

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Auer, G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter,
A. Griffel, T. Jaag, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley,
M. Reich, M. Simonek, F. Uhlmann

Alexander Misis

Verfassungsbeschwerde

**Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz
verfassungsmässiger Rechte (Art. 113–119 BGG)**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXXIII
Materialienverzeichnis	LIII
Einführung	1
I. Prinzipale Beschwerden und Verfassungsbeschwerden	1
II. Aufbau und Ziele	5
Erster Teil: Grundlagen	9
§ 1 Entstehungsgeschichte	11
I. Übersicht und methodische Probleme einer «Entwicklungsgeschichte»	11
II. Ursprüngliches Konzept: Drei «Einheitsbeschwerden», keine Verfassungsbeschwerde	13
A. Ausgangslage: Überlastung des Bundesgerichts als Dauerproblem	13
B. Ein neuer Anlauf: Justizreform und Totalrevision der Bundesrechtspflege	15
C. Rechtsmittelvielfalt als Problem	19
D. Konzept der «Einheitsbeschwerde»	21
E. Eine Verfassungsbeschwerde im Konzept der «Einheitsbeschwerde»?	25
III. Kritik am ursprünglichen Konzept des Bundesrates	26
A. Problem	26
B. Konsequenz: Lücken im Rechtsschutz?	29
1. Doppelfunktion des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes	29
2. Rechtsschutzlücken und individuelle Funktion des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes	31
3. Rechtsschutzlücken und bundesstaatliche Aufgabe des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes	34
4. Diskussionspapier der Staatsrechtslehrertagung 2002	37
5. Zwischenergebnis	38

IV. Intervention des Ständerats und Reaktion des Bundesgerichts	39
A. Intervention des Ständerats	39
B. Reaktion des Bundesgerichts.....	43
V. Definitives Konzept: Drei prinzipale Beschwerden <i>plus</i> eine Verfassungsbeschwerde	44
A. Vorschläge der Arbeitsgruppe «Bundesgerichtsgesetz»	44
B. Positive Aufnahme im National- und Ständerat	47
VI. Ergebnis: Probleme gelöst?	49
§ 2 Rechtsnatur und Charakterisierungsversuche.....	55
I. Überblick und methodisches Vorgehen	55
II. Rechtsnatur der Verfassungsbeschwerde.....	56
A. Qualifikation nach den Kriterien der Prozessrechts- dogmatik.....	56
B. Verfassungsbeschwerde als eine staatsrechtliche Beschwerde unter anderem Namen?	58
1. Vorbemerkung	58
2. Gemeinsamkeiten (inkl. Relativierungen).....	59
3. Unterschiede.....	62
4. Ergebnis.....	65
C. Verfassungsbeschwerde als ausserordentliches oder ordentliches Rechtsmittel?	67
1. Problem und Terminologie.....	67
2. Verfassungsbeschwerde als einziges ausserordentliches Rechtsmittel des BGG?	69
3. Sind alle BGG-Beschwerden ausserordentliche Rechtsmittel?.....	71
4. Sind alle BGG-Beschwerden ordentliche Rechtsmittel?....	72
5. Relevanz der Kontroverse	74
a. Meinungsstand in der Literatur	74
b. Rechtsmittelbelehrung	75
c. Rechtsmittelverzicht	75
d. Ordentliche Einbürgerungen	76
e. Zusammenspiel zwischen SchKG, ZPO und BGG.....	77
D. Ergebnis.....	79

III. Charakterisierungsversuche.....	80
A. Vorbemerkung	80
B. Verfassungsbeschwerde und prinzipale Beschwerden	81
1. Gemeinsamkeiten.....	81
a. Rügeprinzip bei Grundrechtsverletzungen.....	81
b. Fehlende aufschiebende Wirkung	82
c. Reformatorische Beschwerdeentscheide.....	83
d. Verfahrensbestimmungen.....	83
2. Unterschiede.....	84
a. Beschwerdeobjekt.....	85
b. Beschwerdegründe.....	85
c. Beschwerderecht	85
d. Allgemeine Behördenbeschwerde.....	86
e. Sachverhaltsfeststellung.....	86
C. Ergebnis.....	86
Zweiter Teil: Anwendungsbereich	89
§ 3 Vorbemerkungen.....	91
I. Methodisches Vorgehen.....	91
II. Anwendungsbereich nur in Zivilsachen und öffentlich- rechtlichen Angelegenheiten	92
III. Dynamischer und vager Anwendungsbereich	94
§ 4 Anwendungsbereich in Zivilsachen	97
I. Übersicht und Prüfungsschema	97
II. Vorliegen einer vermögensrechtlichen Angelegenheit in Zivilsachen	97
III. Streitwertgrenzen in Zivilsachen.....	101
A. Im BGG vorgesehene Streitwertgrenzen in Zivilsachen	101
B. Berechnung des massgeblichen Streitwerts.....	102
1. Allgemeine Regeln.....	102
2. Streitwert bei Beschwerden gegen Endentscheide.....	105
3. Streitwert bei Beschwerden gegen Teilentscheide	105
4. Streitwert bei Beschwerden gegen Vor- und Zwischen- entscheide.....	106
5. Streitwert bei Zinsen, Früchten, Gerichtskosten und Parteientschädigungen.....	107
6. Streitwert bei periodischen Nutzungen und Leistungen ..	107

IV. Unterschreiten der Streitwertgrenzen	107
A. Übersicht	107
B. Methodische Zwischenbemerkung.....	108
C. Prüfung der fünf Ausnahmetatbestände	109
1. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.....	109
a. Keine Legaldefinition	109
b. Die drei Hypothesen des Bundesrates.....	110
c. Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	112
aa. Prozedurales.....	112
bb. Grundsätzlich restriktive Praxis.....	114
cc. Kasuistik (Auswahl)	115
(1) BGE 133 III 645	115
(2) BGE 134 III 115	116
(3) BGE 134 III 354	117
(4) BGE 134 I 184.....	118
(5) BGE 134 III 267	120
dd. Erste Konturen der bundesgerichtlichen Praxis: Zusammenfassung	121
2. Das Bundesrecht sieht nur eine einzige kantonale Instanz vor.....	124
3. Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen	126
4. Entscheide der Konkurs- und Nachlassgerichte.....	126
5. Entscheide des Bundespatentgerichts	127
V. Die häufigsten Verfassungsbeschwerden in Zivilsachen.....	127
§ 5 Anwendungsbereich in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	131
I. Übersicht und Prüfungsschema	131
II. Verfassungsbeschwerde im Bereich des Ausnahmekatalogs gemäss Art. 83 BGG.....	131
A. Grundsätzliches zum Ausnahmekatalog.....	131
B. Versuch einer Kategorisierung	135
1. Grundsatz: Kein gemeinsamer Nenner	135
2. Ausgeprägter politischer Charakter des Entscheids	135
3. Technische Natur.....	136
4. Massenverfahren	136
5. Ermessensentscheide.....	137

C. Methode zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verfassungsbeschwerde.....	138
1. Vorgehen	138
2. Erste Triage	138
3. Kein Anwendungsbereich im Raumplanungs-, Umwelt- und Baurecht	139
D. Zu den Sachgebieten des Art. 83 BGG im Anwendungsbereich der Verfassungsbeschwerde im Einzelnen.....	140
1. Kantonale Entscheide betreffend innere Sicherheit	140
2. Ordentliche Einbürgerung.....	142
a. Typischer Anwendungsbereich der Verfassungsbeschwerde	142
b. Begriff und Abgrenzungen.....	143
c. Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung....	144
aa. Vorbemerkungen.....	144
bb. Leitlinien der Rechtsprechung.....	145
cc. Kasuistik	146
(1) BGE 134 I 49 («Kopftuchfall I»).....	146
(2) BGE 134 I 56 («Kopftuchfall II»)	148
(3) BGE 135 I 49.....	150
(4) BGE 135 I 265 («Rheineck»)	152
(5) «Unpublizierte» Verfassungsbeschwerden (Kasuistik)	153
3. Bestimmte kantonale Entscheide im Bereich des Ausländer- und Asylrechts	156
a. Übersicht.....	156
b. Insbesondere: Aufenthaltsbewilligungen von Nicht-EU/EFTA-Staatsangehörigen.....	157
c. Kasuistik (Auswahl).....	158
4. Verweigerung der Ermächtigung zur Strafverfolgung von (kantonalen) Behördenmitgliedern.....	160
5. Öffentliches Beschaffungswesen	160
a. Begriff.....	160
b. Voraussetzungen	162
c. Schwellenwerte	164
d. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.....	167
e. Exkurs: Spezifisch beschaffungsrechtliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung?.....	168
f. Kasuistik (Auswahl).....	171

6.	Entscheide nicht vermögensrechtlicher Natur im Bereich des öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechts	173
a.	Überblick	173
b.	Öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis nicht vermögensrechtlicher Natur	174
c.	Kasuistik (Auswahl)	175
7.	Subventionen, auf die kein Anspruch besteht	176
8.	Stundung und Erlass von Abgaben	178
a.	Begriff und Kasuistik	178
b.	Verfassungsbeschwerde bei Rechtsanspruch auf Erlass der kantonalen Steuern	179
9.	Ergebnisse von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen	181
a.	Ratio und Geltungsbereich der Bestimmung	181
b.	Ergebnis einer Prüfung	182
c.	Fähigkeitsbewertungen	184
III.	Verfassungsbeschwerde in vermögensrechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 85 BGG	186
A.	Öffentlich-rechtliche Haftung («Staatshaftung»)	186
1.	Begriff	186
2.	Kasuistik (Auswahl)	188
B.	Öffentlich-rechtliches Arbeitsrecht	189
1.	Allgemeines	189
2.	Vermögensrechtliche Streitigkeiten betreffend öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (Kasuistik)	191
3.	Exkurs: Erfasst Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG auch vermögensrechtliche Streitigkeiten gemäss GlG?	192
§ 6	Verfassungsbeschwerde und Strafrecht (Hinweise)	195
Dritter Teil: Voraussetzungen		199
§ 7	Überblick	201
§ 8	Parteien	202
I.	Übersicht	202
II.	Arten von Parteien und Akteuren	203
A.	Beschwerdeführende Partei	203
B.	Gegenparteien und weitere Akteure	204
1.	Allgemeines	204
2.	Gemeinwesen	205
3.	Kantonale Vorinstanz (Gericht)	206

4. Private	206
5. Weitere Beteiligte, Dritte und Verbände.....	207
6. Spezialgesetzlich ermächtigte Behörden.....	208
III. Grundrechts- und Parteifähigkeit	209
IV. Grundrechtsträgerschaft	211
A. Natürliche Personen	211
1. Verfassungsmässige Rechte als Jedermanns-Rechte.....	211
2. Wichtige Ausnahme: Wirtschaftsfreiheit.....	212
B. Juristische Personen	213
1. Grundsätzliches.....	213
2. Inländische und ausländische juristische Personen.....	213
3. Juristische Personen mit staatlicher Beteiligung.....	214
4. Insbesondere: Juristische Personen des öffentlichen Rechts.....	214
V. Prozessfähigkeit.....	215
VI. Postulationsfähigkeit und Prozessvertretung.....	218
A. Postulationsfähigkeit	218
B. Prozessvertretung	219
1. Vorbemerkungen	219
2. Prozessvertretung in Zivilsachen	219
3. Prozessvertretung in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.....	221
4. Insbesondere: Anwaltsmonopol in SchKG-Sachen.....	221
§ 9 Beschwerdeobjekt	223
I. Entscheide	223
II. Beschwerdeobjekte im Einzelnen.....	226
A. Endentscheide.....	226
1. Begriff.....	226
2. Rein prozessuale Betrachtungsweise	226
3. Praktische Probleme bei der Qualifikation von vorsorglichen Massnahmen (Hinweise).....	228
B. Teilentscheide.....	229
C. Vor- und Zwischenentscheide	230
1. Begriff	230
2. Selbständige Eröffnung und Rechtsweg	231
3. Zwei Gruppen von selbständig anfechtbaren Vor- und Zwischenentscheiden	232

4.	Vor- und Zwischenentscheide über die Zuständigkeit und den Ausstand	233
a.	Zuständigkeit.....	233
b.	Ausstand.....	234
5.	«Übrige» Vor- und Zwischenentscheide	236
a.	Allgemein.....	236
b.	Nicht wieder gutzumachender Nachteil.....	237
c.	Prozessökonomie	239
d.	Fakultative Anfechtbarkeit.....	240
D.	Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung	241
1.	Begriff und Anwendungsbereich.....	241
2.	Tatbestandsmerkmale des Art. 94 BGG.....	242
3.	Prozessthema und Rechtsfolgen.....	244
§ 10	Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs (Vorinstanzen).....	245
I.	Vorbemerkung: Absolute und relative Subsidiarität.....	245
II.	Grundsatz: Entscheid einer letzten kantonalen Gerichts- instanz.....	246
III.	Kantonale Instanz	247
A.	Grundsatz: Kantonale Instanz als Gericht	247
1.	«Kantonal».....	247
2.	Anforderungen an die kantonale Gerichtsbarkeit.....	249
a.	Allgemeine Anforderungen.....	249
b.	«Obere Gerichte» in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten	250
c.	«Obere Gerichte» in Zivilsachen	252
d.	Rechtsfolgen des Fehlens eines Gerichts als unmit- telbare kantonale Vorinstanz des Bundesgerichts	253
B.	Ausnahme: Öffentlich-rechtliche Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter.....	255
1.	Tragweite der Ausnahme.....	255
2.	Begriff und Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	255
3.	Folgen des gerichtlichen Ausschlusses	256
IV.	Letztinstanzlichkeit	257
§ 11	Subsidiarität	259
I.	Überblick.....	259
II.	Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde im Verhältnis zu den Rechtsmitteln des BGG	259

III. Geltung der Subsidiaritätsregel gegenüber allen Rechtsmitteln ausserhalb des BGG?	260
A. Verfassungsbeschwerde und Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht	261
B. Verfassungsbeschwerde und Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat.....	262
§ 12 Beschwerdegrund.....	267
I. Verletzung verfassungsmässiger Rechte.....	267
A. Zum Begriff: Standortbestimmung.....	267
B. Formel des Bundesgerichts: Konkretisierung des Begriffs der verfassungsmässigen Rechte	271
C. «Verletzung» verfassungsmässiger Rechte	274
1. Typische Verletzungen verfassungsmässiger Rechte	274
2. Insbesondere: Sachverhaltskorrektur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte.....	275
D. Exkurs: Beschwerdegrund und Kognition	279
II. Verfassungsmässige Rechte der Bundesverfassung	284
A. Grundrechte als wichtigster Typus der verfassungsmässigen Rechte.....	284
B. Verfassungsmässige Rechte im Grundrechtskatalog der Bundesverfassung.....	287
1. Grundrechtskatalog der Bundesverfassung	287
2. «Spezielle Grundrechte»	289
3. Neue ungeschriebene Grundrechte?.....	291
C. Verfassungsmässige Rechte ausserhalb des Grundrechts- katalogs der Bundesverfassung	293
III. Verfassungsmässige Rechte der Kantonsverfassungen	294
IV. Völkerrechtliche verfassungsmässige Rechte	298
A. Weite Auslegung des Begriffs der verfassungsmässigen Rechte.....	298
B. Garantien der EMRK	300
1. Unmittelbare Geltung, unmittelbare Anwendbarkeit	300
2. Funktionen der EMRK-Garantien im Verfahren der Verfassungsbeschwerde.....	301
C. Weitere relevante internationale Abkommen	304
1. Internationale Menschenrechtspakte.....	304
2. Verfassungsmässige Rechte aus anderen Staatsverträgen?	306

§ 13 Beschwerderecht	309
I. Überblick	309
II. Formelle Beschwerde	311
III. Rechtlich geschütztes Interesse	313
A. Überblick und methodisches Vorgehen	313
B. Rechtlich geschütztes Interesse im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde	314
1. Vier Fallgruppen	314
2. Kritik der Lehre	317
3. Insbesondere: Anspruch auf willkürfreies Staatshandeln (Art. 9 BV)	319
a. Ein eigenständiges verfassungsmässiges Recht?	319
b. Antwort des Bundesgerichts in BGE 126 I 81	320
c. Würdigung	321
C. Rechtlich geschütztes Interesse im Verfahren der Verfassungsbeschwerde	324
1. Welche Rechtslage wurde mit Art. 115 lit. b BGG kodifiziert?	324
2. Antwort des Bundesgerichts in BGE 133 I 185	325
a. «20-zu-19-Entscheid»: Keine Praxisänderung	325
b. Analyse des BGE 133 I 185	326
aa. Bemerkung zum Sachverhalt	326
bb. Zur Auslegung des Art. 115 lit. b BGG: Bisherige Rechtsprechung als Ausgangspunkt	327
cc. Historische Interpretation («Wille des Gesetz- gebers»)	329
dd. Teleologische und systematische Interpretation (sog. «Entlastungsargument»)	332
ee. Beibehaltung der «Star-Praxis»	333
3. Ergebnis: Auswege aus dem Dauerstreit?	334
a. Überlastung als überzeugendes juristisches Argument?	334
b. Überlastung oder Falschbelastung?	336
c. Institutioneller Lösungsansatz?	337
d. Materiell-rechtlicher Lösungsansatz?	338
e. Ergebnis	340

§ 14 Formalien	341
I. Vollmacht.....	341
II. Fristen.....	342
III. Kostenvorschuss.....	344
Vierter Teil: Verfahren	347
§ 15 Einleitungsstadium	349
I. Übersicht zu den §§ 15–17	349
II. Rechtsschrift.....	350
A. Aufbau der Rechtsschrift.....	350
B. Beschwerden nach Art. 119 BGG	351
C. Anforderungen an die Rechtsschrift.....	354
1. Geltung der allgemeinen Verfahrensbestimmungen des BGG im Verfahren der Verfassungsbeschwerde	354
2. Sprache.....	354
3. Rechtsbegehren	355
4. Begründung.....	357
5. Beweismittel.....	357
6. Unterschrift	358
7. Beilage des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz.....	359
8. Formelle und inhaltliche Vorgaben	359
9. Keine querulatorische oder rechtsmissbräuchliche Rechtsschrift.....	360
10. Anzahl der einzureichenden Rechtsschriften	361
III. Beschwerdebegründung	361
A. Ein häufig unterschätzter Punkt der Rechtsschrift	361
B. Rügeprinzip	362
1. Grundsätzliches.....	362
2. Rügeprinzip und verfassungsmässige Rechte ohne Grundrechtscharakter	365
C. Klar und detailliert erhobene und belegte Rügen.....	366
1. Grundsätzliches.....	366
2. Begründungspflicht betreffend Sachurteilsvoraussetzungen	368
3. Verletzung verfassungsmässiger Rechte	368
4. Sachverhaltsrügen	369
5. Verbot neuer tatsächlicher und rechtlicher Rügen (Novenverbot)	370
6. Neue rechtliche Argumentation.....	371

D. Mehrheit von Begründungen.....	371
E. Unzulässigkeit rein appellatorischer Kritik.....	372
F. Unzulässigkeit des blossen Verweises auf die Akten oder die Ausführungen in anderen Rechtsschriften.....	373
G. Insbesondere: Offensichtlich unzureichende Begründungen bei Verfassungsbeschwerden.....	374
§ 16 Instruktionsstadium.....	377
I. Übersicht.....	377
II. Einstweiliger Rechtsschutz.....	379
A. Allgemeines.....	379
B. Aufschiebende Wirkung.....	381
1. Nur ausnahmsweise Gewährung.....	381
2. Formelles.....	382
3. Interessenabwägung.....	383
a. Allgemein.....	383
b. Interessenabwägung im Beschaffungswesen.....	384
c. Interessenabwägung bei Aufenthaltsbewilligungen...	386
C. Andere vorsorgliche Massnahmen.....	387
§ 17 Urteilsverfahren und Urteil.....	389
I. Ordentliches und vereinfachtes Verfahren.....	389
A. Vereinfachtes Verfahren.....	390
B. Ordentliches Verfahren.....	393
II. Prozesserledigung, Wirkungen und Kosten.....	394
A. Prozesserledigung ohne Urteil.....	394
B. Prozesserledigung mit Urteil.....	395
1. Nichteintretensentscheid.....	395
2. Sachurteil und Kostenregelung.....	396
III. Revision und überstaatliche Prüfung von Verfassungsbeschwerden (Hinweise).....	398
Schlussbetrachtungen.....	401
Anhang: Checkliste.....	403
Sachverzeichnis.....	407