>25</sup> Dem Gericht entging die prekäre persönliche Situation des Betroffenen nicht: „Der Beschwerdeführer stand bei Eintritt der Krankheit kurz vor Vollendung seines vierzigsten Altersjahres und steht heute mitten im Erwerbsalter. Sein Tatendrang ist gross und wiederholt äusserte er seinen Willen und den Wunsch, wieder in das Arbeitsumfeld des Controlling einzusteigen, da er hier seine Berufung sieht. Die Ergebnisse der Arbeitsversuche haben mehrheitlich gezeigt, dass trotz vorhandener Defizite zahlreiche Fähigkeiten, auf welche der Beschwerdeführer im Berufsalltag zurückgreifen kann, vorhanden sind. Im Übrigen sehen ärztliche und therapeutische Meinungen die Chancen für die Wiederaufnahme einer praktischen Tätigkeit mit anspruchsvolleren und komplexeren Aufgaben intakt [...]. Das unzweckmässige Vorgehen der Vorinstanz, welches zur Fehlerhaftigkeit der Kündigung geführt hat, wiegt mittelschwer, doch *erweisen sich deren Auswirkungen für den Beschwerdeführer als gravierend*, hätte doch eine Weiterbeschäftigung bei der Vorinstanz über Jahre seines Erwerbslebens hinweg für ihn eine grosse Bedeutung.“<sup>26</sup> Die Rechtsfolge: eine Entschädigung in Höhe von zehn Monatsgehältern – vier Monatslöhne mehr

---

<sup>23</sup> BVGer vom 10.10.2013, A-5218/2013, E. 3.5, m.H. auf die parlamentarische Beratung.

<sup>24</sup> BVGer vom 27.8.2014, A-6509/2013.

<sup>25</sup> A.a.O., E. 5.5.7 und 5.6.

<sup>26</sup> A.a.O., E. 8.3 (Hervorhebung hinzugefügt).

als das Minimum. Soviel (unbeabsichtigter) Zynismus dürfte für einen Betroffenen schwer erträglich sein.<sup>27</sup>

Nicht zu überzeugen vermag jedenfalls die gängige Begründung, wonach in derartigen personalrechtlichen Fällen das Vertrauensverhältnis so stark beeinträchtigt sei, dass eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung und eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht sinnvoll wären.<sup>28</sup> Sie übersieht zweierlei: Zum einen ist bei einer sachlich unbegründeten oder gar missbräuchlichen Kündigung durch den Arbeitgeber vorab das Vertrauen des *Arbeitnehmers* beeinträchtigt. Verzichtet dieser unter den gegebenen Umständen auf eine Weiterbeschäftigung und begnügt er sich mit einer Entschädigung,<sup>29</sup> so stellt sich das Problem im konkreten Fall nicht. Zum andern bleibt eine formfehler- und missbrauchsfreie Kündigung selbstverständlich möglich, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind; dann besteht auch kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

### III. „Hinkende“ Regelungen und Rechtsweggarantie

#### a. Fragestellung

Betrachtet man diese „hinkenden“ Regelungen nun im Lichte der Rechtsweggarantie, so kristallisiert sich folgende Frage als die entscheidende heraus: Begnügt sich die Rechtsweggarantie mit der formalen Zurverfügungstellung eines Rechtsmittels – d.h. stellt sie bloss eine *Garantie eines (gerichtlichen) Verfahrens* dar – oder gewährleistet sie darüber hinaus einen prozessualen Anspruch auf gerichtliche Durchsetzung des rechtskonformen Zustands und damit auf *vollständige Korrektur (d.h. auf Aufhebung) eines fehlerhaften Aktes* durch das Gericht? Von der Antwort auf diese Frage hängt letztlich ab, ob es dem Gesetzgeber freisteht, die Entscheidungsbefugnis des Gerichts im Vergleich zum Streitgegenstand einzuschränken.

Die Frage lässt sich gedanklich noch weiter zuspitzen: Man stelle sich eine gesetzliche Regelung vor, wonach ein Gericht einen rechtswidrigen Akt nicht auf-

---

<sup>27</sup> Für ein stossendes Beispiel aus dem Privatrecht vgl. BGE 132 III 115: Rund ein Jahr vor der beabsichtigten Pensionierung wurde ein Arbeitnehmer, der während 44 Jahren klaglos für den gleichen Betrieb gearbeitet hatte, entlassen. Das Bundesgericht erblickte in der Kündigung einen massiven Verstoss gegen gesetzliche Fürsorge- und Treuepflichten (E. 5.6). „Dem eminenten Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages des Klägers, dem es angesichts seines Alters kaum gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, und der mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen zu rechnen haben wird, steht [...] kein schützenswertes Interesse der Beklagten gegenüber“ (E. 5.5). Ergebnis: sechs Monatslöhne Entschädigung.

<sup>28</sup> So etwa VGer ZH vom 21.11.2012, VB.2012.00705, E. 3.2.

<sup>29</sup> Vgl. die entsprechende Regelung in Art. 34c Abs. 2 BPG.

heben, sondern lediglich die *Rechtsverletzung feststellen* darf (ohne Zusprechung von Schadenersatz). Der Rechtssuchende erhält dann vom Gericht bloss bestätigt, dass ihm Unrecht geschehen ist. Soll auch das noch mit der Rechtsweggarantie vereinbar sein? Nach dem engeren Verständnis – Rechtsweggarantie als blosser Garantie eines gerichtlichen Verfahrens – müsste man selbst dies bejahen. Nach meinem Dafürhalten erschöpft sich die Rechtsweggarantie jedoch nicht in einer solchen formalen Öffnung des Rechtswegs an ein Gericht. Denn: „Die Bindung des Staatshandelns an das Recht bedingt, dass das Recht auch tatsächlich durchgesetzt wird.“<sup>30</sup> Zwar hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rechtsweggarantie einen relativ grossen Spielraum; doch muss er dabei „immer das Ziel vor Augen halten, dem Bürger bei Rechtsstreitigkeiten nicht bloss einen formalen, sondern einen effektiven Anspruch auf eine *wirksame gerichtliche Kontrolle* der Rechts- und Tatsachenfragen einzuräumen.“<sup>31</sup> Wirksam kann die gerichtliche Kontrolle aber nur sein, wenn das Gericht befugt ist, den angefochtenen, als fehlerhaft befundenen Akt aufzuheben. Dies entspricht im Übrigen auch der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK.<sup>32</sup>

## **b. Zulässige Ausnahmen von der Rechtsweggarantie?**

Gemäss Art. 29a Satz 2 BV können Bund und Kantone „durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.“ In öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beschränkt sich die Befugnis der Kantone, Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorzusehen, allerdings auf „Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter“; dies aufgrund der abschliessenden Regelung in Art. 86 Abs. 3 BGG, welche – kraft Verweisung in Art. 114 BGG – auch dann zur Anwendung gelangt, wenn ein kantonaler Entscheid im Sinn von Art. 83 BGG (Ausnahmekatalog der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) betroffen ist und deshalb nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung steht.

---

<sup>30</sup> RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl., Basel 2014, N 407.

<sup>31</sup> RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER (FN 30) N 417 (Hervorhebung im Original).

<sup>32</sup> EGMR, Urteil vom 7.11.2000, *Kingsley v. The United Kingdom*, application no. 35605/97, Ziff. 58 (bestätigt durch die Grosse Kammer am 28.5.2002): „The Court considers that it is generally inherent in the notion of judicial review that, if a ground of challenge is upheld, the reviewing court has power to quash the impugned decision, and that either the decision will then be taken by the review court, or the case will be remitted for a fresh decision by the same or a different body.“ Unter Hinweis auf dieses Urteil FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention*, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Berlin 2009: „Ist Zugang zum Gericht gegeben, muss dieses, um den Anforderungen des Art. 6 zu genügen, kompetent sein, alle Fragen tatbestandlicher und rechtlicher Natur zu untersuchen, die sich in Bezug auf den Fall ergeben, sowie gegebenenfalls die angefochtene Entscheidung aufzuheben“ (Art. 6 N 58; Hervorhebung hinzugefügt).

In einem Urteil von 2014 bezeichnete das Bundesgericht den vorn wiedergegebenen § 27a Abs. 1 VRG/ZH als „Ausnahme vom Grundsatz, wonach ein wirksamer Rechtsschutz durch ein Gericht dessen Berechtigung voraussetzt, eine Anordnung, die sich als unrechtmässig erwiesen hat, aufzuheben und so den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.“<sup>33</sup> Das höchste Gericht geht also ebenfalls von einem – dogmatisch allerdings nirgends festgemachten – „Grundsatz“ aus, dass *wirksamer Rechtsschutz* durch ein Gericht dessen Berechtigung voraussetzt, eine unrechtmässige Anordnung aufzuheben und so den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, und spricht hier von einer „Ausnahme“. Woher die Befugnis des kantonalen Gesetzgebers allerdings kommen soll, eine solche Ausnahme zu statuieren, thematisierte das Bundesgericht nicht. Ebenso wenig findet sich im Entscheid eine Auseinandersetzung mit der Rechtsweggarantie, weil nur eine Verletzung des Willkürverbots gerügt worden war (welche das Bundesgericht verneinte).

Bedauerlicherweise nennt Art. 29a Satz 2 BV keinerlei Kriterien, die eine (gesetzliche) Ausnahme von der Rechtsweggarantie erlauben. In der Lehre ist jedoch unbestritten, dass es hierfür einer *spezifischen, qualifizierten Rechtfertigung* bedarf, dass an die Zulässigkeit von Ausnahmen mithin hohe Anforderungen zu stellen sind. Als Gründe fallen namentlich in Betracht:<sup>34</sup>

- dass es sich um einen Entscheid mit vorwiegend politischem Charakter handelt,
- dass Ermessensfragen im Zentrum stehen oder
- dass es um technische oder fachspezifische Fragen geht, für deren Beurteilung ein Gericht nicht geeignet ist.

Die vorn dargestellten „hinkenden“ Regelungen können m.E. keiner dieser Fallgruppen zugeordnet werden, und auch andere, vergleichbar qualifizierte Rechtfertigungsgründe sind nicht erkennbar. Als *Ausnahmen* von der Rechtsweggarantie lassen sich diese Regelungen deshalb *nicht* begreifen.

---

<sup>33</sup> BGer vom 25.2.2014, 8C\_620/2013, E. 3.3.

<sup>34</sup> Vgl. MÜLLER/SCHEFER (FN 6) 920 ff.; RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, N 2843 ff.; KLEY ANDREAS, in: EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 [zit. SGK-BEARBEITER/IN], Art. 29a BV N 17 ff.

### c. Zulässige Einschränkung der Rechtsweggarantie?

Art. 29a Satz 2 BV spricht lediglich vom *Ausschluss* der richterlichen Beurteilung (in Ausnahmefällen), nicht aber von der *Einschränkung* derselben. Aus Gründen der Logik muss eine solche – in maiore minus – grundsätzlich möglich sein, wenn selbst der vollständige Ausschluss unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Fasst man die Rechtsweggarantie lediglich als formalen Anspruch auf Zugang zu einem Gericht auf (unter Einschluss einer umfassenden Rechts- und Sachverhaltskontrolle), so liegt es nahe, nur die binären Varianten ja/nein (Gewährung/Ausschluss) in Betracht zu ziehen. Erweitert man ihren Schutzbereich jedoch – wie es hier vertreten wird – um einen Anspruch auf Korrektur des fehlerhaften Aktes, so öffnet sich ein Feld für Einschränkungen. Mit Blick auf die qualifizierten Rechtfertigungsgründe, die für einen Ausschluss erforderlich sind, wird man indessen auch für eine Einschränkung der Entscheidbefugnis *qualifizierte sachliche Gründe* voraussetzen müssen. In sinngemässer Anwendung von Art. 36 Abs. 2 und 3 BV müssen derartige Einschränkungen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von (Grund-)Rechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

Von den vorn erwähnten „hinkenden“ Regelungen erscheint einzig diejenige im *Submissionsrecht* sachlich begründet, weil es hier auch um den Schutz von Interessen Dritter – nämlich des Vertragspartners – geht.<sup>35</sup> Es besteht mithin eine andere Ausgangslage als in einem bloss zweiseitigen Arbeitsverhältnis. Die Alternative bestünde im Submissionsrecht darin, einer Beschwerde von Gesetzes wegen und unentziehbar die aufschiebende Wirkung zu erteilen, so dass der Vertrag bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens nicht abgeschlossen werden kann. Dies hätte jedoch erhebliche volkswirtschaftliche Auswirkungen und wäre für den obsiegenden Submittenten in vielen Fällen nicht zumutbar.

### d. Rechtsweggarantie und materielle Ansprüche

Der hier vertretenen Konzeption wird man entgegenhalten, dass die Rechtsweggarantie als Verfahrensgarantie dem Rechtssuchenden nicht mehr zu verschaffen vermag, als das materielle Recht an Ansprüchen bereithält. Wie dargelegt, gewähren Art. 336a Abs. 1 OR und Art. 5 Abs. 2 GlG bei Fehlerhaftigkeit der betreffende Akte einen „Anspruch auf Entschädigung“.<sup>36</sup> Demgegenüber richten sich andere Bestimmungen direkt an den Richter bzw. die Beschwerdeinstanz und weisen

---

<sup>35</sup> Vgl. etwa LOCHER THOMAS, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, Diss. Bern 2013, 73.

<sup>36</sup> So ausdrücklich Art. 336b Abs. 2 OR und Art. 5 Abs. 2 GlG.

diese(n) an, eine Entschädigung zuzusprechen (Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG, § 27a Abs. 1 VRG/ZH).

Der Einwand verfängt indessen nicht; denn es ist bloss eine Frage der Formulierung bzw. der Regelungstechnik und damit von Zufälligkeiten abhängig, ob der Gesetzgeber schreibt „hat Anspruch auf Entschädigung“ oder aber – adressiert an den Richter – „spricht eine Entschädigung zu“. Auch dort, wo (vermeintlich) von Entschädigungsansprüchen die Rede ist, geht es nicht um materielle Ansprüche an sich, sondern um die *prozessuale Durchsetzung* – *genauer: um die Nichtdurchsetzung – des materiellen Rechts im Falle eines festgestellten Mangels*. So betrachtet können auch Art. 336a Abs. 1 OR und Art. 5 Abs. 2 GlG als prozessuale Regelungen angesehen werden, d.h. als Anweisung an das Gericht.<sup>37</sup> Dem Gesetzgeber bleibt es weiterhin unbenommen, materiellrechtliche Regeln zu erlassen; so darf er beispielsweise die Tatbestände der missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 OR nach seinem Ermessen weiter oder enger fassen (oder ganz eliminieren). Für die prozessuale Durchsetzung dieser materiellen Regeln ist (heute) jedoch die Rechtsweggarantie massgebend. Diese darf der Gesetzgeber nicht – bzw. nur unter den vorn erwähnten strengen Voraussetzungen – einschränken, ebenso wenig wie er beispielsweise befugt wäre, punktuell und ohne hinreichende Rechtfertigung den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) einzuschränken.

Jedenfalls im Bereich des *öffentlichen Personalrechts* verbietet sich m.E. eine andere Betrachtungsweise. Zum einen steht hier eine rechtswidrige hoheitliche Verfügung im Raum; zum andern ist der Staat auch als Arbeitgeber an die Grundrechte sowie die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns (Art. 5 BV) gebunden, insbesondere an das Willkürverbot (Art. 9 BV).<sup>38</sup> Nebst einer Verletzung der Rechtsweggarantie und weiterer Verfahrensgarantien – etwa des Gehörsanspruchs – steht bei einer ungerechtfertigten oder gar missbräuchlichen Entlassung also oftmals auch eine materielle Grundrechtsverletzung in Frage. Dementsprechend besteht hier ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis. „Der Gedanke, dass sich der Staat für rechtsfehlerhaftes oder gar willkürliches Verhalten mit einer Strafzahlung einfach freikaufen (und dies sogar bewusst in Kauf nehmen) kann, ist im Rechtsstaat des 21. Jahrhunderts geradezu unerträglich.“<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Dies auch in Verbindung mit Art. 336b OR, der die Modalitäten der verfahrensrechtlichen Durchsetzung der Entschädigung regelt.

<sup>38</sup> BGE 138 I 113, E. 6.4.2.

<sup>39</sup> GRIFFEL (FN 1) N 18.



## C. Fazit

Die Rechtsweggarantie umfasst nach überkommener Auffassung einen Anspruch auf Zugang zu einer Gerichtsinstanz, stellt Mindestanforderungen an die Überprüfungsbefugnis des Gerichts (volle Rechts- und Sachverhaltskontrolle) und erstreckt sich auf Verfügungen sowie gewisse Realakte. Sie ist indessen mehr als eine bloss formale Garantie eines gerichtlichen Verfahrens: Sie gewährleistet den *Weg zum Recht* schlechthin und bezweckt, Unrecht ungeschehen zu machen, nicht aber, dieses zu perpetuieren. In diesem Sinne beinhaltet sie – wie vorstehend dargelegt – auch einen prozessualen Anspruch auf Aufhebung eines als rechtsfehlerhaft befundenen Aktes.

Gesetzliche Vorschriften, welche diesen Anspruch einschränken, sind nur zulässig, wenn *qualifizierte sachliche Gründe* dies zu rechtfertigen vermögen. Solche Gründe können im öffentlichen Beschaffungswesen anerkannt werden, wo berechnete Interessen Dritter betroffen sind, nicht aber im privaten und öffentlichen Arbeits- bzw. Personalrecht. Hier dienen die entsprechenden Regelungen letztlich nur der Bequemlichkeit des Arbeitgebers, welchem Mühsal erspart bleiben soll. Oder anders ausgedrückt: Der Gesetzgeber gewährt mit der einen Hand einen bestimmten, von ihm selbst festzulegenden Kündigungsschutz, verhindert mit der anderen Hand aber sogleich, dass dieser prozessual durchgesetzt werden kann.

## 3. Schlussbemerkungen

Freilich: Kein Gericht in der Schweiz wird der hier vertretenen Auffassung folgen und Art. 336a Abs. 1 OR, Art. 5 Abs. 2 GIG oder Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG die Anwendung versagen. Dies nur schon mit Rücksicht auf *Art. 190 BV*, wonach auch verfassungswidrige Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden „massgebend“ sind. „Art. 190 sorgt dafür, dass Art. 29a als Grundrecht ‚hinkt‘, d.h. auf den guten Willen des Bundesgesetzgebers angewiesen ist.“<sup>40</sup> Dieses Anwendungsgebot, welches bedauerlicherweise immer noch in unserer Verfassung enthalten ist, dürfte die Akzeptanz oder gar den Durchbruch der hier vertretenen Sicht auf die Rechtsweggarantie ganz wesentlich erschweren. Aus der blossen Existenz – und der dank Art. 190 BV „garantierten“ Weiterexistenz – solcher bundesrechtlicher Regelungen darf jedoch nicht automatisch geschlossen werden, dass sie mit Art. 29a BV vereinbar sind. Immerhin: Kantonale Regelungen wie etwa § 27a VRG/ZH werden von dieser Immunität von vornherein nicht erfasst. Und im Hintergrund „wartet“ Art. 6 Ziff. 1

---

<sup>40</sup> SGK-KLEY (FN 34) Art. 29a BV N 43.

EMRK, welchem Art. 190 BV auch mit Bezug auf Bundesgesetze nichts anhaben kann. Wo ein (gerichtlicher) Wille ist, wäre also auch ein (rechtlicher) Weg.

ISAAK MEIER hat sich ein Berufsleben lang mit Verfahrensrecht beschäftigt. Ihm ist deshalb längst bewusst, dass diesem wesentlich mehr zukommt als die sprichwörtliche „dienende“ Funktion gegenüber dem materiellen Recht. Seine Wirkung ist vielmehr eine eminent gestaltende. Gerade die Rechtsweggarantie weist ein Potenzial und eine Innovationskraft auf, die vor Vertrautem und deshalb vermeintlich Selbstverständlichem nicht Halt macht. Ihre letzten Geheimnisse dürften auch mit diesem Beitrag noch nicht entschlüsselt sein.