

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	107 (1988)
<b>Artikel:</b>	Probleme des Rechtsschutzes : Marginalien zu einem grenzenlosen Thema
<b>Autor:</b>	Rohner, Christoph
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-895929">https://doi.org/10.5169/seals-895929</a>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 20.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# **Probleme des Rechtsschutzes**

Marginalien zu einem grenzenlosen Thema

**Referat von CHRISTOPH ROHNER**

Dr. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen



## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	220
Literaturverzeichnis .....	221
I. Einleitung .....	229
1. Rechtsschutz .....	229
2. Rechtspflege .....	229
3. Justizgewährleistungspflicht .....	229
4. Garantien der EMRK .....	230
5. Individuelle Interessen und öffentliches Interesse .....	231
6. Politische Dimension .....	231
II. Aufgabe, Probleme und grundlegende Zielkonflikte des Rechtsschutzes in der Praxis .....	231
A. Aufgabe und Funktion des Rechtsschutzes .....	231
7. Streiterledigung und Rechtsfortbildung .....	231
8. Die Gewichtung dieser Funktionen .....	232
B. Der Zielkonflikt zwischen Gerechtigkeit und rascher Streiterledigung .....	232
9. Anforderungen an die autoritative Streiterledigung .....	232
10. Gerechtigkeit und rascher Rechtsfriede .....	233
11. Ein legislatorisches Optimierungsproblem .....	233
C. Hinzutretende Rechtsschutzprobleme .....	234
12. Verschärfung des Zielkonfliktes .....	234
13. Ergebnis: Ein komplexes Spannungsfeld .....	235
D. Ausblick auf übergreifende Zusammenhänge .....	236
14. Staat, Recht und Rechtsschutz .....	236
III. Rechtsschutz bei knappen Ressourcen .....	236
15. Einleitung .....	236
A. Das Postulat «Zugang zum Recht» .....	237
16. Reformdiskussion .....	237
17. Art. 6 Ziff. 1 EMRK .....	237
18. Effektivität des Rechtsschutzes und Effektivität des Rechts .....	238
19. Probleme des Zugangs zum Recht .....	239
20. Überblick über einzelne Reformansätze .....	240
a) Verfahrenshilfe .....	240
b) Beratungshilfe .....	241
c) Umfassendere Systeme .....	242
d) Neighborhood Law Offices in den USA .....	243
24. «Access-to-Justice-Approach» .....	244
25. Verfahrensgestaltung und Rolle des Richters .....	245
26. Rechtsschutzversicherung als privatwirtschaftlicher «Zugang zum Recht»? .....	246
27. Eigene Erfahrungen .....	247
28. Abschließende Bemerkungen .....	247

B. Beschränkte Kapazität und Überlastung der Rechtspflege . . . . .	249
29. «Rechtsgewährung als knappes Gut» . . . . .	249
30. Schweizerische Beispiele . . . . .	249
31. Zu den Ursachen . . . . .	250
32. Auf ein Abebben hoffen? . . . . .	251
33. Zur Diskussion über Abhilfemaßnahmen . . . . .	252
34. Die Probleme gehen den Gesetzgeber an . . . . .	253
35. Kapazitätsausbau . . . . .	253
36. Ausbaumaßnahmen und ihre Grenzen . . . . .	254
37. Andere Maßnahmen . . . . .	255
38. Drosselung der Nachfrage . . . . .	255
39. Mögliche Ansatzpunkte . . . . .	256
a) Prozessuale und organisatorische Maßnahmen . . . . .	256
40. b) Kostenbarrieren . . . . .	257
41. c) Eingeschränkte Handlungspflicht der Behörden . . . . .	257
42. d) Indirekte Drosselung der Nachfrage durch ungenügendes Angebot? . . . . .	259
43. Forschungsbedarf . . . . .	259
44. Abschließende Bemerkungen . . . . .	261
 C. «Alternativen» . . . . .	262
45. Allgemeines . . . . .	262
46. Wurzeln und Ziele . . . . .	263
47. Beispiele im Ausland . . . . .	264
48. Schweizerische Beispiele . . . . .	265
49. Öffentliche Institutionen . . . . .	266
50. Bemerkungen und Kritik . . . . .	267
51. Zu einigen Einrichtungen der schweizerischen Tradition . . . . .	269
52. Ansätze weiterverfolgen . . . . .	270
53. Anforderungen an «Alternativen» . . . . .	271
54. Abschließende Bemerkungen . . . . .	272
 D. Zusammenfassende Überlegungen . . . . .	273
55. Komplexe Abwägungsfragen . . . . .	273
56. Grundsätzliches . . . . .	273
57. Staatliche Rechtspflege . . . . .	274
58. Untere Instanzen . . . . .	274
59. Obere Instanzen . . . . .	275
60. Zugang zum Recht . . . . .	277
61. Alternativen . . . . .	278
62. Der «sachkundige Vermittler» – Eine Möglichkeit? . . . . .	279
 IV. Ein Annahmeverfahren bei der staatsrechtlichen Beschwerde? . . . . .	280
63. Vorbemerkung . . . . .	280
64. Ausgangspunkt . . . . .	281
65. Verschiedene Konzeptionen von Annahmeverfahren . . . . .	282
66. Verfassungsrechtliche Situation . . . . .	284
67. Zulässige Einschränkungen . . . . .	285
68. Folgerungen . . . . .	286
a) Allgemeines . . . . .	286
69. b) Im einzelnen . . . . .	287
70. Abschließende Bemerkungen . . . . .	288

Probleme des Rechtsschutzes	219
-----------------------------	-----

V. Übergreifende Zusammenhänge . . . . .	290
71. Einleitung . . . . .	290
72. Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß . . . . .	290
73. Zivilprozeß und Verwirklichung des Wirtschaftsrechts . . . . .	291
74. Verwaltung und Verwaltungsjustiz . . . . .	292
75. Verwaltungsjustiz und Verwaltungsaufsicht – Eine These . . . . .	293
76. Gegenargumente . . . . .	294
a) Richter in eigener Sache . . . . .	294
b) Möglichkeit der Behördenbeschwerde . . . . .	295
78. Folgerung: Integration statt Desintegration! . . . . .	296
79. Vollzug der Gesetze . . . . .	297
80. Rechtsschutz und Staatsverständnis . . . . .	298
81. Rechtsschutz im staatlichen Wirkungszusammenhang . . . . .	298
82. Recht als staatsbürgerliche und kulturelle Aufgabe . . . . .	299

## Abkürzungsverzeichnis

ABA	American Bar Association (Amerikanischer Anwaltsverband)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages (mit vorausgehender arabischer Ordnungszahl und nachfolgender Jahrzahl)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRT	Vorträge und Referate des Deutschen Richtertages (mit nachfolgender Jahrzahl)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitung
FS	Festschrift
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
IKPR	Internationaler Kongreß für Prozeßrecht (mit vorausgehender römischer Ordnungszahl und nachfolgender Jahrzahl, Generalberichte)
IntKommEMRK	Internationaler Kommentar der Europäischen Menschenrechtskonvention
JBRsRth	Jahrbuch für Rechtssociologie und Rechtstheorie (mit nachgestellten arabischen Nummern)
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz
NZZ	Neuer Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
StP SG	St. Gallisches Gesetz über die Strafrechtspflege
VRP SG	St. Gallisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZP SG	St. Gallisches Gesetz über die Zivilrechtspflege
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR NF	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge

## Literaturverzeichnis

Literatur wird mit dem Namen des Autors zitiert. Bei Gleichnamigkeit von Autoren oder wenn ein Autor mit mehreren Werken vertreten ist, wird ein unterschiedungskräftiger Zusatz beigelegt.

- ADAMS, MICHAEL. Eine wohlfahrtstheoretische Analyse des Zivilprozesses und der Rechtsschutzversicherungen, *ZSR* NF 102/1983 I, S. 187 ff.
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/BOIS, PHILIPPE (Hrsg.). *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983; zit.: *FS Grisel*.
- AUER, ANDREAS. Une procédure d'admission devant le juge constitutionnel fédéral?, *SJZ* 82/1986, S. 105 ff.
- BAUDENBACHER, CARL. Funktionszuwachs des Staates als wirtschaftsrechtliches Problem, *SAG* 1985, S. 57 ff.; zit.: *Funktionszuwachs*.
- Rechtsverwirklichung als ökonomisches Problem, Zürich 1985; zit.: *Rechtsverwirklichung*.
  - Der Zivilprozeß als Mittel der Wirtschafts- und Sozialpolitik, *ZSR* NF 102/1983 I, S. 161 ff.; zit.: *Zivilprozeß*.
- BENDA, ERNST. Richter im Rechtsstaat, *DRT* 1979, Köln 1980, S. 235 ff.
- BENDER, ROLF. Einige Aspekte zu den Zugangsbarrieren in der Justiz, *RabelsZ* 1976, S. 718 ff.
- BLANKENBURG, ERHARD. Evaluation des ersten Jahres Beratungshilfe, *ZRP* 1983, S. 39 ff.; zit.: *Evaluation*.
- Mehr Justiz, aber weniger Gerechtigkeit, *ZRP* 1986, S. 262 ff.; zit.: *Mehr Justiz*.
  - Subventionen für die Rechtsberatung im Rechtsvergleich, *ZRP* 1986, S. 108 ff.; zit.: *Subventionen*.
  - Weniger Recht durch mehr Gesetz, in: Voigt (Hrsg.), a. a. O. (*JBRsRth* 9), S. 42 ff.; zit.: *Weniger Recht*.
- BLANKENBURG, ERHARD/FIEDLER, J. Die Rechtsschutzversicherungen und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte, Tübingen 1981.
- BLANKENBURG, ERHARD/GOTTWALD, PETER/STREMPER, DIETER (Hrsg.). Alternativen in der Ziviljustiz, Köln 1982.
- BLANKENBURG, ERHARD/KAUPEN, WOLFGANG (Hrsg.). Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe (*JBRsRth* 5), Opladen 1978.
- BLANKENBURG, ERHARD/KLAUSA, EKKEHARD/ROTTLEUTHNER, HUBERT (Hrsg.). Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (*JBRsRth* 6), Opladen 1980.
- BLANKENBURG, ERHARD/TANIGUCHI, YASUHEI. Informal Alternatives To and Within Formal Procedures, in: «Justice and Efficiency», VIII. *IKPR* 1987, Utrecht.
- BLANKENBURG, ERHARD/VERWOERD, JAN. Rechtsmittelstaat – eine deutsche Spezialität?, *DRiZ* 1986, S. 207 ff.; zit.: *Rechtsmittelstaat*.
- Weniger Prozesse durch mehr Rechtsberatung, *DRiZ* 1987, S. 169 ff.; zit.: *Weniger Prozesse*.
- BLEGVAD, BRITT-MARI. Die Zugänglichkeit von Konfliktregelungsinstitutionen, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel (Hrsg.), a. a. O., S. 231 ff.
- BRODA, CH. ET AL. (Hrsg.). *FS für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag*, Darmstadt und Neuwied 1985; zit.: *FS Wassermann*.
- BURCKHARDT, WALTHER. Aufsätze und Vorträge 1910–1938, Bern 1970; zit.: *Aufsätze und Vorträge*.

- BURCKHARDT, WALTHER. Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931; zit.: Kommentar.
- Vom Rechtszwang, in: Aufsätze und Vorträge, S. 52; zit.: Rechtszwang.
  - Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Eidgenossenschaft, in: Aufsätze und Vorträge, Bern 1970, S. 236 ff.
- CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER. Access to Justice; Comparative General Report, RabelsZ 1976, S. 669 ff.; zit.: CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976.
- Access to Justice; Variations and Continuity of a World-Wide Movement, RabelsZ 1982, S. 664 ff.; zit.: CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER 1982.
- DARBELLAY, JEAN. Droit et contrainte, in: FS Huber, S. 51 ff.
- DÄSTNER, CHRISTIAN. Fragen zur Neuorientierung der Justizpolitik, in: FS Wassermann, S. 53 ff.
- DAVID, EUGEN. Zum Verhältnis der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu den Bundesrechtsmitteln, in: Staatskanzlei St. Gallen (Hrsg.), a. a. O., S. 67 ff.
- DELLEY, JEAN-DANIEL ET AL. Grundstückserwerb durch Ausländer in der Schweiz, Bern 1984.
- DEUTSCHER RICHTERBUND (Hrsg.) Kurskorrekturen im Recht, Köln 1980; zit.: DRT 1979.
- Grenzen der Rechtsgewährung, Köln 1983; zit.: DRT 1983.
- DUBACH, WERNER. Regiert bei uns das Verwaltungsgericht?, in: FS Grisel, S. 653 ff.
- DUBS, HANS. Beschränkungen der Rechtsmittel, in: FS Grisel, S. 669 ff.
- EICHENBERGER, KURT. Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat, in: Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, hrsg. von Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau, Basel und Frankfurt 1980, S. 332 ff.; zit.: Rechtssetzungsfunktion.
- Wechselbeziehungen zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung, ZBl 85/1984, S. 97 ff.
- ENGLADE, KEN. The LSC unter Siege, ABA Journal 12/1987 (Dezember 1987), S. 66 ff.
- FALKE, PETER. Zugang zum Recht – Eine Fallstudie über die Öffentliche Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle in Hamburg, in: Blankenburg/Kaupen (Hrsg.), a. a. O. (JBRsRth 5), Opladen 1978, S. 13 ff.
- FELSTINER, WILLIAM L. F. «Neighbourhood Justice» in Dorchester, Massachusetts, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel (Hrsg.), a. a. O., S. 125 ff.
- FINKELNBURG, KLAUS. Das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, FS 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht, München 1978, S. 169 ff.
- FREUND, HERBERT. Die Legitimität des gerichtlichen Vergleichs und seines Verfahrens, DRiZ 1983, S. 136 ff.
- FROMMEL, MONIKA. Entlastung der Gerichte durch Alternativen zum zivilen Justizverfahren? ZRP 1983, S. 31 ff.
- GARTH, BRYANT. Improvement of Civil Litigation by Lessons Derived from Administrative Procedure, in: VIII. IKPR 1987.
- GIACOMETTI, ZACCHARIA. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960.
- GOLSONG, HERIBERT/WOLFRAM, KARL/MIEHSLER, HERBERT/PETZOLD, HERBERT/ROGGE, KERSTEN/VOGLER, THEO/WILDHABER, LUZIUS. Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1. Lieferung), Köln/Berlin/Bonn/München 1986; zit.: IntKommEMRK.
- GOTTWALD, WALTHER/HUTMACHER, WOLFGANG/RÖHL, KLAUS F./STREMPPEL,

- DIETER. Der Prozeßvergleich – Möglichkeiten, Grenzen, Fortsetzungsperspektiven, Köln 1983.
- GRISEL, ANDRÉ. Pouvoir de surveillance et recours de droit administratif, *ZBl* 74/1973, S. 49 ff.; zit.: Pouvoir.
- La surcharge des Cours suprêmes et les moyens d'y remédier, *ZBl* 79/1978, S. 373 ff.; zit.: Surcharge.
  - Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984; zit.: Traité.
  - FS Grisel, siehe: Aubert/Bois (Hrsg.).
- GRUNSKY, WOLFGANG. Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts?, in: 51. DJT 1976, München 1976, S. A 1 ff.; zit.: 51. DJT 1976.
- GULDENER, MAX. Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- GYGI, FRITZ. Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983.
- Verwaltungsrecht, Bern 1986.
  - Vom Beschwerderecht in der Bundesverwaltungsrechtspflege, recht 1986, S. 8 ff.; zit.: Beschwerderecht.
  - Zur Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens in der Bundesverwaltungsrechtspflege, *ZSR NF* 98/1979 I, S. 449 ff.; zit.: Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens.
  - Zur bundesgerichtlichen Kognition im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, *ZBl* 86/1985, S. 97 ff.; zit.: Zur bundesgerichtlichen Kognition.
- HABSCHEID, WALTHER J. (Hrsg.). Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung (Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983), Bielefeld 1983; zit.: Habscheid, VII. IKPR 1983.
- HAEFLIGER, ARTHUR. Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985; zit.: Alle Schweizer.
- Ein griffiges Annahmeverfahren zur Entlastung des Bundesgerichts, *NZZ* vom 15. Mai 1986.
- HANGARTNER, Yvo. Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, *ZBl* 76/1975, S. 1 ff.
- HEGENBARTH, RAINER. Neue Köpfe für eine alte Hydra? Die Entgerichtlichung von Verbraucherstreitigkeiten, in: Voigt (Hrsg.), a. a. O. (JBRsRth 9), S. 152 ff.; zit.: Neue Köpfe.
- Privatisierte Konfliktregelung: Entrechtung durch Entrechtlichung?, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel (Hrsg.), a. a. O., S. 257 ff.; zit.: Privatisierte Konfliktregelung.
- HEUSSNER, HERMANN. Zielkonflikte bei der Rechtsgewährung, *DRiZ* 1987, S. 312 ff.
- HEYDEN, FRANK. Prozeßbeschleunigung durch konzentrierte Prozeßführung, *SJZ* 79/1983, S. 205 ff.
- HUBER, HANS. Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Saladin/Wildhaber (Hrsg.), Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel und Stuttgart 1972, S. 191 ff.
- Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981; zit.: FS Huber.
- IMBODEN, MAX. Gestalt und Zukunft des schweizerischen Rechtsstaates, in: DERSELBE, Staat und Recht, S. 463 ff.; zit.: Gestalt und Zukunft.
- Rechtsstaat und Verwaltungsorganisation, in: DERSELBE, Staat und Recht, S. 447 ff.; zit.: Rechtsstaat.
  - Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971.

- IMBODEN, MAX. Staatsbild und Verwaltungsrechtsprechung, in: DERSELBE, *Staat und Recht*, S. 479 ff.; zit.: Staatsbild.
- IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., 2 Bde., Basel/Stuttgart 1976.
- JOLOWICZ, J. A. Managing Overload in Appellate Courts, in: VIII. IKPR 1987.
- JOST, ANDREAS. Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, ZSR NF 101/1982 II, S. 453 ff.
- KÄGI, WERNER. Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewalten- teilungsprinzips, Zürich 1937.
- KÄLIN, WALTER. Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984.
- KISSEL, O. R. Justiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, in: DRiZ 1987, S. 301 ff.
- KISSLER, LEO. Rechtssoziologie für die Rechtspraxis, Darmstadt und Neuwied 1984.
- KLAGES, HELMUT. Ursachenfaktoren der Inanspruchnahme der Ziviljustiz, DRiZ 1983, S. 395 ff.
- KNAPP, BLAISE. Intérêt, utilité et ordre publics, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, FS zur Hundertjahrfeier des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, S. 137 ff.
- KNOEPFEL, PETER. Öffentliches Recht und Vollzugsforschung, Bern 1979.
- KNOPPKÉ-WETZEL, VOLKER. Rechtshilfe in den USA, in: Blankenburg/Kau- pen (Hrsg.), a. a. O. (JBRsRth 5), S. 196 ff.
- KÖLZ, ALFRED. Die Vertretung des öffentlichen Interesses in der Verwaltungs- rechtspflege, ZBl 86/1985, S. 49 ff.; zit.: Vertretung.
- Vollzug des Bundesverwaltungsrechts und Behördenbeschwerde, ZBl 76/1975, S. 361 ff.; zit.: Vollzug.
- KOTZOREK, ANDREAS. Schieds- und Schlichtungsstellen für Verbraucher – Konditionenkartell oder verbesserter Konsumentenschutz?, ZRP 1986, S. 282 ff.
- LEUENBERGER, CHRISTOPH. Die Abstimmungsmodalitäten bei der Totalrevi- sion der Bundesverfassung, Bern 1978; zit.: Abstimmungsmodalitäten.
- Die Zusammenarbeit von Richter und Gerichtsschreiber, ZBl 87/1986, S. 97 ff.; zit.: Zusammenarbeit.
- MANFRINI, PIERRE LOUIS. Le contentieux en droit administratif économique, ZSR NF 101/1982 II, S. 311 ff.
- MANGÅRD, NILS. Die Regelung von Verbraucherstreitigkeiten, in: Blanken- burg/Gottwald/Stempel (Hrsg.), a. a. O., S. 251 ff.
- MERZ, HANS. «Der Kampf ums Recht». 100 Jahre nach Jhering, in: FS Huber, S. 81 ff.
- MEYER, PIUS. Der Rechtsschutz im luzernischen Bau- und Planungsrecht, mit Hinweisen auf Regelung und Praxis in anderen Kantonen, ZBl 85/1984, S. 357 ff.
- MICKLITZ, HANS W. Schieds- und Schlichtungsstellung für Verbraucher, DRiZ 1983, S. 119 ff.
- MOOR, PIERRE. Le juge administratif et l'application de la loi, in: FS Huber, S. 667 ff.; zit.: Juge administratif.
- Pouvoir de surveillance fédéral et autorités cantonales, ZBl 76/1975, S. 191 ff.; zit.: Pouvoir.
- MORAND, CHARLES A. L'action du droit. Prolégomènes pour une étude de la mise en œuvre des lois, in: FS Huber, S. 93 ff.

- MORASCH, HELLMUT/BLANKENBURG, ERHARD. Schieds- und Schlichtungsstellen – ein noch entwicklungsfähiger Teil der Rechtspflege, *ZRP* 1985, S. 271 ff.
- MÜLLER, GEORG. Legitimation und Kognition in der Verwaltungsrechts- pflege, *ZBl* 83/1982, S. 281 ff.
- MÜLLER, JÖRG PAUL. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staats- funktionen, *VVDStRL* 39/1980, S. 53 ff.
- MÜLLER-ALTEN, LUTZ. Reform der Prozeßkostenhilfe in Familiensachen?, *ZRP* 1984, S. 306 ff.
- NEF, ROBERT. Die Gefahren gutgemeinter Gesetze, oder: Von der Bewirtschaftung der Realität zur Bewirtschaftung von staatlichen Normen – und zurück, in: Holzhey/Kohler (Hrsg.), *Verrechtlichung und Verantwortung*, Bern 1987, S. 65 ff.
- NEUMANN, MANFRED. Zur außergerichtlichen Schlichtung, *ZRP* 1986, S. 286 ff.
- NIESKENS, JACQUES J.-H. Grenzen der Rechtsgewährung – Zivilprozeßrecht und Situation der Ziviljustiz in den Niederlanden, *DRT* 1983, S. 169 ff.
- NOLL, PETER. *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973.
- Über die soziale Wirksamkeit von Gesetzen, in: Rehbinder (Hrsg.), a. a. O., S. 65 ff.; zit.: Soziale Wirksamkeit.
- NUSSBAUM, BEAT. Die Wirtschaftlichkeit eines Zivilprozesses um eine Geldfor- derung nach bernischem Recht, Bern/Frankfurt am Main/Las Vegas 1978.
- PFLEGHARD, HEINZ. Regierung als Rechtsmittelinstanz, Diss. Zürich 1984.
- PIEPER, HELMUT. Eiljustiz statt materieller Richtigkeit? Zu den Grenzen einer Präklusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß, in: FS Wassermann.
- PUTZIER, ALMUT/DERLEDER, PETER. Die Inadäquanz des Prozeßkostenhilfs- gesetzes für das Scheidungskostenrecht, *ZRP* 1982, S. 9 ff.
- RADBRUCH, GUSTAV. *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., hrsg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973.
- RAUTER, HANNES-HAGEN. Zielkonflikte zwischen Schnelligkeit und Gründ- lichkeit bei der Rechtsgewährung im Zivilprozeß, *DRiZ* 1987, S. 354 ff.
- REHBINDER, MANFRED (Hrsg.). *Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie*, Berlin 1984.
- REHBINDER, MANFRED/SCHELSKY HELMUT (Hrsg.). *Zur Effektivität des Rechts* (JBRsRth 3), Düsseldorf 1972.
- REICH, NORBERT. Alternativen zur Ziviljustiz im Verbraucherschutz, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel (Hrsg.), a. a. O., S. 219 ff.
- RHINOW, RENÉ A. Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: FS Eichenber- ger. *Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel*, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 657 ff.
- RÖHL, KLAUS F. Erfahrungen mit Güteverfahren, *DRiZ* 1983, S. 90 ff.; zit.: Erfahrungen.
- Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel (Hrsg.), a. a. O., S. 15 ff.; zit.: Hintergründe.
- Der Vergleich im Zivilprozeß, in: Blankenburg/Klausa/Rottleuthner (Hrsg.), a. a. O. (JBRsRth 6), S. 279 ff.; zit.: Der Vergleich.
- RÖHL, SABINE. Die wachsende Konfliktbereitschaft des Bürgers, *DRT* 1979, S. 263 ff.
- ROHNER, CHRISTOPH. Über die Kognition des Bundesgerichtes bei der staats- rechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, Bern 1982.

- ROTH, GÜNTER H. Der Beitrag der Rechtssoziologie zur Reform des Prozeßrechtes, in: Habscheid (Hrsg.), a. a. O. (VII. IKPR 1983), S. 215 ff.
- ROTTLEUTHNER, HUBERT. Dilemmata des Rechtsschutzes – einige rechtssozio-logische Anmerkungen, DRiZ 1983, S. 133 ff.
- ROTTLEUTHNER, HUBERT/ROTTLEUTHNER-LUTTER, MARGRET. Zur Wirksamkeit der ZPO-Vereinfachungsnovelle, DRiZ 1987, S. 139 ff.
- RUCKSTUHL, FRANÇOIS. Der Rechtsschutz im zürcherischen Planungs- und Baurecht, ZBl 86/1985, S. 281 ff.
- SCHIBLI, PETER. Zulassungsbeschränkungen am schweizerischen Bundesgericht nach dem Vorbild des amerikanischen Certiorari-Verfahrens?, Bern/Frankfurt/New York 1984.
- SCHMIDT-HIEBER, WERNER/WASSERMANN, RUDOLF (Hrsg.). Justiz und Recht, FS aus Anlaß des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie in Trier, Heidelberg 1983.
- SCHMIDT-V. RHEIN, GEORG. Neue Ansätze in der außergerichtlichen Konflikt-regelung, ZRP 1984, S. 119 ff.
- SCHMITZ, JOSEPH. Grenzen der Rechtsgewährung – zur Situation der belgi-schen Strafjustiz, in: DRT 1983, S. 87 ff.
- SCHNEIDER, EGON. Prozeßkostenhilfe – Reformziel und Realität, in: FS Wassermann, S. 819 ff.
- SCHNYDER, PETER. Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1985.
- SCHUBARTH, MARTIN. Die Artikel 5 und 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozeßrecht, ZSR NF 94/1975, I, S. 465 ff.
- SCHWAB, KARL HEINZ/GOTTWALD, PETER. Verfassung und Zivilprozeß, in: Habscheid (Hrsg.), a. a. O. (VII. IKRP 1983), S. 1 ff.
- SEDLER, HORST. Zum Instanzenzug in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1982, S. 157 ff.; zit.: Instanzenzug.
- Möglichkeiten zur Beschleunigung des verwaltungsgerichtlichen Verfah-rens, DVBl 1982, S. 923 ff.; zit.: Möglichkeiten.
  - Guter Rechtsschutz und Verfahrensbeschleunigung, DVBl 1982, S. 812 ff.; zit.: Guter Rechtsschutz.
  - Zuwenig durch zuviel Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß? Oder: Wäre weniger mehr?, in: Schmidt-Hieber/Wassermann (Hrsg.), a. a. O., S. 175 ff.; zit.: Zuwenig.
- STAATSKANZLEI ST. GALLEN (Hrsg.). 20 Jahre Verwaltungsgericht des Kan-tons St. Gallen, Nr. 12 der Schriftenreihe «Der Kanton St. Gallen heute und morgen», St. Gallen 1986.
- STAUDER, BERND/FELDGES, JOACHIM. Außergerichtliche Streitbeilegung bei Verbrauchergeschäften – Versuch einer kritischen Bestandesaufnahme, ZBJV 120/1984, S. 32 ff., 41 ff.
- STEINMANN, GEROLD. Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, Bern 1982.
- STORME, MARCEL. Zugang zum Recht in Belgien, RabelsZ 1976, S. 759 ff.
- STRÄULI, HANS/MESSMER, GEORG. Kommentar zur zürcherischen Zivilpro-zeßordnung, 2. Aufl., Zürich 1982.
- STREMPPEL, DIETER. «Alternativen in der Ziviljustiz» – Bericht über Bestandes-aufnahme und Forschungsvorhaben des Bundesministeriums der Justiz, in: Voigt (Hrsg.), a. a. O. (JBRsRth 9), S. 186 ff.
- «Alternativen in der Ziviljustiz», DRiZ 1983, S. 86 ff.

- STREMPPEL, DIETER. Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik, ZRP 1984, S. 195 ff.; zit.: Rechtstatsachenforschung.
- THÜRER, DANIEL. Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Verwaltungsverfahren, ZBl 87/1986, S. 291 ff.
- TROCKER, NICOLÒ. Empfehlen sich im Interesse einer effektiven Rechtsverwirklichung für alle Bürger Änderungen des Systems des Kosten- und Gebührenrechts?, in: 51. DJT 1976, München 1976, S. B 1 ff.
- ULE, CARL HERMANN. Effektiver Rechtsschutz in einer funktionsfähigen Rechtspflege? DVBl 1982, S. 821 ff.
- VILLIGER, MARK E. Wie soll das Bundesgericht entlastet werden? Das Annahmeverfahren des deutschen Bundesverfassungsgerichts, NZZ 6. Januar 1987.
- VOGEL, OSCAR. Grundriß des Zivilprozeßrechts, Bern 1984.
- Prozeß-Ökonomie?, BJM 1988, S. 1 ff.; zit.: Prozeß-Ökonomie.
- VOIGT, RÜDIGER (Hrsg.). Gegentendenzen zur Verrechtlichung (JBRsRth 9), Opladen 1983.
- WAMISTER, PATRICK. Die unentgeltliche Rechtspflege, die unentgeltliche Verteidigung und der unentgeltliche Dolmetscher unter dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV und Art. 6 EMRK, Diss. Basel 1983.
- WASSERMANN, RUDOLF. Überlegungen zu einem vereinfachten Verfahren für geringfügige Streitigkeiten, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel (Hrsg.), a. a. O., S. 203 f.
- FS für Rudolf Wassermann: siehe Ch. Broda et al. (Hrsg.), a. a. O.
- WETZEL, THOMAS. Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz (Art. 13 EMRK) und seine Ausgestaltung in der Schweiz, Diss. Basel 1983.
- WILDHABER, LUZIUS. «Civil Rights» nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, in: Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht – Grenzen und Grenzüberschreitungen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel/Frankfurt 1985, S. 469 ff.; zit.: Civil Rights.
- Zur Verfassungsmäßigkeit des Annahmeverfahrens vor Bundesgericht, SJZ 82/1986, S. 273 ff.; zit.: Verfassungsmäßigkeit.
- WOLFRAM, CHARLES W. Modern Legal Ethics, St. Paul, Minn., 1986.

Meinen Kollegen KURT REBER, STEPHAN THURNHERR und ANDREAS WIGET danke ich herzlich für anregende, kritische Gespräche, ebenso Frau MONIKA DANIELLI-MÜLLER und Frau ROSEMARIE ITEM für den großen Einsatz bei der Vollendung des Manuskripts.

Denn wer erträg' der Zeiten Spott und Geißel  
 Des Mächt'gen Druck ...  
 ... des Rechtes Aufschub,  
 Den Übermut der Ämter und die Schmach ...

SHAKESPEARE, Hamlet III/1

## I. Einleitung

1. *Rechtsschutz* kann als die Gesamtheit der Verfahren und Einrichtungen verstanden werden, die auf die Wahrung der Rechte des einzelnen, aber auch der öffentlichen Interessen des Gemeinwesens<sup>1</sup> angelegt sind. Der Begriff muß nicht notwendigerweise nur staatliche Vorkehren umfassen. Er kann sich in einem weiteren, funktionellen Sinne vielmehr auf alle Veranstaltungen beziehen, welche die Rechtsverwirklichung im Einzelfall zu fördern geeignet sind<sup>2</sup>.

2. *Rechtspflege*. Auf die engere Betrachtungsweise des Rechtsschutzes durch staatliche Behörden ist der Begriff «Rechtspflege» ausgerichtet. Im Sprachgebrauch wird «Rechtspflege» zuweilen synonym mit der rechtsprechenden, der «dritten» Gewalt im Sinne der klassischen Gewaltenteilungslehre verwendet. Ich möchte ihn im folgenden aber weiter verstehen und im Bereich des Verwaltungsrechts auch die verwaltungsinterne Rechtspflege darunter subsumieren<sup>3</sup>.

3. *Justizgewährleistungspflicht*. Obwohl Rechtsschutz – wie erwähnt – auch durch nicht staatliche Maßnahmen betrieben werden kann, ist die Gewährleistung des Rechtsschutzes doch eine elementare Aufgabe und Pflicht des Staates, die – ins Juristische übersetzt – etwa mit dem Begriff «Justizgewährleistungspflicht» bezeichnet wird<sup>4</sup>. Ausdruck dieser Pflicht ist die Schaffung staatlicher Rechtspflegebehörden samt dem entsprechenden Verfahrensrecht. Dazu gehört auch der allgemeinste Funktionsgrundsatz dieser Einrichtungen, das Rechtsverwei-

<sup>1</sup> Vgl. etwa GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 18f.; JOST, S. 462; siehe auch MANFRINI, S. 320f.; RUCKSTUHL, S. 282; PIUS MEYER, S. 357.

<sup>2</sup> So etwa Schiedsgerichte, aber auch staatliche oder private Schlichtungsstellen u. a. m.

<sup>3</sup> So auch GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 27 ff.

<sup>4</sup> IMBODEN/RHINOW, Bd. 1, Nr. 80 B Ia; vgl. auch BGE 109 I a 13 ff. E. 3 b (das Regest spricht allerdings von Justizgewährungspflicht).

gerungsverbot mit seinen verschiedenen Teilinhalten, dem in der Schweiz Grundrechtsrang eignet<sup>5</sup>. Aus der allgemeinen Justizgewährleistungspflicht folgt, daß dem betroffenen Individuum grundsätzlich für jeden rechtlicher Lösung zugänglichen Konflikt die Möglichkeit zur Geltendmachung seiner Rechte, der Rechtsweg, offenstehen muß<sup>6</sup>. Für solche Konflikte muß eine zuständige Behörde, gegebenenfalls ein Richter<sup>7</sup>, gegeben sein. Hinter dieses Erfordernis darf ohne Einbuße an rechtsstaatlicher Substanz nicht zurückgegangen werden. Dagegen kann aus der grundsätzlichen Justizgewährleistungspflicht kaum ein bestimmtes Rechtsschutz- oder gar Rechtsmittelsystem abgeleitet werden<sup>8</sup>. Vorbehalten blieben besondere verfassungsrechtliche Gewährleistungen<sup>9</sup>.

*4. Garantien der EMRK.* Ein Recht auf Rechtsschutz fließt auch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. Art. 13 EMRK verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Schaffung eines wirksamen innerstaatlichen Schutzes der in der Konvention verankerten Rechte<sup>10</sup>. In spezifischer Weise stipuliert sodann Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein faires Verfahren für die Beurteilung zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen oder der Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage. Nach neuerer Auffassung gewährleistet diese Bestimmung auch den Zugang zu den Gerichten<sup>11</sup>. Einen über Art. 13 EMRK hinausgehenden Anspruch auf ein Rechtsmittelsystem, einen Instanzenzug, gewährleistet die Konvention nicht<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Vgl. etwa HAEFLIGER, Alle Schweizer, S. 41 ff., 115 ff.

<sup>6</sup> Auf Einzelfragen des Rechtsschutzinteresses und der Sachlegitimation ist hier nicht einzutreten; vgl. etwa GULDENER, S. 139 ff., 205 ff.; STRÄULI/MESSMER, N. 1 und 2 zu § 51 ZPO.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 5 Ziff. 4 oder Art. 6 Ziff. 1 EMRK, N. 4 nachfolgend; ferner etwa das Marginale von Art. 736 ZGB.

<sup>8</sup> Vgl. SCHWAB/GOTTWALD, S. 35; dies bedeutet nicht, daß Rechtsmittel nicht einem Bedürfnis entsprechen; sehr schön GIACOMETTI, S. 453 ff.; VOGEL, Grundriß, S. 260 ff., 264 f.; sodann DUBS, S. 677: Fehler lägen im Wesen der Justiz, daher sollte mindestens eine Rechtsmittelinstanz mit uneingeschränkter Kontrolle vorgesehen werden.

<sup>9</sup> Auf einen Teilaspekt dieser Frage ist in Kap. IV noch einzugehen.

<sup>10</sup> Vgl. WETZEL, *passim*.

<sup>11</sup> Vgl. für viele insbesondere IntKommEMRK, MIEHSLER, N. 1 ff., 56 ff., 105 ff.; MIEHSLER/VOGLER, N. 257 ff. zu Art. 6 EMRK; WILDHABER, «Civil Rights», S. 469 ff., 471; THÜRER, S. 246.

<sup>12</sup> Vgl. IntKommEMRK, MIEHSLER/VOGLER, N. 272 zu Art. 6 EMRK.

*5. Individuelle Interessen und öffentliches Interesse.* Auf etwas anderer Ebene zeigt sich der Zusammenhang zwischen Staat und Recht de constitutione lata auch in Art. 2 BV. Der Bund will sowohl die gemeinsame Wohlfahrt befördern als auch die Freiheit und die Rechte der Eidgenossen schützen. Der Schutz individueller Freiheit und individueller Rechte liegt somit (auch) im öffentlichen Interesse. Allfällige Spannungen zwischen Wohlfahrts- und Staatsinteressen einerseits und dem Schutz persönlicher Rechte andererseits ist demnach stets (auch) eine Antinomie zwischen öffentlichen Interessen. Dies zeigt die Vielschichtigkeit dieses Begriffs<sup>13</sup>.

*6. Politische Dimension.* Wo sich Nachdenken über «Probleme des Rechtsschutzes» nicht auf eine gegebene Rechtsschutzordnung und ihr Funktionieren beschränkt, betrifft es Fragen de lege ferenda und ist rechtspolitischer – somit politischer – Natur. Die nachfolgenden Ausführungen versuchen diese Dimension einzubeziehen. Dabei strebt diese Arbeit keine definitiven Problemlösungen, aber allenfalls etwas gesteigerte Bewußtheit auf der Suche nach solchen an.

## **II. Aufgabe, Probleme und grundlegende Zielkonflikte des Rechtsschutzes in der Praxis**

### *A. Aufgabe und Funktion des Rechtsschutzes*

*7. Streiterledigung und Rechtsfortbildung.* Die Aufgabe des institutionell verstandenen Rechtsschutzes<sup>14</sup> deckt sich im Kern weitgehend mit derjenigen, die der staatlichen Rechtspflege zugeschrieben wird: über streitige Rechtsverhältnisse eine für die Beteiligten verbindliche Entscheidung herbeizuführen<sup>15</sup>. Durch Streiterledigung schafft er so die Rechtssicherheit, die unerlässlich ist, damit der tätige Mensch weiterwirken und auf sicherer Basis disponieren kann. Dies dient zugleich der Realisierung und Fortbildung der objektiven Rechts-

<sup>13</sup> Vgl. etwa KNAPP, S. 137 ff.; GRISEL, Traité, S. 339 ff.

<sup>14</sup> Vgl. oben N. 1.

<sup>15</sup> Vgl. etwa GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 18 f., JOST, S. 462.

ordnung und gibt so fortwirkende Steuerungsimpulse für das Zusammenleben<sup>16</sup>.

*8. Die Gewichtung dieser Funktionen.* Vor allem im modernen Wirtschaftsrecht ist das Interesse an den überindividuellen Steuerungswirkungen von Urteilen betont und mit rechtssoziologischen Argumenten begründet worden. Der «Kampf ums Recht» – schon bei Jhering ein sozialethischer Imperativ – wird noch gezielter in seiner systemfunktionalen Wirkung erfaßt und der um sein Recht kämpfende einzelne insoweit als «Funktionär der Gesamtrechtsordnung» bezeichnet<sup>17</sup>. Entsprechend ist aus dieser Sicht das Interesse an nicht autoritativen, namentlich gütlichen Streiterledigungsmechanismen gering, da von ihnen keine oder jedenfalls nur geringe überindividuelle Impulse ausgehen.

Gewichtet man demgegenüber das Interesse an der (individuellen) Streiterledigung stärker, so gewinnen solche Einrichtungen informeller Streitbeilegung oder -vermeidung an Interesse. Mir scheint dies gerechtfertigt, da sich der Rechtsuchende erfahrungsgemäß nicht so sehr für seine Rolle als Funktionär der Gesamtrechtsordnung, sondern primär für sein persönliches, als sein «gutes Recht» empfundenes Anliegen interessieren wird. Zudem müßte sich die Steuerungsfunktion der Rechtspflege eigentlich gerade daran messen lassen, wie sehr ihre Ergebnisse künftige Prozesse zu vermeiden helfen. – Im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen steht jedoch nach wie vor der Rechtsschutz durch autoritative Streiterledigung seitens staatlicher Behörden.

#### *B. Der Zielkonflikt zwischen Gerechtigkeit und rascher Streiterledigung*

*9. Anforderungen an die autoritative Streiterledigung.* Die autoritative Erledigung von Rechtsstreitigkeiten soll Recht und Gesetz sowie den Gegebenheiten des Falles entsprechen. Sie soll

<sup>16</sup> Vgl. JOST, S. 462; den letzteren Aspekt betont insbesondere auch BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 25f., 38 ff. und *passim*; DERSELBE, Zivilprozeß, S. 161 ff.

<sup>17</sup> BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 25f., 26, 36 ff.; DERSELBE, Zivilprozeß, S. 161 ff.

also materiell gerecht und zweckmäßig sein und nach Möglichkeit dem aus dem Postulat der Rechtssicherheit folgenden Voraussehbarkeitsinteresse genügen<sup>18</sup>. Das gerechte Ergebnis kann sich aber nur dann segensreich auswirken, wenn es innert nützlicher Frist ergeht<sup>19</sup> und durchgesetzt werden kann.

*10. Gerechtigkeit und rascher Rechtsfriede.* Der Zielkonflikt zwischen möglichster materieller Gerechtigkeit und rascher Wiederherstellung des Rechtsfriedens entspricht seinerseits widerstreitenden Teilinhalten der Rechtsidee<sup>20</sup>. In ihm liegt das wohl grundlegende Dilemma jedes institutionalisierten, organisierten Rechtsschutzes. Anzustreben – sowohl vom Gesetzgeber wie auch vom entscheidenden Richter – ist beides: das rasche wie das gerechte Urteil. Die notwendige Beschleunigung des Verfahrens kann mit dem Interesse, Tat- und Rechtsfragen möglichst sorgfältig abzuklären, aber in Konflikt geraten<sup>21</sup>.

*11. Ein legislatorisches Optimierungsproblem.* Daß Zusammenhänge zwischen dem vorerwähnten Zielkonflikt und der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Rechtspflege bestehen, ist eine Binsenwahrheit. Dem materiell gerechten, gründlich erwogenen Ergebnis dient tendenziell ein großzügiges Verfahren: wenig Formalismus, großzügig gewährtes rechtliches Gehör, Korrekturmöglichkeiten und Novenrecht auch in späteren Prozeßphasen, geringe Kostenrisiken, genügend Zeit zur Reflexion für Richter und Parteien, mehrere Instanzen zur Behebung von Fehlern. Dem sind die Postulate, die dem Interesse an rascher Klarheit und Streiterle-

<sup>18</sup> Vgl. etwa die Hervorhebung der drei Aspekte Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit als Teilinhalte der Rechtsidee bei RADBRUCH, S. 164 ff.

<sup>19</sup> Namentlich in der deutschen Verwaltungsrechtspflege wird die Verfahrensdauer als Kardinalproblem beklagt, vgl. etwa SENDLER, Zu wenig, S. 175 ff.; DERSELBE, Instanzenzug, S. 157 ff.; DERSELBE, Rechtsschutz, S. 813 ff.; DERSELBE, Möglichkeiten, S. 923 ff.; ULE, a. a. O., S. 821 ff; das Problem beschäftigte auch schon die Straßburger Behörden; vgl. etwa IntKomm EMRK, MIEHSLER/VOGLER, N. 309 ff., S. 324 f. zu Art. 6 EMRK; neuestens etwa Fall Deumeland, EuGRZ 1988, S. 20 ff.

<sup>20</sup> Das Ziel raschen Rechtsfriedens läßt sich zwangslässig dem Rechtssicherheitsinteresse zuordnen.

<sup>21</sup> Vgl. etwa VOGEL, Grundriß, S. 26 ff.; DERSELBE, Prozeß-Ökonomie, S. 11 f.; RAUTER, S. 354; HEUSSNER, S. 313; PIEPER, S. 773 ff.

digung dienen, weitgehend<sup>22</sup> entgegengesetzt. Im Hinblick auf maximale Ergebnisgerechtigkeit gewährte Möglichkeiten, Noven vorzubringen, Irrtümer zu korrigieren, Rechtsmittel zu ergreifen, unterliegen indes dem Gesetz des abnehmenden Grenznutzens<sup>23</sup> selbst dann, wenn man dem Interesse an raschem Endentscheid nicht einseitig den Vorrang gibt. Je stärker aber das Interesse an rascher Rechtssicherheit gewichtet wird, desto größer wird der diesem Interesse erwachsende «Grenzschaden» durch zusätzliche Möglichkeiten der Prozeßverlängerung. Mehr Rechtsmittel bedeuten somit nicht notwendigerweise mehr Gerechtigkeit<sup>24</sup>. Es stellt sich auch auf dieser Ebene wiederum ein Abwägungs-, ein Optimierungsproblem.

### *C. Hinzutretende Rechtsschutzprobleme*

*12. Verschärfung des Zielkonflikts.* Der vorstehend gestreifte grundlegende Zielkonflikt zwischen Gerechtigkeit und raschem Rechtsfrieden wird durch verschiedene Umstände verschärft. So ist die Kapazität der zur Rechtsanwendung bzw. zum Rechtsschutz berufenen Organe prinzipiell beschränkt<sup>25</sup>. Dies gilt auch für die ihnen zur Verfügung gestellten Mittel. Mit diesen Werkzeugen ist eine anscheinend weltweit ständig stark wachsende Zahl von Geschäften zu erledigen<sup>26</sup>, dies in einer Welt, die – abermals eine Binsenwahrheit – ihrerseits immer

<sup>22</sup> Wenn auch nicht vollständig: so ruft das reine «Erledigungsprinzip» u. U. aufwendigen Revisionsverfahren, die bei mehr Sorgfalt nicht notwendig gewesen wären.

<sup>23</sup> Ähnlich BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S.41 (wenn auch dort bezogen auf die Antinomie Richtigkeit [und sozialer Nutzen] des Urteils – Kosten).

<sup>24</sup> Überschriften von Zeitschriftenaufsätzen wie «Weniger Recht durch mehr Gesetz?» (BLANKENBURG), «Mehr Justiz, aber weniger Gerechtigkeit?» (BLANKENBURG), «Zu wenig durch zu viel Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß? oder: Wäre weniger mehr?» (SENDLER), sind wohl symptomatisch. – Gegen quantitatives Denken schon IMBODEN, Gestalt und Zukunft, S. 463 ff., 476.

<sup>25</sup> Der damalige Präsident des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes, ERNST BENDA, hat 1979 die «Rechtsgewährung» als «knappes Gut» bezeichnet und damit eine in Deutschland bis heute anhaltende Diskussion ausgelöst; vgl. DRT 1979, S. 362; vgl. ferner BAUDENBACHER, a. a. O., *passim*.

<sup>26</sup> In Amerika wurde das Stichwort «litigation explosion» geprägt, vgl. etwa GARTH, S. 18; BLANKENBURG/TANIGUCHI, S. 5.

komplexer wird. Die daraus folgende Überlastung der Rechtspflege ist dementsprechend vor allem in Deutschland ein Gemeinplatz<sup>27</sup>.

Zugleich wird aber auch das Postulat vertreten, der «Zugang zum Recht» sei zu verbessern. So hat etwa das Ministerkomitee des Europarates gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK Empfehlungen an die Mitgliedstaaten zur Verbesserung des Zugangs zum Recht erlassen<sup>28</sup>, und eine reiche Literatur befaßt sich ihrerseits mit diesem Thema<sup>29</sup>. Daß sich dadurch das Kapazitätsproblem noch verschärfen kann, ist offensichtlich.

Kapazitätsengpässe und Überlastung müssen sich nicht notwendigerweise überall gleich auswirken. Knappe Rechtsverwirklichungsressourcen können theoretisch sowohl zu beschleunigter Erledigung auf Kosten der Gründlichkeit (und damit – mindestens vermutungsweise – der Gerechtigkeit) als auch zu Verzögerungen führen, wenn trotz mangelnder Kapazität der Wunsch nach einer gewissen Gründlichkeit geblieben ist. Letzteres ist die wahrscheinlichere Folge; beides stellt indes das «rechte» Funktionieren der Rechtspflege in Frage.

*13. Ergebnis: Ein komplexes Spannungsfeld.* Setzt man die Justizgewährleistungspflicht und das Postulat verbesserten Zugangs zum Recht mit den Problemen knapper Rechtsverwirklichungsressourcen und des überlasteten Rechtspflegeapparats vor dem Hintergrund der in N. 10 hievor dargelegten grundlegenden Spannung zwischen materieller Gerechtigkeit und raschem Rechtsfrieden in Beziehung, so komplizieren sich die Zielkonflikte. Die Verbesserung des Zugangs zum Recht will auch Fällen den Weg zum Recht ebnen, denen dieser bisher zu steinig war. Erfolgreiche Bemühungen dieser Art könnten

<sup>27</sup> Vgl. etwa die Diskussionen an den Deutschen Richtertagen 1983 und 1987, wiedergegeben in DRT 1983 sowie in DRiZ 1983 und 1987; ferner: für die Überlastung oberer und oberster Gerichte insbesondere GRISEL, Surcharge, S. 373 ff.; JOLOWICZ; In der Schweiz ist in Amtsberichten von Gerichten ebenfalls oft über die steigende Belastung geklagt worden; speziell betreffend Überlastung des Schweizerischen Bundesgerichts etwa die jährlichen Rechenschaftsberichte dieses Gerichts sowie die Botschaft des Bundesrates zur OG-Revision, BBI 1985 II, S. 737 ff.; siehe im übrigen unten N. 29 ff.

<sup>28</sup> Vgl. IntKommEMRK, MIEHSLER/VOGLER, N. 257 ff. zu Art. 6 EMRK.

<sup>29</sup> Vgl. etwa CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 669 ff., und 1982, S. 664 ff., STORME, S. 759 ff.; SCHWAB/GOTZWALD, S. 37 ff.; ferner etwa die Beiträge in BLANKENBURG/KAUPEN (Hrsg.).

somit die Geschäftslast der Rechtspflege abermals anwachsen lassen, also mehr Kapazität erfordern<sup>30</sup>. Wird diese durch den Abbau bestehender Leistungen geschaffen, wird dies zumindest teilweise tendenziell auf Kosten bisheriger Zugänglichkeit geschehen und die Opposition derjenigen bewirken, die davon wirklich oder vermeintlich profitierten<sup>31</sup>. Aber auch die Schaffung neuer Kapazität kann – schon aus Kostengründen – politischen Widerständen rufen und wird möglicherweise das Problem der Allokation knapper Ressourcen nur graduell mildern. Insgesamt stellen sich somit komplexe Optimierungsprobleme, auf die nachfolgend näher eingegangen werden soll.

#### *D. Ausblick auf übergreifende Zusammenhänge*

*14. Staat, Recht und Rechtsschutz.* Der (staatliche) Rechtsschutz bildet nur einen Teilaспект im Gefüge der Staatsfunktionen. Es rechtfertigt sich daher, in einer abschließenden Betrachtung über die vorhin skizzierten Fragen hinauszugehen und einige weiterführende, vorab institutionelle Aspekte kurz zu streifen, um das Thema in weitere Zusammenhänge zu stellen.

### **III. Rechtsschutz bei knappen Ressourcen**

*15. Einleitung.* Gemeinsam ist den nachfolgenden Ausführungen, daß es im wesentlichen um die Frage geht, wie in dem oben in N. 13 skizzierten komplexen Spannungsfeld der Rechtsschutz optimal konzipiert werden kann. Die Frage wird aus verschiedenen Blickrichtungen zu stellen versucht; die einzelnen Abschnitte verstehen sich aber nicht als «die» gültige Auswahl «der» Probleme des Rechtsschutzes *de lege ferenda*, sondern sind eher eine persönliche, zunächst vor allem auf den

<sup>30</sup> Drastisch: BENDER, S. 718: «Wenn es tatsächlich gelänge, die Zugangsbarriere zur Justiz für die Unterschicht wegzuräumen, dann käme eine solche Arbeitslawine auf die Gerichte zu, daß sie mittels eines Rechtsstabes herkömmlichen Umfangs niemals bewältigt werden könnte.»

<sup>31</sup> Etwa nach der Gleichung «Verkürzung der Verfahren und Verkürzung der Instanzen = Verkürzung des Rechtsschutzes»; SENDLER, in: 54. DJT 1982 II, S. L 121.

Zivilrechtsschutz bezogene Annäherung an das Thema. Den Hintergrund bildet die grundlegende Spannung «materielle Gerechtigkeit – rascher Rechtsfriede».

#### *A. Das Postulat «Zugang zum Recht»*

The courts are open to all, like the Savoy Hotel<sup>32</sup>.

*16. Reformdiskussion.* Unter der Bezeichnung «Zugang zum Recht» firmiert eines der großen Themen der Reform des Rechtsschutzes seit den siebziger Jahren. Die gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit dem Gut «Recht»<sup>33</sup> soll gewährleistet und verbessert werden. Diese Fragestellung durchzieht – aus verschiedenen Gesichtswinkeln heraus und bei sich wandelnden Gewichtungen – sowohl die juristische als auch die rechtsssoziologische und rechtspolitische Diskussion, wobei sich die Domänen naturgemäß überschneiden<sup>34</sup>. Das Thema reflektiert im übrigen auch – wie bereits oben in N.4 angetönt – einen durch die EMRK statuierten positiven Rechtsanspruch.

*17. Art. 6 Ziff. 1 EMRK.* Diese Bestimmung wurde zunächst vor allem als Garantie der prozessualen Fairneß in bereits laufenden Verfahren verstanden. Die Europäische Kommission für Menschenrechte und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte begannen dann aber, daraus auch ein Recht auf *Zugang zu den Gerichten* abzuleiten, insbesondere in Fällen, in denen es um eine Bestätigung, Änderung oder Aufhebung

<sup>32</sup> Zitiert nach STORME, S. 763.

<sup>33</sup> Auf die spezifische Diskussion über das «knappe Gut Rechtsverwirklichung» (vgl. oben N.12f.) wird nachfolgend unter lit. B näher eingegangen.

<sup>34</sup> Vgl. etwa die Beiträge CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, STORME, ROLF BEN-DER und HELLNER zu dem anlässlich des Kolloquiums «Der Schutz des Schwächeren im Recht» behandelten Unterthema «Zugang zum Recht» in RabelsZ 1976, S.669 ff.; ferner CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER 1982, S.664 ff.; SCHWAB/GOTTWALD, S.37 ff., sowie die Beiträge in: BLANKENBURG/KAUPEN (Hrsg.). Schließlich ist auch auf die «Alternativen»-Diskussion hinzuweisen; siehe dazu nachfolgend lit. C. – Das Thema liegt an der Nahtstelle zwischen Rechtspraxis, Rechtssoziologie und Rechtspolitik. Es geht daher (auch) die praktisch tätigen Juristen an, bedarf aber zufolge seiner Komplexität sicher interdisziplinärer Annäherung; vgl. etwa ROTH, S.215 ff.

ziviler Rechte oder Pflichten geht<sup>35</sup>. Das Ministerkomitee des Europarates beschäftigte sich in der Folge darüber hinaus generell auch mit Vorkehrern zur Erleichterung des Zugangs zum Recht. Daraus resultierten Entschließungen und schließlich Abkommen über die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständigung<sup>36</sup> sowie (teilweise) über die Rechtsberatung, ferner konkrete Empfehlungen über die Verfahrensgestaltung in den Mitgliedsländern zur Verbesserung des Zugangs zum Recht, insbesondere in Zivilprozessen. Empfohlen werden Maßnahmen, die darauf abzielen, die Verfahren zu vereinfachen, zu beschleunigen und zu verbilligen. Durch Beschränkung der Zahl mündlicher Verhandlungen, Verhinderung mutwilliger Prozesse und der Prozeßverschleppung, durch zügige Beweisaufnahme, Neuerungsverbot im Rechtsmittelverfahren u. a. m. sollen Zivilprozesse abgekürzt und billiger gemacht werden<sup>37</sup>.

*18. Effektivität des Rechtsschutzes und Effektivität des Rechts.* In den eben angeschnittenen Zusammenhang gehört auch das Gebot «effektiven Rechtsschutzes»<sup>38</sup>. Das deutsche Bundesverfassungsgericht nimmt einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf «effektiven Rechtsschutz» an<sup>39</sup> und leitet daraus einzelne Teilgehalte<sup>40</sup> ab, die gewissen prozessualen Garantien gleichen, welche die schweizerische Bundesgerichtspraxis aus Art. 4 BV entwickelt hat<sup>41</sup>. Zu konkreten Problemen der Rechtsverwirklichung (vgl. N. 19 ff. nachfolgend) enthält das Effektivitätsgebot indes kaum über diese Grundsätze hinausge-

<sup>35</sup> IntKommEMRK, MIEHSLER/VOGLER, N. 257 ff., 271 ff., SCHUBARTH, S. 497 ff. N. 114 ff., WILDHABER, «Civil Rights», S. 469 ff.; THÜRER, S. 246.

<sup>36</sup> Nachweise bei IntKommEMRK, MIEHSLER/VOGLER, N. 261 ff. zu Art. 6 EMRK. – Ich gebrauche hier den in der Schweiz üblichen Terminus; in der Folge wird generell der Begriff «Verfahrenshilfe» verwendet. – Deutschland spricht in der Regel von Prozeßkostenhilfe, Österreich von Verfahrenshilfe, Frankreich von Assistance judiciaire, England von Legal Aid.

<sup>37</sup> IntKommEMRK, MIEHSLER/VOGLER, N. 262, 263 zu Art. 6 EMRK.

<sup>38</sup> Vgl. etwa die Tagungsthemen des VII. und VIII. Internationalen Kongresses für Prozeßrecht (1983: «Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung»; 1987: «Justice and Efficiency»).

<sup>39</sup> Vgl. LORENZ, S. 624 ff., 630 ff., der diesen Grundsatz als «Leerformel» bezeichnet; KISSEL, S. 301 ff., 305, 309; HEUSSNER, S. 312 ff.; FINKELNBURG, S. 169 ff.; SENDLER, Guter Rechtsschutz, S. 812 ff.; ULE, S. 821 ff.; SCHWAB/GOTZWALD, a. a. O., 44 ff., 63 ff.

<sup>40</sup> Nachweise bei LORENZ, S. 631 ff.

<sup>41</sup> HAEFLIGER, Alle Schweizer, *passim*.

hende programmatische Direktiven, die im Zusammenhang mit der Verbesserung des Rechtsschutzes gesetzgeberisch direkt umgesetzt werden könnten. – Mit etwas anderer Zielrichtung wird mit dem Ruf nach Effektivität des Rechtsschutzes auch die Gewährleistung des technischen Funktionierens des Rechtsschutzapparates postuliert<sup>42</sup>. – Wiederum auf einer anderen Ebene steht die Frage nach der «Effektivität des Rechts», welche Gegenstand rechtssoziologischer Forschung bildet und mit der Erkenntnis zusammenhängt, daß sich das soziale Steuerungsinstrument «Recht» nicht einfach ohne weiteres von selbst verwirklicht<sup>43</sup>. Gerade im Zusammenhang mit der Frage nach verbessertem Zugang zum Recht können rechtssoziologische Fragen und Forschungen wertvolle Aufschlüsse dazu liefern<sup>44</sup>. Es leuchtet ein, daß für denjenigen, der ungenügenden «Zugang zum Recht» hat, das Recht insoweit «uneffektiv» ist.

*19. Probleme des Zugangs zum Recht.* Sowohl im Hinblick auf das personale Gerechtigkeitsbedürfnis als auch auf das überindividuelle Interesse an den aus gerichtlicher Rechtsfortbildung folgenden Steuerungsimpulsen läßt sich der Ruf nach verbessertem Zugang zum Recht begründen. Beide «Schulen» werden den kaum zu leugnenden Umstand anerkennen, daß sozial unterprivilegierte Rechtsuchende benachteiligt sind<sup>45</sup>. Die – wohl zu Recht konstatierte – Unwirtschaftlichkeit des in den klassischen Formen durchgeführten Zivilprozesses bei kleinen Streitwerten<sup>46</sup> und das Kostenrisiko im besonderen halten vor

<sup>42</sup> Vgl. etwa KISSEL, S. 305, 309; SENDLER, Instanzenzug, S. 157 ff.; DERSELBE, Zu wenig, S. 175 ff.; DERSELBE, Guter Rechtsschutz, S. 812 ff.; DERSELBE, Möglichkeiten, S. 923 ff.; ferner die gesamte Literatur zur Überlastungsproblematik (lit. B nachfolgend).

<sup>43</sup> Vgl. etwa die Beiträge in REHBINDER/SCHELSKY (Hrsg.) «Zur Effektivität des Rechts», ferner etwa VOIGT (Hrsg.) «Gegentendenzen zur Verrechtlichung», insbesondere die Vorbemerkungen zum Kapitel «Funktionswandel oder Funktionsverlust des Rechts», S. 71 ff.; MORAND, S. 93 ff.; DELLEY et al., *passim* und insbesondere S. 203 ff.; vom Rechtlichen herkommend: STEINMANN, S. 131 ff., 217 ff.

<sup>44</sup> Von rechtssoziologischer Seite werden erhebliche Forschungsdefizite beklagt, vgl. etwa ROTTLEUTHNER, Dilemmata, S. 133 ff.; MORAND, S. 107.

<sup>45</sup> Vgl. etwa BENDER, S. 718 ff.; STORME, S. 759 ff.; ferner SCHWAB/GOTTWALD, S. 37 ff., 47 ff.; anderseits etwa BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 38 ff.

<sup>46</sup> Vgl. etwa NUSSBAUM, S. 31 ff., 99 ff.; zu einzelnen Abhilfemaßnahmen – namentlich bei kleinen Streitwerten de lege lata und de lege ferenda – siehe nachfolgend N. 26 und lit. C.

allem den Minderbemittelten ab<sup>47</sup>. Für den mangelhaft Gebildeten wird zudem die etwas förmliche, fremde Atmosphäre des Gerichts eine Schranke bilden. Auch die Verhandlungsmaxime und die im klassischen Zivilprozeß wenig aktive Rolle des Richters benachteiligen den prozeßungewohnnten Laien. Diese Faktoren können sich kumulieren. In seinem Beitrag zum Kolloquium «Der Schutz des Schwächeren im Recht» verweist BENDER<sup>48</sup> auf eine Untersuchung des Instituts für Rechtstatsachenforschung Stuttgart von rund 8000 Zivilprozessen, die zeigt, daß es weitere, wenn auch im Ergebnis damit zusammenhängende schichtspezifische Zugangs- und Erfolgsbarrieren gibt (etwa Informationsgefälle zwischen starken und schwachen Parteien, mangelnde Effektivität von Vorschriften zum Schutze des Schwächeren im Recht, empirische Beweisvorteile der stärkeren Partei usw.), die er in ihren Wechselwirkungen auch grafisch darstellt<sup>49</sup>.

Indes visiert die Reformdiskussion nicht nur soziale Schranken, sondern auch anderweitige Hemmnisse effektiver Rechtsverwirklichung an. Eine oft beklagte Geißel ist die Rechtsverzögerung. Sie hängt häufig mit der Überlastung der Spruchkörper zusammen. Angeführt werden auch etwa unnötig formelle und komplexe Verfahrensgestaltung u. a. m. Solche Momente können der Rechtsverwirklichung ebenfalls entgegenstehen<sup>50</sup>. Wiederum auf einer anderen Ebene steht die ebenfalls mit dem «Zugang zum Recht» zusammenhängende Frage, wer welche Rechte und Interessen überhaupt geltend machen kann – insbesondere etwa bei kollektiven oder öffentlichen Interessen (vgl. N 24 nachfolgend).

## 20. Überblick über einzelne Reformansätze.

a) *Verfahrenshilfe*. Das traditionelle Armenrechtsmodell, das in den schweizerischen Prozeßrechten die Regel bildet und auch dem aus Art. 4 BV abgeleiteten bundesrechtlichen Minimalanspruch zugrunde liegt, sieht Leistungen für nicht aussichts-

<sup>47</sup> Es ist aber zu Recht darauf hingewiesen worden, daß die geltende Ordnung der Verfahrenshilfe (unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständigung) sich zu Ungunsten jener mittleren Schicht auswirkt, die die Voraussetzungen der Unbemitteltheit verfehlt, aber das Prozeßrisiko dennoch nicht ohne weiteres tragen kann (BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 47f.).

<sup>48</sup> BENDER, S. 718 ff.

<sup>49</sup> BENDER, S. 726.

<sup>50</sup> Vgl. etwa SCHWAB/GOTZWALD, S. 37 ff., 47 ff., 63 ff.

lose Prozesse bei Bedürftigkeit vor. Bei den Prozeßkosten handelt es sich dabei nach diesem Modell grundsätzlich nur um eine Stundung, insbesondere um Befreiung von Vorschußpflichten, nicht um einen Erlaß<sup>51</sup>. Dies gilt grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen der unbemittelten Partei und ihrem Rechtsbeistand<sup>52</sup>. Ist der Anwalt vom Staat zu entschädigen, erhält er in der Regel ein reduziertes Honorar<sup>53</sup>. Der im Prozeß Unterlegene, der Verfahrenshilfe bezogen hat, wird durch diese in der Regel nicht von der Pflicht zur Entschädigung der Gegenpartei befreit<sup>54</sup>. Verschiedenste Länder haben in jüngerer Zeit ihre diesbezüglichen Vorschriften revidiert. Zum Teil haben sie die Bindung an eigentliche Bedürftigkeit fallengelassen und sehen einkommensabhängige Leistungen in grundsätzlich weiterem Umfang vor, verharren im übrigen aber dem Grundsatz nach weiterhin beim Armenrechtsmodell, so im wesentlichen etwa Frankreich oder Österreich<sup>55</sup>. Andere Länder sind demgegenüber zur Erleichterung des Zugangs zum Recht weitergegangen, wie zu zeigen ist.

21. b) *Beratungshilfe*.<sup>56</sup> Großbritannien kennt seit 1949 den – seither mehrfach revidierten – Legal Aid und Assistance Act. Danach wird nicht nur je nach den wirtschaftlichen Verhältnissen ganz oder teilweise unentgeltliche Prozeßverbeiständigung, sondern auch Rechtsberatung durch private Anwälte offeriert<sup>57</sup>. Das System wird unter der Aufsicht des zuständigen Ministers (Lord Chancellor) durch die Standesvertretung der *solicitors* organisiert und geleitet, die auch die sogenannten Legal Aid Committees bestellt, welche in einem einfachen Verfahren über die Gewährung der Rechtshilfe entscheiden. Ähnlich funktioniert auch das amerikanische Judicare-Mo-

<sup>51</sup> HAEFLIGER, Alle Schweizer, S. 160; WAMISTER, S. 30 ff., 81 ff.

<sup>52</sup> Vgl. hiezu die auslegende Erklärung der Schweiz bezüglich Verteidiger- und Dolmetscherkosten beim Beitritt zur EMRK; IntKommEMRK, WILDHABER, N. 595 ff., 624 ff. zu Art. 6 EMRK.

<sup>53</sup> Vgl. etwa Art. 161 ZP SG.

<sup>54</sup> HAEFLIGER, Alle Schweizer, S. 160; WAMISTER, S. 50.

<sup>55</sup> Vgl. insbesondere TROCKER, S. B 1 ff.; zu Frankreich: B 56 ff.; zu Österreich: B 62 ff. Während in Frankreich die Gewährung von Verfahrenshilfe normalerweise den Erlaß der Kosten bewirkt, bleibt es in Österreich grundsätzlich bei deren Stundung.

<sup>56</sup> Zum Thema «Beratungshilfe» im allgemeinen Rechtsvergleich vgl. BLANKENBURG, Subventionen, S. 108 ff., DERSELBE, Evaluation, S. 39 ff.

<sup>57</sup> TROCKER, B 24 ff., CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 684 ff.; CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1982, S. 673.

dell<sup>58</sup>. Deutschland ist mit dem Prozeßkostenhilfegesetz von 1980 ebenfalls zu flexibleren Anspruchsvoraussetzungen übergegangen<sup>59</sup>, und das Beratungshilfegesetz von 1981 sieht nun auch die staatliche Subventionierung der Rechtsberatung vor<sup>60</sup>. In der Schweiz beschränkt sich die Rechtsberatung dieser Art häufig auf einzelne gewerkschaftliche Einrichtungen sowie vor allem auf die verbreiteten unentgeltlichen oder wohlfeilen Rechtsauskunftsstellen von Anwaltsverbänden, deren Tätigkeitsumfang in der Regel aber eher bescheiden ist. Neuland hat der Kanton Aargau beschritten: Gemäß § 97 KV sorgt der Staat für unentgeltliche Rechtsauskunftsstellen.

*22. c) Umfassendere Systeme.* Zur Verfahrenshilfe hinzu tritt öffentlich subventionierte Beratungshilfe auch in Holland. Hier besteht – weitergehend als etwa in Deutschland<sup>61</sup> – ein ausgebautes Netz von öffentlichen und privaten Beratungsstellen innerhalb und außerhalb der Advokatur<sup>62</sup>. Rechtssoziologischen Untersuchungen zufolge funktionieren diese Stellen gut und spielen eine erhebliche Rolle in einer stärker auf Streitschlichtung, weniger auf Prozeßführung ausgerichteten Rechtskultur, die auch kein Anwaltsmonopol kennt<sup>63</sup>. Allerdings bestehen heute Bestrebungen, die staatliche Subventionierung der Prozeßkosten- und Beratungshilfe einzufrieren oder zu reduzieren, da darin eine Hauptursache des offensichtlich auch in Holland zu verzeichnenden Anschwellens der Prozeßflut erblickt wird<sup>64</sup>, die sich allerdings in absoluten

<sup>58</sup> TROCKER, B 38, 43 ff.; CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, S. 684 ff.

<sup>59</sup> Danach hat eine minderbemittelte Partei die Kosten je nach dem gar nicht oder in (höchstens 48) Raten zu erbringen; zu einzelnen Problemen vgl. MÜLLER-ALTEN, a.a.O., S. 306 ff., PUTZIER/DERLEDER, S. 9 ff.; SCHNEIDER, S. 53 ff.; diese Autoren beurteilen das deutsche Modell kritisch.

<sup>60</sup> Näheres (kritisch) bei BLANKENBURG, Evaluation, S. 39 ff.; Der Autor hält das in Deutschland gewählte System im Vergleich etwa zu Holland für wenig wirkungsvoll und zu sehr auf anwaltliche Standesinteressen ausgerichtet.

<sup>61</sup> Berühmt immerhin die Öffentliche Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle Hamburg (ÖRA); hiezu FALKE, S. 13 ff.; ferner weitere Beispiele in BLANKENBURG/KAUPEN.

<sup>62</sup> BLANKENBURG/VERWOERD, Rechtsmittelstaat, S. 207 ff.; BLANKENBURG/VERWOERD, Weniger Prozesse, S. 169 ff., 177 f.; BLANKENBURG, Subventionen, S. 108 ff.

<sup>63</sup> BLANKENBURG/VERWOERD, Weniger Prozesse, S. 169 ff., 177 f.; BLANKENBURG, Evaluation, S. 43 f.; DERSELBE, Subventionen, S. 108 ff.

<sup>64</sup> NIESKENS, S. 176; Entgegengesetzter Meinung: BLANKENBURG/VERWOERD, Rechtsmittelstaat, S. 207 ff., Weniger Prozesse, S. 169 ff.; BLANKENBURG, Evaluation, S. 43 f.

Zahlen im Vergleich mit entsprechenden deutschen Beispielen noch relativ harmlos ausnimmt<sup>65</sup>.

Das seit 1972 geltende schwedische System ist ein durchkomponiertes Ganzes, das nicht nur auf Verfahrenshilfe ausgerichtet ist, sondern auch Beratung – durch Anwälte oder durch öffentliche Rechtshilfebüros – und Beistand bei Vergleichsversuchen, in Schiedsverfahren u. a. m. offeriert. Die Einkommensgrenzen, die zum Bezug solcher Leistungen berechtigen, sind so angesetzt, daß der Großteil der Bevölkerung davon profitiert. Grundsätzlich in allen Fällen wird dann aber ein einkommensabhängiger Selbstbehalt erhoben<sup>66</sup>.

23. d) *Neighborhood Law Offices in den USA*. Den vielleicht radikalsten Ansatz bilden die amerikanischen Neighborhood Law Offices<sup>67</sup>, die in den sechziger Jahren unter Präsident Johnson im Rahmen seines «war on poverty» eingeführt wurden. Das Recht sollte an wirtschaftlich und sozial unterprivilegierte Schichten herangeführt werden durch Schaffung dezentralisierter öffentlicher Beratungsstellen, die gezielt in armen Quartieren errichtet wurden, um die Schwellenangst herabzumindern. Staatlich angestellte Anwälte betreiben Rechtshilfe nicht nur im individuellen Sinn, sondern auch als «angewandte Sozialarbeit»<sup>68</sup> durch Aufklärung, Ermutigung von Selbsthilfeformen, Zusammenarbeit mit anderen sozialen Organisationen, breitangelegter Rechtsreformarbeit, Führen von Musterprozessen u. a. m.<sup>69</sup>. Als Nachteil des Systems erscheint unter anderem seine Staatsabhängigkeit, die insbesondere zu Konflikten führen mußte, wenn es Interessen der Klienten gegenüber dem Staat wahrzunehmen galt<sup>70</sup>. Um die direkte Staatsabhängigkeit aufzuheben, wurden die Offices der formell staatsunabhängigen Legal Services Corporation unterstellt<sup>71</sup>, die in der Folge unter der Reagan-Administration unter politischen Beschuß geriet, da diesen Zentren Linkslastigkeit vorge-

<sup>65</sup> BLANKENBURG/VERWOERD, Weniger Prozesse, S. 169 ff., 172 ff. und 176 ff., BLANKENBURG/VERWOERD, Rechtsmittelstaat, S. 207 ff., 209 f.

<sup>66</sup> TROCKER, B 48 ff., CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 689 ff.

<sup>67</sup> TROCKER, B 36 ff.; CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 687 ff.; in späteren Publikationen werden diese Einrichtungen als in der Regel Neighborhood Justice Centers genannt; vgl. auch KNOPPK-E-WETZEL, S. 196 ff.

<sup>68</sup> TROCKER, B 36.

<sup>69</sup> TROCKER, B 36 ff., 40 ff.

<sup>70</sup> CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 688 f.

<sup>71</sup> CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 689.

worfen wurde<sup>72</sup>. Das amerikanische Modell der Neighborhood Law Offices hat seinerseits wieder nach Europa ausgestrahlt (etwa nach Holland, Großbritannien<sup>73</sup>).

24. «*Access-to-Justice-Approach*». Die Bestrebungen, den Zugang zum Recht zu verbessern, sind, wie gezeigt, nicht mehr nur auf die Gewährung von Hilfe im Prozeßfall für Personen in wirtschaftlich schwierigen Situationen gerichtet. Sie umfassen in vielen westlichen Ländern teils großzügige Angebote von Prozeß- und Anwaltskostenbeteiligung sowie Rechtsberatung einschließlich Vergleichs- und Schlichtungsbemühungen. Holland, Großbritannien und die nördlichen Staaten kennen dabei zunehmend auch öffentliche Rechtshilfestellen; das Anwaltsmonopol spielt insoweit oder sogar überhaupt eine geringere Rolle. In Verbindung mit solchen Bemühungen zur Verbesserung der «Rechtshilfe» hat sich die rechtssoziologische und rechtspolitische Diskussion in den letzten Jahren intensiv auch den Möglichkeiten informeller, außergerichtlicher Streiterledigung zugewandt («Alternativen»-Diskussion<sup>74</sup>). In solchen Streiterledigungsmechanismen wird – gerade zufolge ihrer Formfreiheit – eine neue Möglichkeit gesehen, Personen mit Schwellenangst vor dem eigentlichen Justizapparat die Wahrung ihrer rechtlichen Interessen zu ermöglichen<sup>75</sup>. Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch auf die Probleme der Repräsentation kollektiver oder ideeller (öffentlicher) Interessen, etwa im Umweltschutz, aufmerksam gemacht und die Auffassung vertreten worden, daß der Zugang solcher Interessen zum Recht, der mangels eigentlicher «Berechtigter» nur beschränkt möglich ist, zu verbessern sei<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1982, S. 675; es gelang aber bis heute nicht, diesen Institutionen das Lebenslicht auszublasen, da sich namentlich der amerikanische Anwaltsverband (ABA) stark für sie einsetzte; vgl. ENGLADE, S. 66 ff.; WOLFRAM, S. 936 ff.

<sup>73</sup> CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1982, S. 676 f.

<sup>74</sup> Vgl. die Beiträge in: BLANKENBURG/GOTTWALD/STREMPER, *passim*; und in: BLANKENBURG/KLAUSA/ROTTLEUTHNER; weitere Literatur nachfolgend lit. C.

<sup>75</sup> Vgl. etwa CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, *passim*; BLANKENBURG, Mehr Justiz, S. 262 ff.

<sup>76</sup> CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 693 ff., sprechen von «diffuse interests». Dies berührt sich einerseits mit der oben, N. 1, vertretenen These, daß «Rechtsschutz» auch die Wahrung kollektiver und öffentlicher Interessen umfaßt, und läuft anderseits auf das Postulat der Einräumung von Verbands- und Gruppenklagerechten hinaus.

Dieser umfassend konzipierte Ansatz, der jegliche Bestrebungen zur Verbesserung des Zugangs zum Recht – für Leute aller Schichten und Vermögensverhältnisse, für private und öffentliche Interessen, innerhalb und außerhalb des traditionellen Justizapparates – einbezieht, ist bildhaft als «Access-to-Justice-Approach» bezeichnet worden<sup>77</sup>. Soweit er über die rein individualistisch orientierte Verbesserung des Zugangs zum Recht hinausgeht, bestehen Berührungspunkte mit jener Betrachtungsweise, die sich vor allem für das objektivrechtliche «Rendement», für die Steuerungsimpulse interessiert, die von behördlichen Entscheiden auf das wirtschaftliche und soziale Leben und auf die Fortbildung des objektiven Rechts ausgehen. Da der «Access-to-Justice-Approach» aber zugleich in breitem Maße «alternative» Streiterledigungsmechanismen einbegreift, ist er letztlich weiter angelegt als der erwähnte systemfunktionale Ansatz, der vor allem auf behördliche Entscheide oder wenigstens behördlich gesteuerte Verfahren ausgerichtet ist<sup>78</sup>.

*25. Verfahrensgestaltung und Rolle des Richters.* Der klassische Zivilprozeß war in starkem Maße vom Parteibetrieb und der Verhandlungsmaxime beherrscht; die Rolle des Richters erschöpfte sich in der Würdigung des formrichtig vorgebrachten Prozeßstoffs. Modernere kontinentaleuropäische Prozeßgesetze haben die Stellung des Richters verstärkt, ihm Fragerechte und u. U. -pflichten, das Recht zur Abnahme nicht beantragter Beweise und damit – anders als etwa im angelsächsischen Rechtskreis<sup>79</sup> – eine gewisse Korrekturfunktion im Interesse der materiellen Gerechtigkeit übertragen.

De lege lata sind sodann bei kleinen Streitwerten in manchen Kantonen Verfahrensvereinfachungen – beispielsweise Mündlichkeit – vorgesehen. In Zivilprozeßverfahren von sozialpolitischem Inhalt ist teilweise auch die Untersuchungsmaxime von Bundesrechts wegen vorgeschrieben, so etwa die Arbeitsvertragsstreitigkeiten nach Art. 343 OR. Verschiedene Stimmen stellen auch eine weitere Verstärkung der Stellung des Richters, insbesondere die Abkehr von der Verhandlungs- und Disposi-

<sup>77</sup> CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 704 ff.

<sup>78</sup> Vgl. BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, *passim*; DERSELBE, Zivilprozeß, S. 161 ff.; zur Theorie der Steuerung von Verfahren, DERSELBE, Funktionszuwachs, *passim*, insbesondere S. 69 ff.

<sup>79</sup> Vgl. BLANKENBURG/VERWOERD, Weniger Prozesse, S. 170 f.

tionsmaxime im Hinblick auf die größtmögliche Verwirklichung des materiellen Rechts – beispielsweise im modernen Wirtschaftsrecht – zur Diskussion<sup>80</sup>. In genereller Weise ist auch die Frage aufgeworfen worden, ob der zivilprozessuale Rechtsschutz verbessert werden könne, indem er sich am Verwaltungsverfahren orientiere<sup>81</sup>.

*26. Rechtsschutzversicherung als privatwirtschaftlicher «Zugang zum Recht»?* Über die heutige Situation des «Zugangs zum Recht» kann nicht ohne Einbezug der sich wachsenden Verbreitung erfreuenden Rechtsschutzversicherungen gesprochen werden. In Deutschland sollen bereits 1980 rund 40 % der Haushalte bei einem Prämienaufkommen von über 1,7 Mrd. DM mit einer Rechtsschutzversicherung ausgestattet gewesen sein<sup>82</sup>. Die Einrichtung «Rechtsschutzversicherung» ist kontrovers. Gegner erblicken in ihr einen der Gründe der «litigation explosion», da sie durch Senkung des Kostenrisikos den Entschluß zum Prozeß erleichtere, die Vergleichsbereitschaft schwinden lasse und durch einseitige Prozeßkostenentlastung eine wohlfahrtswidrige Umverteilung des Inhalts des materiellen Rechts zum Nachteil der mit einem Kostenrisiko belasteten Partei bewirke<sup>83</sup>. Diesem Befund ist indes widersprochen worden. Die rechtssoziologische Auseinandersetzung darüber ist in Deutschland noch im Gange, wobei die Stimmen, welche die Rechtsschutzversicherungen vorsichtig positiv würdigen, eher zu überwiegen scheinen<sup>84</sup>. Befürworter versuchen darzutun, daß sich eine erhöhte «Streitversessenheit» rechtsschutzversicherter Bürger nicht schlüssig nachweisen lasse, und daß die durch Rechtsschutzversicherungen ermöglichte vorprozessuale fachkundige, insbesondere anwaltliche Beratung auch eine konfliktvermindernde oder vergleichsfördernde Wirkung

<sup>80</sup> Vgl. die Nachweise bei BAUDENBACHER, Zivilprozeß, S. 175 ff.; dieser Autor ist indes skeptisch, ob der Zivilprozeß überhaupt zum Vollzug des modernen Wirtschaftsrechts geeignet sei; a. a. O., S. 184 f.; siehe nachfolgend N. 73.

<sup>81</sup> Vgl. den Generalbericht von GARTH, *passim*, insbesondere S. 13 ff., 21 ff.

<sup>82</sup> ADAMS, S. 187 ff.

<sup>83</sup> ADAMS, S. 199 ff.

<sup>84</sup> BLANKENBURG/FIEDLER, *passim*; KLAGES, S. 401 f.; ferner vgl. Zeitschrift für Rechtssoziologie, 7/1986, mit Arbeiten von ADAMS (contra, S. 212 ff.) einerseits, von BLANKENBURG (S. 242 ff.), KOTZOREK (S. 237 ff.), RÖHL (S. 226 ff.) und SCHMIDT (S. 230 ff.) andererseits; ferner auch BLANKENBURG, Subventionen, S. 108 ff.

haben könne<sup>85</sup>. Allerdings wird auch der kritische Einwand erhoben, daß die verschiedenen Auffassungen über die Auswirkungen von Rechtsschutzversicherungen insgesamt empirisch ungesichert seien<sup>86</sup>.

*27. Eigene Erfahrungen.* Daß Rechtsschutzversicherungen die Prozeßneigung namentlich bei kleinen Streitigkeiten erhöhen, scheint mir zwar insgesamt glaubhaft<sup>87</sup>; ich würde diese Auswirkung ohne nähere Analyse aber nicht überschätzen. Nach meiner Erfahrung sind rechtsschutzversicherte Klienten nicht signifikant streitlustiger. Gewiß läßt sich in Einzelfällen eine Art «Jetzt-will-ich-eine-Gegenleistung-für-meine-Prämien-Mentalität» beobachten. Sie bildet aber keine dominierende Erfahrung bei diesem Klientensegment; ich habe jedenfalls nur selten beobachtet, daß das Vorhandensein einer Rechtsschutzversicherung einer vernünftigen Erledigung im Wege stand. Im übrigen scheinen mir Rechtsschutzversicherungen namentlich für sozial Schwächere in bestimmten Risikopositionen – z. B. als Autofahrer – den Zugang zum Recht spürbar zu verbessern. Ihre Beliebtheit etwa unter Ausländern, die ohne fachkundige Beratung sich bald einmal verloren vorkämen und z. B. bei einem Verkehrsunfall Mühe hätten, ihre Ansprüche angemessen zur Geltung zu bringen, ist ein Indiz für ein bestehendes Bedürfnis. Im übrigen sind auch die Rechtsschutzversicherer nicht versessen darauf, sinnlose Prozesse zu finanzieren. Im Hinblick auf praktisch sinnvolle, pragmatische Erledigung von Fällen zeigen sie sich nach meiner Erfahrung aber oft kulant.

*28. Abschließende Bemerkungen.* Kann und soll der Zugang zum Recht verbessert werden und, wenn ja, wie und inwieweit? Es stellen sich Abwägungs- und Optimierungsprobleme auf verschiedenen Ebenen. Aus dem oben in N. 13 skizzierten Spannungsfeld folgt, daß Reformvorschläge stets einiger Vorsicht und Überlegung bedürfen, da sie bei allzu einseitiger Ausrichtung auf ein einziges Teilziel sich problematisch, wenn nicht im Ergebnis kontraproduktiv auswirken können. Dieses stets nach hinreichender Ausbalancierung verlangende Spannungsverhältnis läßt sich etwa an den – an sich begrüßenswerten – Re-

<sup>85</sup> Etwa BLANKENBURG, Subventionen, S. 109; BLANKENBURG/VERWOERD, Weniger Prozesse, S. 169 ff., 173 f., 177 f.

<sup>86</sup> ROTTLEUTHNER, S. 133 ff., 135.

<sup>87</sup> Vgl. aber die Skepsis verschiedener Autoren gegenüber dieser Behauptung, Anm. 84 hievor.

formvorschlägen des Ministerkomitees, die im Internationalen Kommentar zu Art. 6 EMRK<sup>88</sup> konzis zusammengefaßt sind, kurz zeigen: Die Beschränkung der Zahl der Verhandlungen, das Novenverbot im Rechtsmittelverfahren oder zügige Beweisaufnahmen können den Justizapparat zwar entlasten, so daß andere Fälle rascher und/oder gründlicher erledigt werden können. Sie können der prozeßungewohnten Partei aber auch den Zugang zum Recht und damit die Verwirklichung des materiellen Rechts erschweren, wenn sie engherzig gefaßt oder gehandhabt werden. Auch in der Wendung «Effektivität des Rechtsschutzes» ist dieser situationsbedingte Zwiespalt angelegt: Je nachdem kann der Akzent stärker auf die optimale Verwirklichung des materiellen Rechts oder aber auf das effektive Funktionieren des eigengesetzlich verstandenen Rechtspflegeapparats gelegt werden<sup>89</sup>. Insgesamt ist es eine von Werturteilen abhängige rechtspolitische Gewichtungsfrage, inwieweit man Maßnahmen zur effektiven Verbesserung des Zugangs zum Recht treffen (z. B. durch Ausbau der Beratungs- und Verfahrenshilfe) und welche Konsequenzen und gegebenenfalls Nebenwirkungen<sup>90</sup> man dabei in Kauf nehmen will (etwa Steigerung der Geschäftslast; Einschränkungen des Anwaltsmonopols, insbesondere soweit sich dieses auch auf Rechtsberatung erstreckt; Kosten). Zudem bestünde meines Erachtens gerade zur Situation in der Schweiz und den hier bestehenden Bedürfnissen einiger Bedarf an rechtsssoziologischer Forschung<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Vgl. IntKommEMRK, MIEHSLER/VOGLER, N. 262 f. zu Art. 6 EMRK.

<sup>89</sup> Die These, daß die Leitlinie jederzeit die optimale Verwirklichung der Gerechtigkeit oder wenigstens des materiellen Rechts und nicht einfach bloßes Effizienzdenken sein müßte (vgl. etwa HEUSSNER, S. 312 ff., LORENZ, S. 638 f.), ist an sich wohl konsensfähig. Aber wer sich mit den realen Verwirklichungsbedingungen des Rechts befaßt, kommt um die Erkenntnis gewisser Bedingtheiten nicht herum: Es bedarf eines Apparates. Dieser muß funktionsfähig sein, sonst verfehlt er seinen Zweck und enttäuscht die Rechtsuchenden noch stärker, als wenn überhaupt kein Rechtsschutz versprochen würde; vgl. auch SCHWAB/GOTTWALD, S. 44 ff., 63 ff.

<sup>90</sup> Vgl. NOLL, Gesetzgebungslehre, S. 156 ff., DERSELBE, Soziale Wirksamkeit, S. 71 ff.

<sup>91</sup> Vgl. MORAND, S. 107.

### *B. Beschränkte Kapazität und Überlastung der Rechtspflege*

29. «*Rechtsgewährung als knappes Gut*»<sup>92</sup>. Wachsender Geschäftsanfall bei prinzipiell begrenzter Kapazität führt zur Überlastung der Rechtspflege. Das Phänomen «*litigation explosion*» und seine Folgen werden international als Problem empfunden<sup>93</sup>. In Deutschland erscheinen die Geschäftsziffern der Gerichte im internationalen Vergleich in absoluten Zahlen als sehr hoch<sup>94</sup>. Seit rund zehn Jahren ist die Überlastung der Justiz daher ein Dauerthema. Dem zahlenmäßigen Befund wird aber relativierend entgegengehalten, daß die Geschäftslast *pro Richter* im globalen Vergleich in Deutschland günstiger ausfalle und daß es sich bei der Überbelastung mindestens teilweise um ein Verteilungsproblem handeln könnte<sup>95</sup>. Auch ein Blick auf die Geschäftszahlen bei den deutschen Amts- und (erstinstanzlichen) Landgerichten zeigt zwar eine absolut hohe Geschäftsbelastung; diese konnte aber bisher im wesentlichen bewältigt werden, ohne daß die verbleibenden Pendenzen nennenswert angestiegen wären<sup>96</sup>. Auch in Amerika wird die Diagnose «*litigation explosion*» statistisch zum Teil bezweifelt<sup>97</sup>.

30. *Schweizerische Beispiele*: Fragen dieser Art sind in der Schweiz vor allem im Zusammenhang mit der Situation am schweizerischen Bundesgericht diskutiert worden<sup>98</sup>. Auch bei kantonalen Obergerichten sind Klagen über dauerndes Anschwellen der Geschäftslast laut geworden. Im Kanton St. Gallen zeigt die Statistik des Kantonsgerichts zwischen 1973 und 1984 einen Anstieg der jährlichen Eingänge von ca. 520 auf ca. 1200 (und der jährlichen Erledigungen von ca. 540 auf ca. 1120),

<sup>92</sup> BENDA, S. 256, vgl. oben, N. 12.

<sup>93</sup> Vgl. oben, Anm. 26, 27; im übrigen insbesondere GARTH, S. 18; für obere Instanzen: JOLOWICZ, *passim*; BENDA, S. 256; ferner die Diskussion am Deutschen Richtertag 1983 (DRT 1983, *passim*), mit Berichten aus vielen europäischen Ländern.

<sup>94</sup> Vgl. ROTTLEUTHNER/ROTTLEUTHNER-LUTTER, S. 139 ff.; für den Vergleich mit Holland vgl. BLANKENBURG/VERWOERD, Rechtsmittelstaat, S. 207 ff., 209, BLANKENBURG/VERWOERD, Weniger Prozesse, S. 169 ff., 172 ff.

<sup>95</sup> BLANKENBURG, Mehr Justiz, S. 265; DERSELBE, Schlichtung und Vermittlung, S. 7.

<sup>96</sup> Instruktiv: ROTTLEUTHNER/ROTTLEUTHNER-LUTTER, S. 139 ff.

<sup>97</sup> Nach BLANKENBURG/TANIGUCHI, S. 5.

<sup>98</sup> Vgl. die Rechenschaftsberichte des Bundesgerichts der letzten Jahre sowie die verschiedenen Anläufe zur OG-Revision (BBl 174 I 1905 ff., 1978 I 1229 ff., 1980 I 155 ff., 1980 III 77 ff., 1985 II 737 ff.); ferner bereits GRISEL, Surcharge, S. 373 ff.

wobei namentlich zwischen 1974 und 1977 sowie zwischen 1981 und 1984 die Zunahmen sprunghaft waren (1974: ca. 560, 1977: ca. 770, 1981: ca. 790, 1984: ca. 1200 Zugänge<sup>99</sup>). Dem entsprach ein nicht unerheblicher personeller Ausbau an Richtern und Gerichtsschreibern<sup>100</sup>. Der Erlaß des Gerichtsgesetzes von 1987 brachte zugleich den Übergang von der Fünfer- zur Dreierbesetzung<sup>101</sup>. Die erstinstanzliche Gerichtsbarkeit verzeichnete ebenfalls Zunahmen, die jedoch bei summarischer Betrachtung prozentual weniger gravierend erscheinen; der unterschiedliche Zuwachs bei bestimmten Untergliederungen (z. B. Gerichtskommission) dürfte wohl mit der mehrfachen Verschiebung der Streitwertgrenzen im Zivilprozeß zusammenhängen<sup>102</sup>. Auch andere Kantone verzeichneten ähnliche Entwicklungen, wenn im einzelnen auch Unterschiede zu bestehen scheinen<sup>103</sup>. Im Kanton Zürich wurde die Belastungsfrage vor allem im Zusammenhang mit der als zu lang empfundenen durchschnittlichen Prozeßdauer angeschnitten<sup>104</sup>.

*31. Zu den Ursachen.* Es ist durchaus zu Recht ausgeführt worden, daß die wachsende Inanspruchnahme von Rechtsschutz, der «Kampf ums Recht», nicht einfach negativ bewertet werden darf. Es legitimiert letztlich unsere Ordnung, wenn Bürger ihre Rechte, die sie bestritten sehen oder glauben, durchzusetzen versuchen<sup>105</sup>. Diese Überlegung darf nicht außer Sicht geraten – auch wenn das Anschwellen der Geschäftslast teilweise (sozial-)pathologische Züge tragen mag.

<sup>99</sup> Amtsberichte der kantonalen Gerichte über das Jahr 1984, S. 12f.

<sup>100</sup> Bis 1982 (seit ca. 70 Jahren): sieben hauptamtliche und vier nebenamtliche Richter, ab 1982: neun hauptamtliche und vier nebenamtliche Richter; gemäß Art. 11 des 1987 in Kraft getretenen Gerichtsgesetzes: nunmehr – «hauptamtliche Richter in genügender Zahl» (z. Zt. 10 hauptamtliche und drei nebenamtliche). – Die Zahl der Gerichtsschreiber hat sich seit Mitte der siebziger Jahre ungefähr verdoppelt; es wird insbesondere auch auf rationnelle Zusammenarbeit von Richtern und Gerichtsschreibern Wert gelegt; vgl. LEUENBERGER, Zusammenarbeit, S. 97ff.

<sup>101</sup> Art. 110 Gerichtsgesetz.

<sup>102</sup> Vgl. Amtsberichte 1975 im Vergleich mit 1985.

<sup>103</sup> So scheint der auch beim Thurgauer Obergericht zu verzeichnende Anstieg der Geschäftslast vergleichsweise weniger steil; vgl. nachfolgend N. 43.

<sup>104</sup> Vgl. HEYDEN, S. 205ff.

<sup>105</sup> Vgl. etwa HEUSSNER, S. 313f., SABINE RÖHL, S. 263ff.; man kann den «esprit contestataire» (vgl. GRISEL, Surcharge, S. 377) allerdings auch weniger positiv sehen.

Der Versuch, den Ursachen wachsender Nachfrage nach Rechtsschutz nachzugehen, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht unternommen werden, so interessant und notwendig er im Hinblick auf langfristige, über Symptomtherapie hinausgehende Abhilfemaßnahmen auch wäre<sup>106</sup>. Die in der Diskussion genannten oder vermuteten Gründe – etwa die generell schwundende «Akzeptanz» staatlicher, namentlich erstinstanzlicher Entscheide, die dazu führe, daß auch Streitigkeiten behördlich ausgetragen würden, die dies nicht verdienten oder die die Justiz sogar zweckwidrig zu politischen Demonstrationszwecken instrumentalisierten<sup>107</sup>; der Ausbau der Gerichtsbarkeit und des Rechtsmittelsystems<sup>108</sup> («Rechtsmittelstaat»), die abnehmende Bedeutung von Kostenrisiken durch Einführung kostenloser Verfahren und die Ausbreitung von Rechtsschutzversicherungen<sup>109</sup>; die Normenflut und die zunehmende gesetzgeberische «Flucht in die Generalklauseln» (HEDEMANN), die wesentliche Entscheidungen «an die Praxis» delegiere; die zunehmende Anonymisierung der Lebenswelt, schwindende Verbindlichkeit von Wertorientierungen und sozialen Spielregeln<sup>110</sup> und vieles andere mehr – mögen alle einiges für sich haben. Indes ist auch geltend gemacht worden, daß die empirische Grundlage derartiger Erklärungen wenig gesichert sei<sup>111</sup>.

32. *Auf ein Abebben hoffen?* Wenn und soweit man diese «litigation explosion» als Ausdruck eines gesellschaftlichen Unbehagens deuten wollte, wäre ein an die Wurzeln zielendes Angehen des Problems nur in sehr langfristiger Perspektive denkbar. Kürzerfristig erscheint – vorbehältlich unerwünschter Sozialkatastrophen – die Hoffnung auf ein Nachlassen gleichsam «von selber» oder durch liebevolle Motivation als wenig realistisch: Wenn sich gesellschaftliches Unbehagen nun einmal in

<sup>106</sup> In dieser Hinsicht interessant insbesondere KLAGES, S. 395 ff.

<sup>107</sup> Vgl. etwa KISSEL, S. 301 ff., 310 f.

<sup>108</sup> Vgl. die Diskussionsbeiträge von REDEKER, SENDLER und ULE zum Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung in Deutschland, DVBl 1982, S. 805 ff.; ferner BLANKENBURG/VERWOERD, Rechtsmittelstaat, S. 207 ff.; BLANKENBURG, Mehr Justiz, S. 265, vertritt sogar die Meinung, daß das an sich rasch, effizient und gründlich arbeitende deutsche Justizsystem gerade seiner Qualitäten wegen ständig neue Prozesse anziehe.

<sup>109</sup> Vgl. hiezu oben, N. 26.

<sup>110</sup> Vgl. HEUSSNER, S. 312 ff., 314 f., vgl. auch GRISSEL, Surcharge, S. 373 ff., 377; KLAGES, S. 395 ff., 400.

<sup>111</sup> ROTTLEUTHNER, Dilemmata, S. 135; ROTH, S. 215 ff.

einer Prozeßwelle artikuliert, wird dies wahrscheinlich so bleiben, solange die entsprechenden Rechtsbehelfe zu den gegenwärtigen «Konditionen» zur Verfügung stehen.

*33. Zur Diskussion über Abhilfemaßnahmen.* Nach Wegen aus dem Kapazitätsengpaß wird gesucht, seit das Problem als solches erkannt ist. Der VIII. Internationale Kongreß für Prozeßrecht (1987) befaßte sich schwergewichtig mit Maßnahmen zur Effizienzsteigerung der Justiz und damit auch mit Problemen der Überlastung der Rechtspflege<sup>112</sup>, insbesondere oberer Gerichte<sup>113</sup>, ferner mit möglichen, aus der Schiedsgerichtsbarkeit<sup>114</sup> und aus dem Verwaltungsverfahren<sup>115</sup> zu ziehenden Lehren sowie mit informellen Alternativen zur staatlichen Rechtspflege<sup>116</sup>. In der schweizerischen Literatur ist insbesondere auf die Arbeit BAUDENBACHERS<sup>117</sup> hinzuweisen. Dieser Autor geht davon aus, daß die Geschäftslast entweder durch Vergrößerung des «Angebots» (in personeller oder materieller Hinsicht), durch Erledigung der Prozesse mit weniger Aufwand oder aber durch Nachfragebeschränkungen unter Kontrolle gebracht werden kann. Anhand dieser Trias handelt er die praktizierten Abhilfeversuche, bei denen er einen gewissen «Wildwuchs» konstatiert, und mögliche Lösungsvarianten ab. Er gelangt – als natürliche Folge seiner Betonung der Steuerungsfunktion der Rechtsprechung – zum Ergebnis, daß Engpässe vorwiegend durch Ausbau des «Angebots», d. h. der Verarbeitungskapazität, zu überwinden seien<sup>118</sup>, und zwar primär durch Effizienzsteigerung, Rationalisierung und Hebung der Qualität der Richter. Einer Leistungseinschränkung etwa durch Lockerung der Begründungspflicht oder durch forcierte Vergleiche sowie eigentliche Nachfragedrosselungen, etwa durch Einschränkungen bei den Rechtsmitteln oder durch Betätigung der Kostenbarriere, steht er aus demselben Grund kritisch gegenüber<sup>119</sup>.

<sup>112</sup> GIMENO-SENDRA, JULIEN, BORUCKA-ARCTOVA, VIII. IKPR 1987.

<sup>113</sup> JOLOWICZ, NEMETH, VIII. IKPR 1987.

<sup>114</sup> HABSCHEID/SCHLOSSER, VIII. IKPR 1987.

<sup>115</sup> GARTH, VIII. IKPR 1987.

<sup>116</sup> BLANKENBURG/TANIGUCHI, VIII. IKPR 1987.

<sup>117</sup> Rechtsverwirklichung.

<sup>118</sup> S. 51 ff.

<sup>119</sup> S. 54 ff.

*34. Die Probleme gehen den Gesetzgeber an.* Zwar mag eine gewisse Leistungssteigerung des jeweiligen Rechtspflegeapparats durch bessere Ausnützung des vorhandenen Potentials noch möglich sein<sup>120</sup> – sei dies durch regelmäßige Auslastung des Personals, durch Straffung der Prozeßleitung<sup>121</sup> oder durch bessere Verteilung der Geschäfte<sup>122</sup>. Schon der vorausgegangene einleitende Tour d'horizon zeigt meines Erachtens aber deutlich, daß darin allein die Lösung langfristig nicht liegen kann. Darüber hinausreichende Überlegungen und Maßnahmen zur Verbesserung der Effektivität des Rechtsschutzes, betreffend den Zugang zum Recht, betreffend Schaffung oder Straffung der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und des Instanzenzuges und zwecks Abhilfe bei bestehender oder drohender Überlastung der Rechtspflegebehörden gehen den Gesetzgeber bzw. den politischen Prozeß an, dem es obliegt, die Behördenorganisation und das Verfahrensrecht konzeptionell zu überdenken sowie über die unausweichlichen finanziellen Konsequenzen zu entscheiden. Es seien dazu nachfolgend einige Bemerkungen angebracht, denen man – da in der Schweiz das Thema «Überlastung» bisher nicht wie in Deutschland geradezu zum Leitmotiv geworden ist – gleichsam vorsorglichen Charakter beimessen mag.

*35. Kapazitätsausbau.* Denkt man über Auswege aus dem «Ressourcenengpaß» nach, so liegt der Kapazitätsausbau schon deshalb nahe, weil man in der Regel gedanklich zunächst von der bestehenden Rechtspflegeorganisation und vom bestehenden Prozeßrecht ausgeht. Maßnahmen zur Gewährleistung der Leistungsfähigkeit auf der «Angebotsseite» im Interesse des Zugangs zm Recht sind aus grundsätzlichen rechtsstaatlichen und staatspolitischen Erwägungen einigen Aufwand wert. Dies gilt um so mehr, als der – umfassend verstandenen – Rechtspflege im sozialgestaltenden Staat eine eminente Funktion bei der Realisierung der staatlichen Politik(en) auf der

<sup>120</sup> SENDLER: Sein Aufsatz «Möglichkeiten» trägt den Untertitel «Zur ‹ausgemachten› Überlastung der Verwaltungsgerichte», DVBl 1982, S. 923 ff.; vgl. LEUENBERGER, Zusammenarbeit, S. 97 ff.; BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 29 ff., 51 ff.

<sup>121</sup> Vgl. etwa HEYDEN, S. 205 ff.; VOGEL, Prozeß-Ökonomie, S. 10 ff.; Grenzen hievon aber etwa bei ROTTLEUTHNER/ROTTLEUTHNER-LUTTER, S. 139 ff.

<sup>122</sup> BLANKENBURG, Schlichtung und Vermittlung, S. 7, DERSELBE, Mehr Justiz, S. 265.

individuellen Ebene zukommt<sup>123</sup>. Weniger Rechtsschutz kann daher gerade für sozial Schwächere sehr wohl auch weniger Recht und mehr Faustrecht bedeuten<sup>124</sup>.

*36. Ausbaumaßnahmen und ihre Grenzen.* Eine Kapazitätssteigerung kann beispielsweise durch Rationalisierung der Arbeitsabläufe, durch eine personelle oder ausstattungsmäßige Aufstockung der Gerichte, durch Verkleinerung der Spruchkammern oder durch Vereinfachung der Verfahren (beispielsweise durch Verzicht auf Urteilsbegründung) erzielt werden. Alle diese Maßnahmen haben ihre spezifischen Vor- und Nachteile. So sehr es in der Rechtspflege zweifellos eines der «Nachfrage» genügenden «Angebots» bedarf, so sehr fragt man sich nach dem Sinn und dem Ende «angebotsorientierter» Maßnahmen, wo trotz kontinuierlichem Ausbau die Überlastung anhält und weiter zunimmt<sup>125</sup>. Schon die – letztlich aus der Endlichkeit menschlichen Strebens folgende – grundsätzliche Begrenztheit der Ressource «Rechtsverwirklichung», von der in dieser Diskussion auszugehen ist, weckt Zweifel, ob die Lösung der Rechtsschutzprobleme langfristig im Ausbau des «Angebots» gefunden werden kann<sup>126</sup>. Soweit solche Kapazitätsvergrößerung durch personelle Aufstockung erfolgt – was trotz Büroautomation, Computerisierung u.a.m. unumgänglich sein wird – ist jedenfalls die Erfahrung zu berücksichtigen, daß derlei Apparate, je stärker sie anwachsen, desto schwerfälliger, unpersönlicher, schwieriger führbar und bürokratischer werden. Die personelle Vergrößerung von Rechtspflegebehörden hat zudem – wie auch die Verkleinerung der Spruchkörper – den Nachteil, daß sie langfristig die Kohärenz der Rechtsprechung gefährdet<sup>127</sup>, wodurch sowohl das Ansehen der Rechtspflege leidet als auch gezielte Maßnahmen zur Sicherstellung der Koordination notwendig werden, die ihrerseits Kapazität absorbieren. Somit scheinen zumindest jene Maßnahmen der «Angebotsvergrößerung», die – was wohl unausweichlich ist – Personalaufstockungen und/oder eine Verkleinerung der

<sup>123</sup> Beispielsweise Sozialversicherung oder bau- und planungsrechtliche Bewilligungsverfahren im öffentlichen Recht, soziales Arbeits- oder Mietrecht im Privatrecht.

<sup>124</sup> Vgl. etwa HEUSSNER, S. 313 f.

<sup>125</sup> So in Deutschland; aber auch beim Bundesgericht.

<sup>126</sup> Wie dies etwa BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 51 ff., vertritt.

<sup>127</sup> Vgl. JOLOWICZ, S. 3.

Spruchkörper bewirken, ihrerseits einem abnehmenden Grenznutzen<sup>128</sup> zu unterliegen.

37. *Andere Maßnahmen.* Wird anerkannt, daß der Kapazitätssteigerung der Rechtspflege durch Ausbau – unabhängig von den praktisch wohl vor allem wirksamen finanziellen Hürden – jedenfalls auch innere Grenzen gesetzt sind, muß sich das Augenmerk auf andere Maßnahmen, insbesondere auf die «Nachfrageseite» richten<sup>129</sup>. Anzumerken ist, daß sich diese Abgrenzung nicht immer ohne weiteres durchführen läßt. Insbesondere kann eine gewisse Angebotseinschränkung – beispielsweise Reduktion des Angebots an Rechtsmitteln – einerseits eine Erhöhung der Kapazität als auch eine Dämpfung der Nachfrage anstreben und bewirken<sup>130</sup>.

38. *Drosselung der Nachfrage.* Die bloße Hoffnung auf ein selbsttägiges Nachlassen der «Nachfrage» scheint mir wenig begründet (vgl. N. 32 hievor), und für eigentliche, bewußte und gezielte Maßnahmen der direkten «Nachfragedrosselung» bestehen meines Erachtens nur wenige Anhaltspunkte:

Eine echte Minderung der Nachfrage nach Rechtspflegeleistungen bei an sich gleichbleibender Verfügbarkeit der Rechtsbehelfe und Rechtspflegekapazität könnte sich wohl nur ergeben, wenn eine zunehmende Zahl virtueller und aktueller Rechtsstreitigkeiten außerbehördlich erledigt werden könnte. In einzelnen westlichen Ländern (Niederlande, USA, Großbritannien, Dänemark) und in anderen Kulturkreisen (Ferner Osten) haben solche außergerichtliche Streiterledigungsmechanismen erhebliche Bedeutung, und die Wissenschaft hat sich denn auch mit ihnen befaßt<sup>131</sup>. Diese Ansätze verdienen meines Erachtens Aufmerksamkeit, weshalb nachfolgend unter lit. C noch etwas näher auf sie eingegangen werden soll.

Eine Dämpfung der «Nachfrage nach Rechtsverwirklichungsressourcen» läßt sich im übrigen wohl am ehesten dadurch erzielen, daß das «Angebot» gezielt verknappt oder von

<sup>128</sup> Vgl. auch oben, N. 11.

<sup>129</sup> Wie es – allerdings im spezifischen Fall der oberen Gerichte – auch JOLOWICZ postuliert, S. 19.

<sup>130</sup> Vgl. etwa TROCKER, 51. DJT 1976, B 48 zum schwedischen Modell; vgl. auch IntKommEMRK, N. 262 zu Art. 6 EMRK.

<sup>131</sup> Rechtsvergleichend neuestens: BLANKENBURG/TANIGUCHI, *passim*; grundlegend zur «Alternativ-Diskussion»: BLANKENBURG/GOTZWALD/STREMPERL.

Bedingungen abhängig gemacht wird. Eine Nachfrage, die nicht geltend gemacht wird – etwa weil sie keinen zuständigen Adressaten findet oder weil sie Risiken scheut – oder der keine Rechtspflicht der Behörde zum Tätigwerden gegenübersteht, kann sich nicht auswirken und so auch keinen Aufwand verursachen. Allerdings sind solchen Maßnahmen ihrerseits Grenzen gesetzt: Solche Angebotseinschränkungen dürfen nicht so weit gehen, daß rechtsstaatliche oder sozialpolitische Substanz geopfert wird; ernsthafte Hindernisse beim Zugang zum Recht können unerwünschte Selbsthilfe fördern. – Zu Möglichkeiten gezielter Angebotsverknappung zwecks Nachfragedrosselung läßt sich etwa folgendes ausführen:

### *39. Mögliche Ansatzpunkte.*

*a) Prozessuale und organisatorische Maßnahmen.* Die Justizgewährleistungspflicht im allgemeinen und die vorerwähnten praktisch-rechtsstaatlichen Gründe im besonderen verbieten, von der Schaffung erstinstanzlich zuständiger Rechtspflegeorgane abzusehen<sup>132</sup>. Dagegen ist eine Straffung der Verfahren denkbar, indem das einschlägige Prozeß- und Organisationsrecht bezüglich Fristen, nachträglicher Tatsachenvorbringen und bezüglich der Anzahl der möglichen Rechtsmittel<sup>133</sup> nicht allzu großzügig konzipiert wird (wobei die Abwägung zwischen dem Interesse an tunlicher Beschleunigung und demjenigen an gerechtigkeitsfördernder Gründlichkeit je nach dem betroffenen Rechtsgebiet nicht gleich auszufallen braucht). Dadurch läßt sich zwar vielleicht nicht eine Verminderung der Streitfälle an sich, wohl aber wenigstens pro Streitfall eine Verkleinerung der Kosten, der Anzahl der damit befaßten Personen und Instanzen, des Prozeßaufwandes sowie der durchschnittlichen Gesamtdauer<sup>134</sup> erzielen. Primär tritt somit an sich eine Kapazitätsvergrößerung durch sparsameren Ressourceneinsatz (Rationalisierung) ein. Mindestens sekundär kann es aber zu einem teilweisen Nachlassen der Nachfrage kommen: Wo kein

<sup>132</sup> Soweit – etwa für niedrige Streitwerte – der Vermittler/Friedensrichter erstinstanzlich bzw. ausschließlich entscheidbefugt ist, ist eben er der ordentliche Richter (vgl. Art. 47 ZP SG); kritisch: SCHNYDER, S. 94 ff. 205.

<sup>133</sup> In diesem Zusammenhang ist etwa auch an Streitwertgrenzen zu erinnern.

<sup>134</sup> Vgl. auch dazu ROTTLEUTHNER/ROTTLEUTHNER-LUTTER, S. 139 ff. Die Autoren untersuchen in diesem Aufsatz die Wirksamkeit der deutschen ZPO-Vereinfachungsnovelle und kommen zum Ergebnis, daß aufgrund dieses Gesetzes die Prozesse zwar beschleunigt wurden, die Erledigungs menge aber nicht anstieg.

Rechtsmittel gegeben ist, kann es nicht eingereicht werden, so daß eben ein Weiterlaufen des Streits entfällt und es beim organischen Entscheid bleibt. Bei anderen formellen Schranken ist eher Zurückhaltung am Platz – so wäre beispielsweise ein Anwaltszwang der schweizerischen Rechtstradition fremd<sup>135</sup>. Einsparungen im Verfahrensbereich sind ferner möglich, wo das Gericht weniger streitentscheidende als quasi-notarielle Funktionen innehalt, etwa bei einvernehmlicher Scheidung<sup>136</sup>.

*40. b) Kostenbarrieren.* Ein altbekanntes Mittel der Prozeßverhinderung und damit der Nachfragebeschränkung sind die Kosten. Die Nachfrage wird insofern indirekt verknapppt, als der Zugang zu den gewünschten Dienstleistungen der Behörde mit Hindernissen und Risiken (Vorschüsse, Kostenfolgen bei Unterliegen) versehen wird. Diese Schranke wird allgemein als so wirksam erachtet, daß sie zum Teil aufgehoben wird: So schreibt das Bundesrecht beispielsweise für Arbeitsstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 5000.– ein kostenloses Verfahren vor. Weitere private<sup>137</sup> und öffentliche<sup>138</sup> Vorkehren mildern oder eliminieren das Kostenrisiko. Soweit die Kostenhürde dagegen wirkt, sind ihre Effekte in der Regel unsozial<sup>139</sup>. Alles in allem erscheint ein gewisses Kostenrisiko, auch wenn sich dieses «nachfragedämpfend» auswirkt, innert vernünftiger Grenzen dennoch nicht als illegitim. Es ist aber durch sinnvoll konzipierte Verfahrens- und allenfalls Beratungshilfe dafür zu sorgen, daß Kostenschranken nicht zu Klassendiskriminierung führen<sup>140</sup>.

*41. c) Eingeschränkte Handlungspflicht der Behörden.* An sich vorhandene Nachfrage belastet das System dann nicht oder nur begrenzt, wenn die an sich zuständige Behörde nicht verpflichtet ist, tätig zu werden<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> Vgl. etwa GRISEL, Surcharge, S. 376; ferner BBl 1985 II 800.

<sup>136</sup> BLANKENBURG/TANIGUCHI, S. 5 ff.

<sup>137</sup> Beispielsweise Rechtsschutzversicherung, vgl. oben N. 26 f.

<sup>138</sup> Verfahrenshilfe und ähnliche Maßnahmen; vgl. oben N. 20 ff.

<sup>139</sup> U. U. auch für die Mittelschicht, die nicht in den Genuß des «Armenrechts» gelangt, sich aber nicht alle Kapriolen leisten kann; vgl. BAUDENBACHER, S. 47 f.

<sup>140</sup> Vgl. oben, N. 20 ff., ferner rechtsvergleichend insbesondere TROCKER, S. B 1 ff.; ferner auch GRUNSKY, S. A 1 ff., A 83.

<sup>141</sup> Soweit die Abklärung der Frage, ob eine Handlungspflicht bestehe, nicht ihrerseits unverhältnismäßigen Aufwand bereitet; vgl. dazu Ziff. IV nachfolgend.

Angesichts der Klagen über Prozesse, die gar nicht hätten entstehen sollen bzw. die nicht gerichtswürdig seien oder gegebene Rechtsbehelfe zweckwidrig verwendeten<sup>142</sup>, lässt sich die Frage aufwerfen, ob die zuständige Behörde von der Pflicht zur Behandlung solcher Fälle entbunden sein solle bzw. entbunden werden könne. Indes lassen sich kaum brauchbare, innerlich begründete und konsensfähige Kriterien zur Unterscheidung von «rechtspflegewürdigen» und «-unwürdigen» Fällen finden; vorbehältlich der (doch recht engen) Voraussetzungen des Rechtsmißbrauchs<sup>143</sup>. Denkbar sind dagegen Vorkehren, die den Entscheid, ob ein Begehren an die Hand zu nehmen sei, von einem Vorverfahren abhängig machen. Soweit derartige Vorverfahren bewirken, daß der Rechtsuchende, auch wenn er die formellen Voraussetzungen an sich erfüllt, keinen unbedingten Anspruch auf Behandlung seines Begehrens in der Sache hat, eignen sie sich angesichts der Justizgewährleistungspflicht für erstinstanzliche Verfahren<sup>144</sup> nur sehr beschränkt<sup>145</sup>. Bei Rechtsmittelverfahren, namentlich vor letzten Instanzen, sind derartige Beschränkungen dagegen verbreitet<sup>146</sup>. Man unterscheidet in der Regel zwischen Zulassungs-<sup>147</sup> und Annahmeverfahren<sup>148</sup>. Die Wirksamkeit solcher Verfahren hängt wesentlich von den Kriterien ab, nach denen unterschieden wird. Wo – wie beim Supreme Court der USA<sup>149</sup> – das Eintreten auf ein Rechtsmittel praktisch im freien Ermessen der Behörde steht, ist ein solches Annahmeverfahren wohl das wirksamste Mittel überhaupt, um den Pendenzenberg unter Kontrolle zu halten<sup>150</sup>. Auf die in der Schweiz zurzeit diskutierte Frage, ob

<sup>142</sup> Eine oft gehörte Klage; unter vielen vgl. etwa KISSEL, S. 310.

<sup>143</sup> Vgl. BGE 111 Ia 148 ff., ferner etwa Art. 36a Abs. 1 lit. c der bundesrätlichen Vorlage der OG-Revision (BBl 1985 II 940).

<sup>144</sup> Vgl. N. 3 oben.

<sup>145</sup> Allenfalls im Rahmen des für das Strafverfahren *de lege ferenda* zum Teil vertretene Opportunitätsprinzip; vgl. dazu HAUSER, S. 129 f.; gemäßigtes Opportunitätsprinzip etwa in Appenzell A. Rh., Art. 20 StPO; weitgehendes Opportunitätsprinzip etwa in Belgien, vgl. SCHMITZ, S. 87 ff.

<sup>146</sup> So etwa in den Vereinigten Staaten, vgl. SCHIBLI, *passim*; ferner JOLOWICZ, S. 8; GRISEL, *Surcharge*, S. 381 f.

<sup>147</sup> Der *iudex a quo* entscheidet über die Zulässigkeit der Weiterziehung; dieser Entscheid ist appellabel (so etwa in Deutschland bei gewissen ordentlichen Rechtsmitteln).

<sup>148</sup> Der *iudex ad quem* entscheidet direkt darüber, ob er die Sache an die Hand nehmen muß/will; so etwa in den USA oder beim deutschen Bundesverfassungsgericht.

<sup>149</sup> Vgl. SCHIBLI, S. 114 ff., S. 120 ff.

<sup>150</sup> GRISEL, *Surcharge*, S. 381 f., HAEFLIGER, NZZ vom 15. Mai 1986.

für das Verfahren vor Bundesgericht ein Annahmeverfahren eingeführt werden solle, ist nachfolgend unter Ziff. IV noch kurz einzugehen.

*42. d) Indirekte Drosselung der Nachfrage durch ungenügendes Angebot?* Denkbar ist, daß ein chronisch überlastetes, ineffizientes, die Prozesse über Gebühr verschleppendes Gerichtswesen im Ergebnis eine Beschränkung der Nachfrage bewirkt. Es ist die Auffassung vertreten worden, daß gerade solche Situationen zur Ausbildung von «Alternativen» geführt hätten<sup>151</sup>, worauf unten (lit. C) noch einzugehen ist. Der Gedanke hat etwas für sich; wahrscheinlich ist die Frage aber nicht so einfach zu beantworten. Wohl kann schlechtes Funktionieren den Bürgen die Inanspruchnahme der Justiz verleiden, während eine gute Rechtspflege unter Umständen zu ihrer eigenen Belastung beiträgt, indem sie weitere Fälle anzieht – etwa weil andere Konfliktbeilegungsmechanismen daneben relativ unattraktiv sind. Es ist umgekehrt aber auch die Auffassung vertreten worden, daß eine überlastete, schlecht funktionierende Justiz zusätzliche Belastung zur Folge habe, etwa zwecks effizienter Verzögerung eines ungeliebten Vorhabens (beispielsweise im Baubewilligungsverfahren) oder um einer Zahlung möglichst lange zu entgehen<sup>152</sup>. Aber selbst wenn Ungenügen der Justiz tendenziell zu verminderter Inanspruchnahme führen würde, wäre darin höchstens eine *Folgeerscheinung* einer problematischen Situation, aber niemals ein *Mittel* gegen die Überlastung zu sehen. Eine schlecht funktionierende Justiz fördert nicht nur «Alternativen», sondern ebenso sehr Faustrecht und möglicherweise Korruption.

*43. Forschungsbedarf.* Die wachsende Geschäftslast der Rechtspflege scheint zwar ein universelles Faktum zu sein; über Ursachen sowie über Mechanismen, die sie fördern, wird indes eher gemutmaßt, als daß sichere Erkenntnisse vorlägen. Auch die Auswertung der aktuellen Situation im gesamtschweizerischen Vergleich erfolgt, so weit ich sehe, nicht systematisch. Auffällig ist, daß die Belastung nicht allenthalben im gleichen Maße zunimmt. Ein Vergleich von Justizstatistiken ist dabei recht interessant. Es ist zumindest nicht auszuschließen, daß

<sup>151</sup> BLANKENBURG/TANIGUCHI, insbesondere S. 5 ff., ferner BLANKENBURG, Mehr Justiz, S. 263 ff., 265 f. u. a. m.

<sup>152</sup> GRISEL, «La surcharge engendre la surcharge», Surcharge, S. 376.

sich neue Aufschlüsse ergäben, wenn beispielsweise die Belastungszunahme mit anderen Gegebenheiten der «Justizlandschaft» der jeweiligen Kantone – etwa der Verfahrensordnung und der Justizorganisation – in Beziehung gesetzt würde. Eine solche mögliche Fragestellung sei kurz und laienhaft skizziert: Ein (zufolge unterschiedlich aufgebauter Justizstatistiken schwieriger) Vergleich der beiden benachbarten und in mancherlei Hinsicht verwandten Kantone St. Gallen und Thurgau zeigt, daß die zivilrechtlichen Berufungen (ohne Einzelrichterfälle) im Kanton St. Gallen in den Jahren 1975 bis 1986 wesentlich stärker zugenommen haben als im Kanton Thurgau. Im Jahre 1975 erledigten die Zivilkammern und die Rekurskommission des Kantonsgerichts St. Gallen – soweit ersichtlich – 111 Berufungen durch Urteil oder Beschuß<sup>153</sup>. Im Jahre 1976 waren es 125, 1981 deren 133, 1982 bereits 195; 1986 belief sich die Zahl der Erledigungen auf 257. Dies entspricht einer Steigerung von 131 %. – Im Kanton Thurgau erledigten 1975 Obergericht und Rekurskommission total 62 zivilrechtliche Berufungen, 1976 waren es 89, 1979 deren 101, worauf sie unter 100 absanken; 1986 waren es deren 103<sup>154</sup>. Dies bedeutet eine Steigerungsrate von 66 %. Begäne man die Untersuchung erst im Jahre 1976, so betrüge der Zuwachs im Kanton Thurgau sogar nur 16 %, im Kanton St. Gallen aber immer noch über 100 %. Würde man, was an sich richtig wäre, ab 1985 im Kanton Thurgau die Rekurskommissionsfälle nicht mehr in den Vergleich einbeziehen<sup>154</sup> (1985: 6, 1986: 11 Fälle), so wäre die thurgauische Zunahme im Vergleich noch geringer.

Auf der Ebene der erstinstanzlichen Justiz ist ein Vergleich noch schwieriger, doch gewinnt man dabei den Eindruck, daß

<sup>153</sup> Amtsberichte der kantonalen Gerichte 1975–1986; zu bemerken ist, daß aus den Statistiken der kantonsgerichtlichen Zivilkammer nicht klar hervorgeht, welche Fälle erstinstanzlich beim Kantonsgericht anhängig gemacht worden sind. Es sind dies jedoch nach interner Auskunft nur sehr wenige Fälle. Bei den im Text aufgeführten Zahlen sind solche Fälle nach Möglichkeit ausgeschieden worden.

<sup>154</sup> Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Thurgau 1975–1986. – Hinzuweisen ist darauf, daß sich die Streitwerte der Organe in den beiden Kantonen nicht genau decken. Die obere Zuständigkeitsgrenze der thurgauischen Rekurskommission endet bei Fr. 2000.–; die st. gallische Rekurskommission war bis zum Nachtragsgesetz 1984 im Bereich zwischen Fr. 1000.– und Fr. 5000.– zuständig; seither zwischen Fr. 3000.– bis Fr. 8000.–.

hier die Entwicklung in den beiden Kantonen gesamthaft wesentlich weniger unterschiedlich verläuft<sup>155</sup>.

Was könnten nun die Ursachen für solch unterschiedlichen Zuwachs bei den Berufungen sein? Könnte ein Zusammenhang damit bestehen, daß im Kanton St. Gallen die zivilrechtliche Berufung volles Novenrecht gewährt (Art. 414 ZP), während im Kanton Thurgau neue Tatsachen nur vorgebracht werden können, wenn sie vorher bei zumutbarer Sorgfalt nicht geltend gemacht werden konnten (§ 287 ZPO)<sup>156</sup>? Es könnte immerhin sein, daß volles Novenrecht die «Berufungsneigung» fördert und dazu beiträgt, ein erstinstanzliches Urteil gar nicht als «richtiges» Urteil anzusehen<sup>157</sup>. Bestehen noch andere Gründe? Die Frage muß offen bleiben; das Ergebnis zeigt jedoch, daß ein gewisser Forschungsbedarf durchaus bestünde<sup>158</sup>. Wenn die Ursachen der Geschäftszunahme und die Mechanismen, die sie fördern, erforscht werden, erhöht dies sicher die Chancen gezielter Abhilfe.

*44. Abschließende Bemerkungen.* Wenn man von der Annahme – mehr ist es nicht – ausgeht, daß die Verfahrensflut kurz- bis mittelfristig weiter ansteigen wird, so fragt sich, was zu tun sei. Ein wachsender Berg an unbewältigten Pendenzen kann langfristig die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege in Frage stellen und dem Ansehen der Justiz schaden. Lösungen werden indes wiederum von nicht einfachen Abwägungsproblemen und von Werturteilen abhängig sein. Das Streben nach möglichst weitgehenden personalen Gerechtigkeitsgarantien oder das Interesse an überindividuellen Steuerungsimpulsen des Rechtsverwirklichungsprozesses werden – mit teilweise unterschiedlicher Gewichtung – tendenziell den Ausbau der staatlichen Rechtspflege favorisieren. Stärker an rascherer Schaffung des Rechtsfriedens orientierte Strömungen werden eher auf eine gewisse Entlastung des Apparates – etwa durch Straffung der Verfahren oder durch nicht allzu großzügig eingeräumte Rechtsmittel sowie allenfalls durch Förderung außergerichtli-

<sup>155</sup> Vgl. die Amts- und Rechenschaftsberichte; gemäß dem thurgauischen Rechenschaftsbericht von 1986, S. 7 haben zwar einzelne Thurgauer Bezirksgerichte gewaltige Steigerungen zu verzeichnen, so etwa Bischofszell (1971 bis 1985: plus 127 %).

<sup>156</sup> Die thurgauische ZPO wird revidiert; es ist vorgesehen, in der zivilrechtlichen Berufung neu das Novenrecht einzuführen.

<sup>157</sup> Vgl. JOLOWICZ, S. 5f.

<sup>158</sup> Vgl. auch ROTTLEUTHNER, Dilemmata, S. 135; ROTH, S. 215 ff.

cher Streiterledigungsmechanismen – tendieren. Wenn die Geschäftslast weiter steigt, wird sich die Frage nach den Grenzen weiteren Ausbaus und nach Möglichkeiten der Entlastung des Rechtspflegeapparates, insbesondere durch Drosselung der Nachfrage, früher oder später stellen. Sowohl bezüglich der Ursachen der steigenden Geschäftslast als auch der Frage, welche prozessualen und organisatorischen Maßnahmen ohne Abbau an rechtsstaatlicher Substanz wirksame Entlastung gewährleisten könnten, wäre meines Erachtens Forschung nützlich.

Gesamthaft besteht ein großes Interesse an einer Rechtspflege, die innert vernünftiger Frist gültig entscheiden kann und die nicht hypertroph ist. Je nach Verfahrensgegenstand und Verfahrensstufe dürften indes die Gewichte verschieden zu setzen sein. In den zusammenfassenden Überlegungen (lit. D nachfolgend) möchte ich hierauf etwas näher eingehen. – Staatspolitisch problematisch wäre es jedenfalls, durch luxuriöse Verfahrensordnungen und Instanzenzüge Erwartungen und «Nachfrage» zu wecken, denen kein hinreichendes «Angebot» an personellen und materiellen Ressourcen gegenübersteht.

### C. «Alternativen»

45. *Allgemeines.* In vielen Ländern und Kulturkreisen bestehen neben der eigentlichen Rechtspflege weniger formelle, nicht oder nur beschränkt justizförmige Verfahren und Institutionen der Streiterledigung. Solche «Alternativen» spielen namentlich bei kleinen Forderungen, etwa im Konsumentenschutz, Arbeitsrecht oder Mietrecht und ferner etwa bei gewissen familienrechtlichen Streitigkeiten eine Rolle. In den letzten 10 bis 20 Jahren sind Modelle informeller Streiterledigung und/oder -schlichtung auf gesteigertes Interesse gestoßen und zum Teil auch neu eingerichtet oder, wo Ansätze bestanden, weiter ausgebaut worden. Die verschiedenen, oben in N. 22 und 23 bereits gestreiften holländischen, schwedischen und amerikanischen Einrichtungen, insbesondere die Neighborhood Law Offices, sind durchaus (auch) als Ausdruck solcher Bemühungen um informelle, «menschliche» Streiterledigung «an der Basis» zu sehen<sup>159</sup>. Der Begriff «Alternativen» ist dabei nicht

<sup>159</sup> Vgl. für viele BLANKENBURG/TANIGUCHI; ferner die Beiträge in: BLANKENBURG/KLAUSA/ROTTLEUTHNER; BLANKENBURG/GOTTWALD/STREMPER; VOIGT.

sehr scharf. Er wird in dieser Arbeit weit verstanden und umfaßt grundsätzlich alle Mechanismen, die zur Beilegung aktueller und potentieller Streitigkeiten durch Beratung, Schlichtung, Schiedsspruch oder in anderer Weise zur Rechtsverwirklichung und zum Rechtsfrieden beitragen können.

*46. Wurzeln und Ziele.* «Alternative» Konfliktlösungsansätze werden von sehr unterschiedlichen ideologischen Positionen her vertreten. Im Vordergrund steht zum einen das sozialreformerische Bestreben, durch informelle Verfahren und Institutionen den Zugang zum Recht zu verbessern (vgl. oben lit. A)<sup>160</sup>. Damit läßt sich auch der emanzipatorische Gedanke der Selbsthilfe verbinden, dies gegebenenfalls zusammen mit Initiativen zur Organisation gleichgerichteter Interessen<sup>161</sup>. Zu erwähnen ist auch das Bestreben, die Konfliktregelungen qualitativ zu verbessern, indem der Konflikt nicht vorschnell auf seine rein juristischen Aspekte reduziert, sondern in seiner sozialen, anthropologischen, psychologischen Gesamtheit angegangen und «von Grund auf» gelöst werden soll<sup>162</sup>.

Für weniger Verrechtlichung und Justitialisierung von Konflikten plädieren auch die – politisch tendenziell anders gelagerten – Initiativen, denen es um Privatisierung der Konfliktregelung und Selbstkontrolle der Wirtschaft geht<sup>163</sup>. Gleichzeitig wird in der Institutionalisierung «alternativer» Streiterledigungsmechanismen bis zu einem gewissen Grade auch die Möglichkeit zur Entlastung der Justiz gesehen<sup>164</sup>. Es verwundert daher nicht, daß gegenüber der «Alternativenbewegung» teilweise ein gewisses Mißtrauen und die Befürchtung geäußert wird, «Entrechtlichung» könne auch zur «Entrechtung» führen<sup>165</sup>. Kritisiert wird auch, daß von derartigen Konfliktbeilegungsmodellen wenig weiterführende Steuerungsimpulse auf die Rechtsfortbildung ausgehen<sup>166</sup>.

<sup>160</sup> Vgl. etwa den «Access-to-Justice-Approach» von CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, oben N. 24; ferner etwa KLAUS F. RÖHL, Hintergründe, S. 18 f.

<sup>161</sup> Vgl. etwa HEGENBARTH, Privatisierte Konfliktregelung, S. 259.

<sup>162</sup> Vgl. KLAUS F. RÖHL, Hintergründe, S. 19 f.

<sup>163</sup> Vgl. KLAUS F. RÖHL, Hintergründe, S. 23 f.

<sup>164</sup> Vgl. etwa BLANKENBURG/VERWOERD, Weniger Prozesse, S. 169 ff.; FROMMEL, S. 31, NEUMANN, S. 286 ff., 288.

<sup>165</sup> So die Frage HEGENBARTHS in «Privatisierte Konfliktregelung», S. 257 ff.; sowie BLANKENBURG/GOTTWALD/STREMPERL in ihrem Vorwort, S. 11; ähnlich etwa auch HEUSSNER, S. 313.

<sup>166</sup> Vgl. BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 63 ff.

47. *Beispiele im Ausland.* So disparat wie die ideologischen Wurzeln und die angestrebten Ziele sind auch die Formen. Neben den bereits unter lit. A oben erwähnten Beispielen (öffentliche Rechtsauskunftsstellen u. a. m.<sup>167</sup>) ist etwa an verschiedenste Schieds- und Schlichtungsstellen, an Aussöhnungsverfahren usw. zu denken<sup>168</sup>. Bekannt sind in Deutschland die Schlichtungsstellen im Bereich des Konsumentenschutzes (z. B. Kraftfahrzeughandwerk und -handel, Textilreinigungsreklamationen u. a. m.<sup>169</sup>). Ferner existieren ähnlich wie in der Schweiz verschiedene Schlichtungsstellen von Ärzte- und Zahnärztekammern sowie vereinzelt für Mietstreitigkeiten<sup>170</sup>. Neueren Datums und interessant sind etwa die «Bauschlichtungsstelle bei der Handwerkskammer Rhein/Main» oder ein Modellversuch «Neue Formen der Verbraucherberatung»<sup>171</sup>. Ein anderer Modellversuch will prüfen, ob die in Deutschland früher verbreitete Einrichtung des «Schiedsmannes», die heute kaum mehr Bedeutung hat, als außergerichtliche Institution für kleinere Zivilstreitigkeiten zu neuem Leben erweckt werden könnte<sup>172</sup>. – In England bestehen Kataloge über Verhaltensstandards des Office of Fair Trading, die in Zusammenarbeit mit Anbieterorganisationen verschiedener Branchen entwickelt worden sind. Die einzelnen Branchen unterhalten zum Teil eigene, private Schiedsstellen. Kritisiert wird allerdings, daß der unterliegende Anbieter nicht (bzw. höchstens indirekt durch interne Sanktionen des Verbandes) gezwungen werden kann, sich dem Verfahren anzuschließen<sup>173</sup>. – Ausgebaute Schlichtungsverfahren gibt es auch in Holland. Der holländische Konsumentenverband hat mit einigen Anbieterorganisationen eine privatrechtliche Stiftung gegründet, die paritätisch besetzte Schiedsstellen unterhält, welche Konsumentenbe-

<sup>167</sup> Vgl. die verschiedenen Abhandlungen über Rechtsauskunftsstellen und ähnliche Institutionen in BLANKENBURG/KAUPEN, *passim*.

<sup>168</sup> Siehe etwa den Überblick bei BLANKENBURG/TANIGUCHI, ferner die Berichte Strempels über die deutsche (ZRP 1984, S. 195 ff.) und amerikanische (DRiZ 1983, S. 86 ff.) Diskussion; für Aussöhnungs- und Schlichtungsverfahren insbesondere auch KLAUS F. RÖHL, Erfahrungen, S. 90 ff.

<sup>169</sup> Vgl. SCHMIDT-V. RHEIN, S. 119 ff.; MICKLITZ, S. 119 ff., 122 f.; REICH, S. 219 ff., 225 ff.

<sup>170</sup> SCHMIDT-V. RHEIN, S. 119 ff.

<sup>171</sup> Vgl. STREMPER, «Alternativen in der Ziviljustiz», in: Voigt, S. 191 f.; ferner DERSELBE, Rechtstatsachenforschung, S. 197.

<sup>172</sup> STREMPER, Rechtstatsachenforschung, S. 198; zur Einrichtung «Schiedsmann» vgl. SCHMIDT-V. RHEIN, S. 121 f.; NEUMANN, S. 286 ff.; HEGENBARTH, Neue Köpfe, S. 160.

<sup>173</sup> HEGENBARTH, Neue Köpfe, S. 162; REICH, S. 224 f.

schwerden durch Schiedsgutachten prüfen<sup>174</sup>. – In Schweden besteht der (staatliche) «Nationalausschuß für Klagen der Verbraucher», in welchem Anbieter und Konsumenten paritätisch vertreten sind. Er kann ohne große Formalitäten angerufen werden. Er prüft insbesondere aufgrund der Fachkunde seiner Mitglieder und Mitarbeiter Beanstandungen und gibt Empfehlungen ab. Diese sollen in der Regel befolgt werden. Als Nachteile sind die zentrale Organisation und die Schriftlichkeit des Verfahrens hervorgehoben worden, die bewirken, daß die Distanz zwischen dem Konsumenten und dem Ausschuß groß ist<sup>175</sup>. Vergleichbare Einrichtungen bestehen auch in Dänemark<sup>176</sup>.

Ansätze «nachbarschaftlicher» Erledigung finden sich in den USA auch im Bereich strafrechtlicher Konflikte. Wenn Täter und Opfer sich kennen, kann im Rahmen eines in Massachusetts laufenden Projekts Vermittlung an die Stelle der Strafverfolgung treten<sup>177</sup>.

*48. Schweizerische Beispiele.* Einige private schweizerische Einrichtungen im Bereich des Konsumentenschutzes lassen sich ebenfalls in diesem Zusammenhang nennen. Mit STAUDER/FELDGES<sup>178</sup> kann zwischen reinen Schlichtungsinstitutionen einerseits<sup>179</sup> und Mischformen zwischen Schlichtung und Verbandsjustiz andererseits unterschieden werden. Innerhalb dieser Mischformen bestehen solche mit Beteiligung von Vertretern der Konsumentenschutzorganisationen<sup>180</sup> und solchen der Wirtschaftsverbände allein<sup>181</sup>.

<sup>174</sup> REICH, S. 225f.

<sup>175</sup> Vgl. MANGÅRD, S. 251 ff., 252f.; ihm folgend HEGENBARTH, Neue Köpfe, S. 163f.

<sup>176</sup> REICH, S. 223f., BLEGVAD, S. 231 ff.

<sup>177</sup> Vgl. FELSTINER, S. 125 ff.

<sup>178</sup> ZBJV 120/1984, S. 32 ff., 41 ff.; die folgende Zusammenfassung stützt sich auf diese Darstellung.

<sup>179</sup> Etwa die vom Verband schweizerischer Versicherungsgesellschaften gegründete «Stiftung Ombudsmann der Privatversicherung», vgl. STAUDER/FELDGES, S. 42 ff.

<sup>180</sup> Etwa die «Paritätische Schadenerledigungsstelle der chemischen Reinigung und Konsumentenorganisationen», die «Schweizerische Kommission zur Überwachung der Lauterkeit in der Werbung» und die «Paritätische Beschwerdestelle des Verbandes der Direktverkaufsfirmen», vgl. STAUDER/FELDGES, S. 49 ff.

<sup>181</sup> Etwa die zur Durchsetzung des «Ehrenkodex für den Versandhandel» vom Verband des Schweizerischen Versandhandels eingerichtete Überwachungskommission.

Der Ombudsmann der Privatversicherung ist institutionell von der Assekuranz unabhängig, und auch dem Stiftungsrat gehört nur ein Vertreter der Versicherungswirtschaft an, während die anderen Mitglieder hochgestellte Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens sind. Als bloßes Schlichtungsorgan hat er keine Entscheidungsbefugnisse. – Bei den erwähnten gemischten oder rein verbandsinternen Institutionen werden demgegenüber Entscheidungen gefällt, die indes nicht direkt vollstreckbar, sondern bei den Anbietern bloß indirekt mittels verbandsinternen Sanktionen durchsetzbar sind. Umgekehrt präjudizieren sie aber grundsätzlich auch allfällige nachfolgende zivilgerichtliche Auseinandersetzungen zum gleichen Fall nicht.

**49. Öffentliche Institutionen.** Abgesehen von diesen privat organisierten Beispielen gibt es in der Schweiz auch staatliche organisierte Institutionen, denen von der Aufgabenstellung oder der Art ihrer Ausführungen her im Ergebnis ebenfalls eine Art «Alternativ»-Funktion zukommt, so insbesondere die Vermittler (Friedensrichter), die meist für gewisse niedrige Streitwerte auch einzelrichterliche Funktionen haben<sup>182</sup> und im übrigen (in der Regel zwingend<sup>183</sup>) als Sühnebeamte fungieren. Zu erinnern ist ferner an die paritätischen Schlichtungsstellen im Mietwesen gemäß Art. 25 BMM, die in den Kantonen allerdings sehr verschieden organisiert wurden<sup>184</sup>: Zum Teil besteht eine einzige Schlichtungsstelle im Kanton (z. B. LU, BL, BS, VS), zum Teil sind solche Stellen bezirks- (ZH, SZ, SO, AG) oder gemeindeweise (BE, SG, GR, TG) organisiert. – Im Zusammenhang mit solchen Institutionen des sozialen Rechts ist auch an die Arbeitsgerichtsbarkeit zu erinnern. In dem von Art. 343 OR vorgeschriebenen einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren ist vom Ansatz her allerdings weniger eine «Alternative» als vor allem ein Versuch zu sehen, den Zugang zum Recht im Rahmen der staatlichen Gerichtsbarkeit zu verbessern. Die in manchen Kantonen ganz oder teilweise organisatorisch verselbständigte Arbeitsgerichte mit fachkundigen Richtern und formfreien, kostenlosen Verfahren haben aber

<sup>182</sup> Im Kanton St. Gallen: bis Fr. 200.–; vgl. Art. 47 ZP SG; vgl. die Kritik bei SCHNYDER, S. 94 ff., 205.

<sup>183</sup> Vgl. VOGEL, Grundriß, S. 222, N. 9.

<sup>184</sup> Alle Nachweise gemäß Schweizerischem Mieterverband, Mietrecht für die Praxis, Basel 1983, S. 25f.

ihrerseits «alternative» Züge, und im Ergebnis werden viel mehr Streitigkeiten geschlichtet als entschieden<sup>185</sup>. Einzelne Kantone kennen sodann Ombudsmänner – beispielsweise Zürich.

Es rechtfertigt sich in diesem Zusammenhang, auch kurz auf den Stand der gesetzgeberischen Bemühungen im Konsumentenschutzbereich in der Schweiz einzugehen. Gestützt auf Art. 31<sup>sexies</sup> Abs. 3 BV sind die Kantone verpflichtet, Konsumentenschutzverfahren einzurichten. Nach einer Aufstellung des Büros für Konsumentenfragen im EVD vom Oktober 1987 haben einzelne Kantone eigene Verfahrenserlasse zu diesem Zweck geschaffen (etwa OW, BL, AI, AG, TI, VD) oder sehen solche vor (VS). Andere haben das ordentliche Recht angepaßt (etwa JU) oder halten dieses ohne spezifische Anpassung für genügend (etwa SG). Die meisten sehen ein beschleunigtes und/oder wenigstens ein «rasches und einfaches», AI sogar das summarische Verfahren vor. GR und JU behandeln solche Fälle ausdrücklich als vorrangig. Einzelne Kantone schreiben sodann die Tatsachenerhebung von Amtes wegen vor. Die Verfahren sind gratis oder wenigstens günstig. Zum Teil wird auf vorgängige Vermittlung verzichtet, zum Teil wird sie beibehalten. Interessant ist die Lösung des Kantons Tessin, der paritätische Vermittlungssämter unter der Leitung eines neutralen Präsidenten mit je einem Vertreter des Schweizerischen Konsumentenbundes und der Tessiner Wirtschaftsverbände vor sieht<sup>186</sup>. Das Verfahren ist kostenlos. Wie nach Art. 26 BMM im Mietrecht kann dieses Organ auf Begehrungen der Parteien als Schiedsgericht eingesetzt werden.

*50. Bemerkungen und Kritik.* Eine gültige und systematische Würdigung der vorangehenden Beispiele, namentlich der ausländischen, ist angesichts ihrer Vielgestaltigkeit und ohne genauere Unterlagen über ihr Wirken nicht möglich.

Die nordischen Modelle staatlicher und halbstaatlicher Einrichtungen des Konsumentenschutzes werden insgesamt überwiegend positiv gewürdigt, was die Zugänglichkeit (Informali-

<sup>185</sup> Im Kanton St. Gallen wurden 1986 458 von 700 eingereichten Klagen vor oder nach gerichtlicher Verhandlung durch Vergleich, Anerkennung oder Rückziehung erledigt; durch Sachurteil erledigt wurden 174. Im Bezirk St. Gallen wurden von 216 Arbeitnehmerklagen 44 durch Sachurteil und 164 ohne Urteil erledigt; vgl. Amtsberichte der kantonalen Gerichte über das Jahr 1986, S. 39.

<sup>186</sup> Decreto Uffici di conciliazione per le controversie derivanti da contratti tra consumatori finali e fornitori, 7. Oktober 1986.

tät, Kosten), die Verfahrensdauer und die Ergebnisse betrifft<sup>187</sup>. Beobachtet wird, daß eine Institution immer einige Zeit braucht, bis sie im Bewußtsein der Bevölkerung überhaupt verankert ist und «die richtigen Fälle» findet<sup>188</sup>.

Gegenüber privatrechtlichen Modellen finden sich neben positiven Einschätzungen<sup>189</sup> auch recht kritische Stimmen<sup>190</sup>. Aber auch die letztgenannten Autoren lehnen solche «Alternativen» nicht in Bausch und Bogen ab, sondern halten sie für verbesserungs- und ausbaufähig. Vor Überschätzung dieses «alternativen» Ansatzes wird allerdings deutlich gewarnt; solche Verfahren werden eher als Ergänzung denn als eigentliche «Alternative» angesehen<sup>191</sup>.

Negativ vermerkt wird einmal die starke Zersplitterung nach Branchen und der Umstand, daß sich Entscheide oder Schlichtungssprüche, insbesondere im Konsumentenschutz, gegenüber den Anbietern nur indirekt über Verbandssanktionen durchsetzen lassen. Es bedarf somit entweder eines hohen Organisationsgrades der Branche oder einer großen institutionellen oder moralischen Autorität des Organs<sup>192</sup>. Private Schlichtung dieser Art hat auch den Nachteil, daß sie für sich allein zur Rechtsfortbildung wenig beiträgt<sup>193</sup>, anderes gilt allenfalls, wenn nach kollektivvertraglichem Muster gewisse Branchenstandards erarbeitet werden<sup>194</sup> oder das Schlichtungsorgan ein großes Einzugsgebiet hat, das die Sammlung und Auswertung von Vergleichsmaterial und entsprechende Vorstöße erlaubt<sup>195</sup>. Stark und meines Erachtens berechtigt ist die Skepsis, wo an der Unabhängigkeit einer derartigen Institu-

<sup>187</sup> BLEGVAD, S. 246 f., MANGÅRD, S. 254 f., REICH, S. 223, HEGENBARTH, Neue Köpfe, S. 163 ff.

<sup>188</sup> BLEGVAD, S. 246.

<sup>189</sup> Mit einzelnen erheblichen Unterschieden in der Gewichtung; vgl. MORASCH/BLANKENBURG, S. 217 ff.; KOTZOREK, S. 283 ff.; im wesentlichen auch SCHMIDT-V. RHEIN, S. 119 ff.; FROMMEL, S. 31 ff.; STREMPER, «Alternativen in der Ziviljustiz», in: Voigt, S. 186 ff.; HEGENBARTH, Neue Köpfe, S. 152 ff.

<sup>190</sup> MICKLITZ, S. 119 ff., STAUDER/FELDGES, S. 80 ff.

<sup>191</sup> Insbesondere FROMMEL, S. 31 ff., 36; STREMPER, «Alternativen in der Ziviljustiz», in: Voigt, S. 194 sowie die in Anm. 190 genannten Autoren.

<sup>192</sup> Vgl. MANGÅRD, S. 254 f.; REICH, S. 224 f.; STAUDER/FELDGES, S. 42 ff., etwa bezüglich des Ombudsmanns der Privatversicherung.

<sup>193</sup> Vgl. STAUDER/FELDGES, S. 85 f.; BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 63 ff.

<sup>194</sup> Vgl. das britische Beispiel; REICH, S. 224 f.

<sup>195</sup> Vgl. HEGENBARTH, Neue Köpfe, S. 164; solch zentrale Organe haben aber, wie der Autor hervorhebt, aus der Sicht des Klienten wieder den Nachteil einer gewissen «Entrücktheit».

tion begründete Zweifel bestehen<sup>196</sup>. Kann man bei jedem Vergleich nach der Fairneß der Bedingungen seines Zustandekommens fragen<sup>197</sup>, so gilt dies erst recht bei Vergleichen, die unter Mitwirkung einer nicht unabhängigen Einrichtung geschlossen wurden<sup>198</sup>. Hingewiesen wird schließlich auf die Gefahr, daß die Inanspruchnahme solcher informeller Verfahren, soweit diese die Verjährung nicht hemmen, im Ergebnis die Rechtzeitigkeit der nachfolgend allenfalls doch nötigen gerichtlichen Rechtsverfolgung negativ beeinflussen könne<sup>199</sup>.

Als positiv erscheint umgekehrt allein schon die Tatsache an sich, daß Konfliktlösungen auf verschiedenen Wegen gesucht und mindestens zum Teil auch ermöglicht werden<sup>200</sup>. Den Bemühungen von Branchenverbänden wird sodann eine präventive Wirkung hinsichtlich des Verhaltens ihrer Mitglieder zugeschrieben<sup>201</sup>. Gesamthaft dürfen solche Institutionen der informellen Streiterledigung als Entwicklungsfähig angesehen werden, auch wenn man sich keine Wunder versprechen kann.

*51. Zu einigen Einrichtungen der schweizerischen Tradition.* Es mag verwundern, solch einer altehrwürdigen Einrichtung wie dem «Vermittler» unversehens unter dem etwas hochtrabenden Titel einer «Alternative» wieder zu begegnen. Indes ist der Vermittler eine erfolgreiche Institution. 1986 wurden im Kanton St. Gallen von 4265 Vermittlungsbegehren deren 1052 vermittelt, 2558 blieben unvermittelt und 655 wurden vor Abhaltung des Vermittlungsvorstandes zurückgezogen. 1985 kam es bei 4231 Begehren zu 1075 Vermittlungen, 2531 blieben

<sup>196</sup> Vgl. MICKLITZ, S. 126f.; SCHMIDT-V. RHEIN, S. 122; STAUDER/FELDGES geben bei den von ihnen untersuchten Institutionen nur dem Ombudsmann der Privatversicherung und der «Paritätischen Schadenserledigungsstelle der chemischen Reinigung und Konsumentenorganisationen» wirklich gute Noten, vgl. a. a. O., S. 53f., 55f., 82ff.

<sup>197</sup> HEUSSNER, S. 314, zitiert das Wort vom «gerichtlichen Zwangsvergleich»; ferner etwa FREUND, S. 136ff.

<sup>198</sup> Es ist wohl kein Zufall, daß der Vergleich inzwischen zum Objekt der Rechtstatsachenforschung geworden ist, vgl. GOTTWALD/HUTMACHER/RÖHL/STREMPERL; ferner etwa KLAUS F. RÖHL, Erfahrungen, S. 90ff.; DER-SELBE, Der Vergleich, S. 279ff., mit kritischem Diskussionsvotum von SCHÖNHOLZ, ebenda.

<sup>199</sup> STAUDER/FELDGES, S. 87f.; in Deutschland hemmen solche Verfahren teilweise die Verjährung; vgl. MICKLITZ, DRiZ 1983, S. 124.

<sup>200</sup> «Streitbeilegung auf vielen Plätzen» – HEGENBARTH, Neue Köpfe, S. 160, und Privatisierte Konfliktregelung, S. 261; vgl. auch FROMMEL, S. 35f., und die weiteren in Anm. 189 zitierten Autoren.

<sup>201</sup> Vgl. KOTZOREK, S. 284.

unvermittelt und 607 wurden vorzeitig zurückgezogen. 1984 war die Zahl der vermittelten Fälle prozentual noch höher<sup>202</sup>. Diese Vermittlungsleistung wirkt sich mit Sicherheit entlastend auf die Justiz aus. Aber auch soweit einzelne Begehren ohne die Existenz der Institution «Vermittler» vielleicht gar nie vor eine Behörde getragen worden wären, ist der Effekt dieser Einrichtung positiv zu werten, hat sie doch so wenigstens dazu beigetragen, daß jemand die Schwellenangst überwinden, ein – vielleicht vermeintliches – Rechtsbedürfnis artikulieren und dieses anbringen konnte. Dies ist sicher besser als das Gefühl der Ohnmacht, das ein einzelner empfinden wird, der für sein Rechtsbedürfnis keine Ansprechadresse findet. – Ähnliches gilt für die speziellen Schlichtungsstellen nach Art. 25 BMM und die durch ihre häufig schlichtende Funktion gekennzeichnete Arbeitsgerichtsbarkeit<sup>203</sup>. Diese Einrichtungen sind nach meiner Beurteilung im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung stark verankert, was zweifellos eine wesentliche Voraussetzung der Wirksamkeit einer Institution ist. – Ob sich dies auch im Zusammenhang mit dem Konsumentenschutz in dieser Art einspielen wird (vgl. oben N. 49), bleibt abzuwarten. Von besonderem Interesse scheint mir das erwähnte «Tessiner Modell» des paritätisch besetzten, sachkundigen Vermittlungsorgans, das als Schiedsgericht eingesetzt werden kann.

52. *Ansätze weiterverfolgen.* «Alternativen» sind sicher kein Allheilmittel – weder gegen die als unpersönlich, formalistisch und unzugänglich empfundenen Aspekte der Justiz noch gegen deren wachsende Belastung<sup>204</sup>. Die Erkenntnis, daß es verschiedene Möglichkeiten der Konfliktledigung gibt und daß sich nicht für alle Konflikttypen die gleiche Art der Beilegung sachlich aufdrängt<sup>205</sup>, sowie die Tatsache, daß es immerhin gewisse funktionierende Streiterledigungsmechanismen vor oder neben

<sup>202</sup> Amtsberichte der kantonalen Gerichte über das Jahr 1986, S. 30; 1985, S. 31; 1984, S. 32; SCHNYDER, S. 207, weist für andere Kantone zum Teil noch beeindruckendere Zahlen aus.

<sup>203</sup> Vgl. oben Anm. 185.

<sup>204</sup> Vgl. oben Anm. 189.

<sup>205</sup> Vgl. etwa die Unterscheidung der Konflikttypen und der am ehesten geeigneten Lösungsinstanzen bei GESSNER/FALKE, Konflikt Nähe als Maßstab für gerichtliche und außergerichtliche Streitbehandlung, in: Blankenburg/Gottwald/Stempel, S. 289 ff., S. 303:

- personenbezogene Konflikte: Ratgeber/Vermittler
- rollenbezogene Konflikte: Vermittler/Schlichter
- normbezogene Konflikte: Richter.

der eigentlichen urteilsförmigen Rechtsprechung gibt, rechtferigt dennoch, die «Option Alternativen» offenzuhalten. Im Hinblick darauf scheint es sinnvoll, einige der Erfordernisse, die im Schrifttum hauptsächlich als für das gute Funktionieren solcher Verfahren wichtig erachtet werden, kurz zu erwähnen.

*53. Anforderungen an «Alternativen».* Ein allgemeingültiges «Anforderungsprofil» läßt sich kaum ein für allemal festlegen. Es kommt zu stark einerseits auf das Sachgebiet, andererseits auf die Organisation und das Funktionieren des Rechtsschutzes im übrigen, auf die Tradition, die «Rechtskultur» an<sup>206</sup>. Ferner scheint wesentlich, daß sich eine Einrichtung dieser Art einen Platz im Rechtsbewußtsein des interessierten Publikums schaffen kann. Als mögliche «Qualitätsanforderungen» – vor allem im Hinblick auf Anliegen des Konsumentenschutzes – wurden etwa genannt:

(a) *Sachkunde*: Von vielen Autoren wird ein Bedürfnis nach «Alternativen» vor allem in Bereichen empfunden, in denen es auf Sachkunde ankommt. Man denke vor allem an den Konsumentenschutz. Dies ist verständlich, wenn man an die Kosten von Expertenprozessen denkt<sup>207</sup>.

(b) *Gewähr für wirklich paritätischen, von einseitigen Bindungen unabhängigen Charakter*: Es ist glaubhaft und einleuchtend, daß das Publikum gegenüber einer nicht als unparteiisch eingeschätzten Institution zurückhaltend bleiben wird. Staatliche Einrichtungen dürften insoweit einen höheren Vertrauensvorschuß genießen als private; um so eher sollten letztere jeden Anschein von Einseitigkeit vermeiden<sup>208</sup>.

(c) *Faktische und rechtliche Zugänglichkeit*: Dies umfaßt ein Mehreres: Zum einen gute örtliche und zeitliche Erreichbarkeit, aber auch informelles, rasches und kostengünstiges Verfahren<sup>209</sup>. Ein Spannungsverhältnis besteht bezüglich der

<sup>206</sup> Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß gerade gewisse Unzulänglichkeiten der ordentlichen Justiz etwa in den Niederlanden oder in den Common-Law-Ländern zur Entwicklung zahlreicher «Alternativen» beigetragen hätten; vgl. BLANKENBURG/TANIGUCHI, S. 5 ff.; BLANKENBURG/VERWOERD, Weniger Prozesse, S. 169 ff.; DIESELBEN, Rechtsmittelstaat, S. 207 ff.; vgl. aber die bereits oben in N. 42 geäußerten Bedenken.

<sup>207</sup> Etwa REICH, S. 222, SCHMIDT-V. RHEIN, S. 120 f.; KOTZOREK, S. 285, NEUMANN, S. 287; MANGÅRD, S. 254.

<sup>208</sup> Vgl. etwa HEGENBARTH, Privatisierte Konfliktregelung, S. 261, STAUDER/FELDGES, S. 81 f.; MICKLITZ, S. 126 f.; REICH, S. 222; SCHMIDT-V. RHEIN, S. 120, 122; MORASCH/BLANKENBURG, S. 223; NEUMANN, S. 286 ff., 288.

<sup>209</sup> Vgl. REICH, S. 222; BLEGVAD, S. 246; MANGÅRD, S. 254 f.; FROMMEL, S. 36; SCHMIDT-V. RHEIN, S. 120 f., u. a. m.

Frage, ob bzw. inwieweit in tatsächlicher oder gar rechtlicher Hinsicht verbindliche Entscheide getroffen werden sollen: Dafür spricht das Interesse an der Durchsetzung des Ergebnisses, dagegen u. U. aber das Postulat eines raschen, informellen Verfahrens, das zugleich Schwellenängste wirksam vermindern kann<sup>210</sup>. Die formelle Durchsetzbarkeit von Entscheiden oder Schlichtungssprüchen verliert dann an Bedeutung, wenn die moralische Autorität des Organs oder der Organisationsgrad der Verbandsmitglieder hoch ist<sup>211</sup>. – Zur Zugänglichkeit dürfte sodann auch gehören, daß solche Institutionen nicht allzu eng auf einzelne Branchen oder Teilbranchen ausgerichtet sind<sup>212</sup>.

*54. Abschließende Bemerkungen.* Die vorstehende Aufzählung ist keineswegs erschöpfend. Es bedürfte wohl auch der Schaffung kundenfreundlicher Rahmenordnungen, z. B. um zu vermeiden, daß die Inanspruchnahme solcher Institutionen die Rechtzeitigkeit allfälliger späterer Rechtsschritte gefährdet<sup>213</sup>. Eine Schwäche ist die mangelnde Öffentlichkeit und – daraus folgend – Präjudizialität der Ergebnisse<sup>214</sup>. Dem ist meines Erachtens aber kein überproportionales Gewicht beizumessen. Auch heute kommt den meisten kleinen Fällen wenig überindividuelle Steuerungsfunktion zu. Einen realen Rechtsfortbildung- und Steuerungseffekt weisen zumeist doch nur publizierte oberinstanzliche und höchstrichterliche Urteile auf. Auch bei allenfalls funktionierenden «Alternativen» ist nicht damit zu rechnen, daß die Gerichte arbeitslos werden. Sinnvoll wäre aber, die Erfahrungen allfällig funktionierender «Alternativ-»Institutionen in geeigneter Weise auszuwerten und der Öffentlichkeit nutzbar zu machen.

Als Vorteil funktionierender Alternativen wäre sicher das Vorhandensein differenzierter Konfliktledigungsmechanismen anzusehen. Darin läge eine Ergänzung dessen, was bisher existiert. Im Ergebnis könnte dies zwar – wie mehrfach erwähnt – keine Wunder, aber auf informellem Weg vielleicht etwas mehr Recht bewirken<sup>215</sup>.

<sup>210</sup> MANGÅRD, S. 254; FROMMEL, S. 34, 36.

<sup>211</sup> Vgl. STAUDER/FELDGES, S. 84f.

<sup>212</sup> Vgl. MORASCH/BLANKENBURG, S. 223f.

<sup>213</sup> Vgl. STAUDER/FELDGES, S. 83f.; WASSERMANN, S. 203f.

<sup>214</sup> STAUDER/FELDGES, S. 85f.; BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 61ff.

<sup>215</sup> Vgl. STREMPERL, «Alternativen in der Ziviljustiz», in: Voigt, S. 194; FROMMEL, S. 32, 34, 36; HEGENBARTH, Neue Köpfe, S. 160ff., DERSELBE, Privatisierte Konfliktregelung, S. 261ff.

#### *D. Zusammenfassende Überlegungen*

Each legal system must find its own compromises, and it is at least likely that its choices will be largely controlled by what is regarded, or what is silently assumed, to be fundamental to it.<sup>216</sup>

*55. Komplexe Abwägungsfragen.* Wie die vorausgehenden Abschnitte mehrfach gezeigt haben, verlangt die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems ein komplexes Abwägen zwischen verschiedenen, je für sich schutzwürdigen, aber einander zuwiderlaufenden Teilzielen, die nie endgültig miteinander in Harmonie gebracht werden können<sup>217</sup>. Praktisch jeder Schritt in eine bestimmte Richtung hat auch in anderen Bereichen Konsequenzen. Diese immer wieder neu anzupackende Optimierungsaufgabe ist einerseits von den konkreten Umständen sowie von den zu erwartenden Entwicklungen und andererseits von Werturteilen abhängig. Einige dieser Dilemmata wurden weiter oben dargestellt (vgl. etwa N. 28, 44); sie sind hier nicht mehr zu wiederholen. An diese Zielkonflikte und die in den vorstehenden Kapiteln dazu skizzierten Überlegungen sollen nachfolgend einige weitere Gedanken angeknüpft werden. Zusammenhängende Vorschläge für die Konzeption des «rechten» Rechtsschutzsystems können im Rahmen dieses Referats nicht erwartet werden.

*56. Grundsätzliches.* Rechtsschutz sollte bewirken, daß Konflikte so gerecht, rasch und zweckmäßig als möglich beigelegt werden können. Dabei ist von prinzipiell begrenzten Rechtsverwirklichungsressourcen auszugehen<sup>218</sup>. Die Gewährleistung des Zugangs zum Recht ist eine staatspolitische und verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Das Rechtsschutzsystem ist immer wieder darauf zu befragen, ob es hinreichend zugänglich ist. Dies heißt aber nicht, daß diesem Interesse alle anderen Gesichtspunkte zum vornehmerein unterzuordnen sind. Die Funktionsfähigkeit des Rechtsschutzsystems insgesamt muß gewährleistet bleiben. Wo dieses überbeansprucht ist, ist für Entlastung zu sorgen. Zugang zum Recht und Entlastung der

<sup>216</sup> JOLOWICZ, S. 17.

<sup>217</sup> Vgl. VOGEL, Prozeß-Ökonomie, S. 11 ff.

<sup>218</sup> Vgl. oben lit. B.

Rechtspflege müssen sich indes nicht unter allen Umständen ausschließen. Wege sollten meines Erachtens über eine entsprechende Ausgestaltung des Verfahrens und der Justizorganisation unter Einbezug auch von «Alternativen» gesucht werden. Rechtssoziologische Forschung könnte dazu wertvolle Hilfsdienste leisten<sup>219</sup>.

57. *Staatliche Rechtspflege*. Generell scheint mir das Interesse an hinreichend raschem Entscheid von hohem Rang. Bei Vertretern eher ausladend konzipierter Rechtsmittelsysteme kommt dieser Aspekt meines Erachtens zu kurz. Dabei waren die gravierenden Konsequenzen verzögerter Rechtsprechung allen Zeitaltern bekannt und sind jüngst namentlich in Deutschland mit Nachdruck wieder vorgebracht worden<sup>220</sup>. Durch Rechtsverzögerung droht der Zeitablauf zu einer eigen gesetzlichen Größe zu werden, die bei entsprechender Interessenlage als zusätzliches Druckmittel eingesetzt und «bewirtschaftet» werden kann<sup>221</sup>. Diese Überlegungen sind bei der Konzeption von Verfahrensordnungen zu berücksichtigen; dabei dürften die Gewichte aber je nach Verfahrensgegenstand und Verfahrensstufe anders zu setzen sein. Bei Verfahren, von deren Ausgang weitere Dispositionen abhängen – häufig etwa bei Vertragsstreitigkeiten, Handelssachen, öffentlichrechtlichen Bewilligungsverfahren u. a. m.<sup>222</sup> –, scheint mir das Interesse an raschem Entscheid von höherem Rang zu sein als etwa bei Strafverfahren<sup>223</sup>, wo sowohl die Interessen der Betroffenen als auch der Allgemeinheit großzügig gewährte Rechtsstaatlichkeit gebieten. Solche Überlegungen würden rechtfertigen, bei Prozessen der ersten Kategorie die Verfahrensordnung gezielt auf zügige Konflikt erledigung auszurichten.

Eine Optimierung des Verfahrens und der Organisation der staatlichen Rechtspflege kann im übrigen zur Schonung der Ressourcen beitragen, ohne den Rechtsschutz und den Rechtsstaat qualitativ zu beeinträchtigen.

58. *Untere Instanzen*. Das erstinstanzliche Verfahren verdient aus verschiedenen Gründen besondere Aufmerksamkeit. Zum

<sup>219</sup> Vgl. ROTH, a. a. O., S. 215 ff.

<sup>220</sup> SENDLER gelangt zum plastischen Schluß: «... daß nämlich ... eine zu spät kommende Entscheidung nur falsch sein kann». (Zu wenig, S. 178.)

<sup>221</sup> Zur «Bewirtschaftung sekundärer Realitäten» anregend: NEF, S. 65 ff., 70 f.

<sup>222</sup> Man könnte von «handlungsorientierten» Verfahren sprechen.

<sup>223</sup> Die man als «sanktionsorientiert» bezeichnen könnte.

einen müssen erstinstanzliche Rechtspflegebehörden schon zufolge der staatlichen Justizgewährleistungspflicht gut zugänglich sein. Zum anderen ist besonders wichtig, was sich in der ersten Instanz abspielt: Ein Fall, der einmal «falsch eingefädelt» wurde, ist später zuweilen nur noch mit Mühe auf die richtige Bahn zurückzulenken<sup>224</sup>. Dies spricht gegen allzu großen Formalismus auf dieser Stufe.

Sowohl im Hinblick auf eine gewisse Entlastung als auch auf bessere Zugänglichkeit der Justizbehörden könnten meines Erachtens bei erstinstanzlichen Zivilstreitigkeiten mit kleinen Streitwerten, wo das Verhältnis zwischen Nutzen und Aufwand im allgemeinen am ungünstigsten ist, generelle, nicht bloße auf Arbeits- sowie (zum Teil) Konsumentenschutz- und Mietstreitigkeiten beschränkte und bezüglich der Streitwerte weitergehende Verfahrensvereinfachungen<sup>225</sup> erwogen werden. Zu denken wäre auch an die Institutionalisierung von Referentenaudienzen zu einem möglichst frühen Zeitpunkt, sei es zu Vergleichszwecken, sei es im Hinblick auf Ökonomie im Beweisverfahren. Überdies ließe sich auch die Übersichtlichkeit des Systems fördern, die heute in den meisten Kantonen mit vielen Sonderverfahren bald mit, bald ohne vorgängigen Vermittlungsvorstand nicht optimal erscheint. Einige Entlastung brächte wohl auch eine Vereinfachung des Verfahrens bei nicht streitigen Scheidungen<sup>226</sup>. – Selbst wenn durch Vereinfachungsmaßnahmen unter Umständen mehr Verfahren angezogen würden, könnte wohl dennoch eine gewisse Entlastung eintreten.

*59. Obere Instanzen.* In oberinstanzlichen Verfahren liegen die Probleme anders. Hier haben nicht nur vorprozessuale Schlichtungsmechanismen versagt, sondern es liegt bei gerichtlichen Verfahren auch bereits ein Entscheid einer unabhängigen richterlichen Behörde vor. Im Rahmen von Rechtsmittelverfahren ließe sich – mindestens im «handlungsorientierten» Zivilprozeß – erwägen, Noven nur noch zuzulassen, soweit sie

<sup>224</sup> Letztlich verwandte Überlegungen zur Notwendigkeit und Bedeutung des «richtigen Einstiegs» finden sich etwa bei JOST, S. 469.

<sup>225</sup> Solche Vereinfachungen bestehen zwar in den meisten Kantonen, aber in unterschiedlichem Ausmaß und mit teilweise eher niedrigen Streitwert-Obergrenzen.

<sup>226</sup> 1986 waren im Kanton St. Gallen 1529 von 2393 erstinstanzlichen zivilrechtlichen Geschäften Ehestreitsachen (1985: 1437 von 2346; 1984: 1426 von 2392); Quelle: Amtsberichte der kantonalen Gerichte.

vorher bei zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten oder soweit erst der angefochtene Entscheid dazu Anlaß gab.

In allgemeiner Hinsicht stellt sich vor dem Hintergrund des grundlegenden Zielkonflikts «materielle Gerechtigkeit – rascher Rechtsfriede» – die Frage, wie viele Instanzen bis zum endgültigen Entscheid vorgesehen werden sollen. Es wurde bereits in N. 3 und 4 oben dargelegt, daß übergeordnetes Recht nicht generell, sondern nur in Einzelfällen einen Instanzenzug bzw. die Einrichtung von Rechtsmittelbehörden gebietet. Dem Postulat, daß normalerweise wenigstens eine Rechtsmittelinstanz alle wesentlichen Punkte uneingeschränkt überprüfen können sollte<sup>227</sup>, kann an sich zugestimmt werden; mit umgekehrter Stoßrichtung ist andererseits nicht ohne Grund festgehalten worden, daß höchstens eine mittlere Behörde zwischen die erste und die oberste Instanz geschaltet werden sollte<sup>228</sup>. Dieser Akzent ist im Hinblick auf die erwähnte grundlegende Antinomie richtig. Der Nutzeffekt weiterer Instanzen wird im Hinblick auf die Korrektur von Irrtümern abnehmen, während der durch zusätzliche Verzögerungsmomente verursachte Schaden ansteigt<sup>229</sup>. Im Hinblick darauf darf man durchaus zweifeln, ob die deutsche «Instanzeneligkeit» etwa in der Verwaltungsrechtspflege<sup>230</sup> das Ei des Kolumbus sei. Die Traditionen sowohl innerhalb der Schweiz<sup>231</sup> wie auch im gesamteuropäischen Vergleich sind in dieser Hinsicht übrigens sehr unterschiedlich. In den angelsächsischen Ländern, offenbar aber auch in Österreich, ist das «Rechtsmitteldenken», das erst ein ober- oder letztinstanzliches Urteil als Streiterledigung ernst nimmt, nach einem rechtsvergleichenden Bericht weniger verbreitet<sup>231a</sup>. – In einzelnen schweizerischen Kantonen kann man sich in diesem Sinne fragen, ob es – wenigstens im «handlungsorientierten» Zivilprozeß – wirklich nach zwei ordentli-

<sup>227</sup> DUBS, S. 677.

<sup>228</sup> GRISEL, Surchage, S. 381.

<sup>229</sup> VOGEL, Grundriß, S. 264f., vgl. auch oben, N. 11.

<sup>230</sup> Vgl. etwa SENDLER, Instanzenzug, S. 157ff. («Instanzeneligkeit»: S. 164); DERSELBE, Rechtsschutz, S. 813ff.; DERSELBE, Möglichkeiten, S. 923ff.; DERSELBE, Zu wenig, S. 175ff.; ULE, S. 821ff.; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bereits 1978 erklärt, daß ein System, das wegen der Zahl der Instanzen und Rechtsmittel unübersichtlich werde, gegebenenfalls im Hinblick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK problematisch sei (Urteil i.S. König, § 100, zitiert nach EuGRZ 1978, S. 417).

<sup>231</sup> Vgl. den vergleichenden Überblick bei VOGEL, Grundriß, S. 273ff.

<sup>231a</sup> JOLOWICZ, S. 5f.

chen kantonalen Instanzen noch eine kantonale Kassationsinstanz braucht, die neben die bundesrechtlichen Rechtsmittel tritt und in einem Teil der nicht berufungsfähigen Fälle auch noch als dritte Instanz zur Kontrolle des Bundeszivilrechts wirkt<sup>232</sup>. – Im «sanktionsorientierten» Strafprozeß dagegen scheint mir Großzügigkeit in der Rechtsmittelordnung eher gerechtfertigt. Aber auch dort gilt: Late justice is bad justice. Garantieren mehr Rechtsmittel wirklich mehr Recht? Und: *Quis custodiet custodes?*

Das besonders überlastete Bundesgericht bildet einen Spezialfall. Auf dieser Stufe stellt sich die Frage, ob langfristig am heutigen System, welches das Bundesgericht zur Behandlung aller formell hinreichenden Rechtsmittel verpflichtet, festgehalten werden kann. Hierauf gehe ich nachfolgend (Ziff. IV) kurz ein.

*60. Zugang zum Recht.* Prüfenswert de lege ferenda sind umfassendere Ansätze des Zugangs zum Recht. Dabei sehe ich vor allem ein Bedürfnis nach besser zugänglicher Rechtsberatung. Die Bestrebungen der Anwaltsverbände verschiedener Kantone, die im wesentlichen einen unentgeltlichen oder wohlfeilen Rechtsauskunftsdiensst zur Verfügung stellen, sind zweifellos begrüßenswert. Das Angebot ist aber knapp bemessen; im Kanton St. Gallen wird pro Auskunft durchschnittlich etwa eine Viertelstunde eingesetzt. Verbesserungen ließen sich etwa in folgender Weise denken: Vom Rechtsuchenden frei gewählte Anwälte erteilen nach englischem Muster Rechtsberatung an Minderbemittelte. Ergänzend könnten – allenfalls in Zusammenarbeit des Staates mit den Anwälten – Rechtsauskunftsstellen organisiert werden, die einen grundsätzlich permanenten Auskunftsdiensst für Personen anbieten, die keinen Anwalt kennen oder «Schwellenangst» haben. Die Inanspruchnahme solcher Stellen müßte nicht völlig unentgeltlich sein; vielmehr wären Stufentarife, etwa nach Maßgabe der wirtschaftlichen Verhältnisse der Klienten, des Ausmaßes der Inanspruchnahme der Stelle und des Interessewertes denkbar. Die Abklärung der Voraussetzungen müßte möglichst einfach ausgestal-

<sup>232</sup> So etwa im Kanton St. Gallen. Allerdings hat sich das Kassationsgericht auch schon oft segensreich ausgewirkt, und auch seine präventive Wirkung ist positiv zu bewerten. Sicher legitim ist es, wo es als zweite, nicht als dritte Instanz amtet. Ein Annahmeverfahren vor Bundesgericht könnte seine Bedeutung noch steigern.

tet werden. Zumindest bei öffentlichen Beratungsstellen wäre es das einfachste, wenn die Prüfung an Ort und Stelle vorgenommen werden könnte. Möglich schiene mir, daß innert vernünftiger Grenzen auch Hilfe für Vergleichsgespräche oder wenigstens für deren Einleitung geleistet würde. Wo die Schranken zu ziehen wären, müßte im einzelnen diskutiert werden<sup>233</sup>.

Bei der Verfahrenshilfe erscheinen heute die Entscheidungskriterien im konkreten Fall nicht immer sehr klar. De lege ferenda ließe sich eine Konzeption mit mehr Flexibilität nach oben erwägen. Eine radikale Lockerung der Anspruchsvoraussetzungen scheint mir indes nicht angezeigt; außer allenfalls eine angemessene Ausdehnung der Regeln des Art. 343 OR auf andere sozialpolitisch sensible Bereiche. Im übrigen aber soll, wer staatliche Gerichte anruft, dies mit Ernst und im Bewußtsein allfälliger Konsequenzen tun; gewisse Risiken sind ihm zuzumuten. Begrüßenswert scheint mir die Förderung zweckmäßiger «Alternativen».

*61. Alternativen.* Der Staat hat Rechtsschutz zu gewährleisten. Er muß dabei aber kein Monopol einnehmen. Neben Maßnahmen im Bereich der ordentlichen Gerichtbarkeit könnten gewisse «Alternativen» auf privater, halbstaatlicher oder staatlicher Ebene ermutigt und gefördert werden, die – wenn glücklich konzipiert – innert Grenzen einen Beitrag sowohl zur Verbesserung des Zugangs zum Recht als auch zur Entlastung der Justiz leisten könnten. Sozialreformerisch-emanzipatorische Ansätze sowie Bestrebungen zur wirtschaftlichen Selbstregulierung und zur Entlastung der Rechtspflege könnten hier zu teilweiser Kongruenz gelangen. Die Möglichkeiten scheinen mannigfaltig. Man denke nur etwa an Ombudsmannfunktionen in den verschiedensten Bereichen. Etwas Mut zum Experiment<sup>234</sup> täte vielleicht nicht schlecht. Interessant schiene mir im Bereich von Forderungsstreitigkeiten die Verbindung von unparteiischer Vermittlung und Sachverstand. Dem Einwand, daß von solchen Verfahren keine Impulse zur Rechtsfortbildung ausgehen<sup>235</sup>, ist ernst zu nehmen, meines Erachtens aber aus den

<sup>233</sup> Instruktiv insbesondere der rechtsvergleichende Überblick und die Schlußfolgerungen von TROCKER, S. B 24 ff., B 67 ff.

<sup>234</sup> Erfrischend ist die Experimentierfreude in den USA, vgl. etwa die Übersichten bei CAPPELLETTI/GARTH/TROCKER, 1976, S. 669 ff.; DIESELBEN, 1982, S. 664 ff.; TROCKER, S. B 36, B 36 ff.; STREMPER, «Alternativen in der Ziviljustiz», S. 86 ff.

<sup>235</sup> Vgl. BAUDENBACHER, Rechtsverwirklichung, S. 63 ff.

bereits in N. 54 oben erwähnten Gründen auch nicht überzubewerten.

In allen Fällen aber soll der Staat die Basisversorgung an Rechtsschutz, gleichsam als «Netz», sicherstellen.

62. *Der «sachkundige Vermittler» – Eine Möglichkeit?* Sachverständige Beratung und Vermittlung sind im einzelnen Bereichen bereits vorgesehen, etwa in Art. 25 BMM oder im oben, N. 49, erwähnten Tessiner Konsumentenschutzverfahren. Es fragt sich, ob sich dieses Modell nicht generalisieren ließe. Denkbar wäre etwa die Schaffung paritätischer Organe von Verbänden der Produzenten und Händler einerseits und der Konsumenten andererseits unter Leitung einer neutralen Persönlichkeit. Solchen Organen könnten dann von den Verbänden bestimmte oder vorgeschlagene Fachleute verschiedenster Branchen (alles, was den Konsumentenschutz angeht, aber zum Beispiel auch Bauwesen und andere Vertragsverhältnisse<sup>236</sup>) nebenamtlich angehören. Sie hätten wohlfeile, fachkundige Vermittlung anzubieten, könnten aber – wie in Art. 25 BMM oder beim «Tessiner Modell» – im Einvernehmen beider Parteien als Schiedsgerichte eingesetzt werden. Um die Attraktivität zu erhöhen, könnten sie mit den Befugnissen und Kompetenzen des ordentlichen Vermittlers ausgestattet werden, d. h. insbesondere mit dem Ladungsrecht, der Kompetenz zur Ausstellung des Leitscheins (Klagebewilligung) bei gescheiterter Vermittlung, einer Spruchkompetenz analog derjenigen des ordentlichen Vermittlers und gegebenenfalls dem Recht, (bescheidene) Gebühren zu erheben. Um optimale Zugänglichkeit zu gewährleisten, wäre wohl pro Bezirk eine Geschäftsstelle zu schaffen, welche Vermittlungsbegehren entgegenzunehmen hätte; diese Geschäftsstelle könnte organisatorisch allenfalls dem Bezirksgesetz angegliedert werden. Zur möglichst Rationalisierung des Verfahrens dürfte vom Gesuchsteller auf einem Formular eine Spezifizierung des Streitgegenstandes erwartet werden, damit für den Temin die richtigen Fachleute aufgeboten werden. Die Geschäftsstelle könnte unbedarfsten Petenten immer noch Formulierungshilfe bei der Abfassung des Begehrens leisten. Ob ein Kläger den ordentlichen (im Kanton St. Gallen kommunalen) oder diesen fachkundigen

<sup>236</sup> Vgl. etwa die von STREMPPEL, «Alternativen in der Ziviljustiz», in: Voigt, S. 190 erwähnte Bauschlichtungsstelle bei der Handwerkerskammer Rhein/Main.

Vermittler anrufen will, könnte man seinem Ermessen überlassen. Möglich wäre indes, dem ordentlichen Vermittler die Kompetenz zu geben, den Fall an den «Fachvermittler» zu überweisen, oder sogar den Richter nach Einleitung des eigentlichen Prozesses mit der Möglichkeit auszustatten, im Rahmen seiner Verfahrensleitungskompetenz eine «Verhandlungsrunde» vor dem «Fachvermittler» einzuschalten<sup>237</sup>.

Diese Idee ist sicher kein Wundermittel, und sicher wären noch viele Fragen – vom Bedürfnis über die Trägerschaft (Staat? Stiftung?) bis zur Ausgestaltung im einzelnen und den voraussichtlichen Kosten – zu prüfen und ausländische Beispiele heranzuziehen. Sinnvoll wäre sodann wohl, für eine geeignete Auswertung der Praxis und der Erfahrungen einer solchen Behörde zu sorgen<sup>238</sup>. Aber vielleicht wäre hier noch ein gewisser Gewinn an «Zugang zum Recht» bei gleichzeitiger Entlastung – oder wenigstens ohne Zusatzbelastung – des bestehenden Apparates möglich. Ein solches Modell könnte – namentlich wenn es privat- oder gemischtwirtschaftlich konzipiert ist – auch für die beteiligten Verbände attraktiv sein (Imageförderung).

Gesamthaft besteht im Bereich «Rechtsschutz» ein weites Feld von Gestaltungsmöglichkeiten für den kantonalen Gesetzgeber.

#### IV. Ein Annahmeverfahren bei der staatsrechtlichen Beschwerde?

63. *Vorbemerkung.* Im Rahmen der vor den eidgenössischen Räten hängigen OG-Revision hat der Bundesrat ein Annahmeverfahren für das Bundesgericht vorgeschlagen<sup>239</sup>. Es hat vor dem Nationalrat allerdings keine Gnade gefunden. Im Zeitpunkt, in dem diese Zeilen geschrieben werden, ist nicht vorauszusehen, ob dieser Vorschlag im Ständerat noch eine Chance hat. – Die Diskussion um das Annahmeverfahren ist im Zusam-

<sup>237</sup> Ein Thema der «Alternativen»-Diskussion war denn auch die Schlichtung *innerhalb* laufender Verfahren; vgl. etwa die Beiträge hiezu in: BLANKENBURG/GOTTLAWD/STREMPPEL, insbesondere S. 145 ff. (ROTTLEUTHNER, SCHÖNHOLZ, ROGOWSKI, SCHUSTER u. a.); ferner KLAUS F. RÖHL, Erfahrungen, S. 90 ff.

<sup>238</sup> Dabei wäre auch an Forschungsprojekte (Kantone, Universitäten, Nationalfonds) zu denken.

<sup>239</sup> BBI 1985 II 737 ff.

menhang mit den unter Ziff. III hievor behandelten Fragen, insbesondere dem Kapazitätsproblem, zu sehen; dieses Verfahren ist ein praktisches Beispiel eines Lösungsversuchs. Ange- sichts solcher Bezüge zum Tagungsthema erscheint es – obwohl sich bereits prominente Autoren dazu geäußert haben<sup>240</sup> – als gerechtfertigt, im Rahmen dieses Referats einige Bemerkungen dazu anzubringen. Angestrebt wird indes nicht eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Thema und den genannten Stellungnahmen, sondern ein bloßes Diskussionsvotum. Im übrigen beschränke ich mich im wesentlichen auf das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV).

*64. Ausgangspunkt.* Nach heutiger Rechtslage ist das Bundesgericht als Staatsgerichtshof verpflichtet, die bei ihm anhängig gemachten, den formellen Anforderungen genügenden Beschwerden im Rahmen seiner Kognition materiell zu prüfen. Die Folgen dürfen als bekannt vorausgesetzt werden: Das Bundesgericht *ist* überlastet. Die Arbeitsbedingungen sind dadurch unbefriedigend, die Aufgabenerfüllung jedenfalls nicht optimal und effektiver Rechtsschutz zumindest gefährdet. Die bis 1985 ständig gestiegenen Neueingänge<sup>241</sup> berechtigen zur Frage, ob stete Aufstockung der personellen und materiellen Ausstattung des Gerichts überhaupt sinnvoll sei<sup>242</sup> oder ob statt dessen in anderer Weise – durch Drosselung des Zugangs – für Entlastung zu sorgen sei. Der Bundesrat hat im Einklang mit Stimmen prominenter Praktiker<sup>243</sup> letztere Frage bejaht und schlägt den eidgenössischen Räten ein Annahmeverfahren für das Bundesgericht vor<sup>244</sup>.

Gegenüber einem solchen Annahmeverfahren sind indes verfassungsrechtliche Zweifel angemeldet worden<sup>245</sup>, die ihrerseits wieder auf Widerspruch gestoßen sind<sup>246</sup>. Insbesondere

<sup>240</sup> AUER, SJZ 82/1986, S. 105 ff.; HAEFLIGER, NZZ vom 15. Mai 1986; WILDHABER, SJZ 82/1986, S. 273 ff.

<sup>241</sup> Die jährlichen Berichte des Schweizerischen Bundesgerichts über seine Amtstätigkeit zeigen folgende Zahlen (Neueingänge): 1975: 2354; 1980: 3194; 1985: 4165; 1986: 4061; 1987: 3921.

Der leichte Rückgang 1986 und 1987 lässt aber noch nicht auf eine dauerhafte Besserung hoffen.

<sup>242</sup> Vgl. oben, N. 34 ff., 38 ff.

<sup>243</sup> Etwa GRISEL, Surcharge, S. 382.

<sup>244</sup> BBl 1985 II 771 ff.

<sup>245</sup> AUER, S. 105 ff.

<sup>246</sup> HAEFLIGER, NZZ vom 15. Mai 1986; WILDHABER, Verfassungsmäßigkeit, S. 273 ff.

wurde erwogen, daß unzureichendes Funktionieren des obersten Rechtspflegeorgans seinerseits eine gravierende Verfassungsverletzung darstelle<sup>247</sup>.

Für das Anliegen, dem Bundesgericht optimales und effizientes Wirken zu ermöglichen und es aus der belastenden Überforderungssituation zu befreien, kann man nur Verständnis haben. Es läge in gewissem Sinne auch auf der Linie der oben dargestellten Überlegungen, für ein Annahmeverfahren einzutreten. Indes ist die Frage in weitere Zusammenhänge zu stellen. Bevor hierauf näher einzugehen ist, rechtfertigt es sich, eine kurze typologische Übersicht verschiedener Konzeptionen von Annahmeverfahren zu geben.

*65. Verschiedene Konzeptionen von Annahmeverfahren.* Ein solches Verfahren kann den Annahmeentscheid entweder an einigermaßen definierte Kriterien binden oder aber ihn mehr oder weniger dem Ermessen des angerufenen Gerichts überlassen. Letzteres ist praktisch beim amerikanischen Certiorari-Verfahren<sup>248</sup>, ersteres beim Vorprüfungsverfahren des deutschen Bundesverfassungsgerichts<sup>249</sup> und im bundesrätlichen Entwurf der OG-Revision der Fall<sup>250</sup>. Ein Verfahren, das den Annahmeentscheid als reinen Ermessensentscheid ausgestaltet, dürfte wohl das im Rahmen des Möglichen effizienteste Mittel zur Kontrolle des Zuwachses sein – obgleich in den USA bereits Bemühungen im Gange sind, den Supreme Court noch weiter zu entlasten<sup>251</sup>.

Wird der Entscheid nicht überwiegend vom Ermessen, sondern von genauer umschriebenen Kriterien abhängig gemacht, kann man danach unterscheiden, ob auf die Prozeßaussichten oder aber auf andere, von den Prozeßchancen grundsätzlich unabhängige Kriterien abgestellt werden soll. Nach § 93b Abs. 1 Ziff. 2 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes kann ein dreiköpfiger Vorprüfungsausschuß (Kammer) eine Beschwerde durch einstimmigen, summarissime begründeten Beschuß insbesondere (endgültig) ablehnen, wenn sie «keine hinreichende Aussicht auf Erfolg» hat<sup>252</sup>. – Der bundesrätliche

<sup>247</sup> WILDHABER, Verfassungsmäßigkeit, S. 276.

<sup>248</sup> SCHIBLI, S. 114ff.; BBI 1985 II 767; Voraussetzungen sind «special and important reasons».

<sup>249</sup> BBI 1985 II 766f.; VILLIGER.

<sup>250</sup> BBI 1985 II 767ff., 940.

<sup>251</sup> SCHIBLI, S. 159ff.

<sup>252</sup> BBI 1985 II 767f.; VILLIGER.

Entwurf will demgegenüber, soweit das Rechtsmittel nicht offensichtlich begründet bzw. offensichtlich unzulässig, unbegründet oder querulatorisch ist (Art. 36a des Entwurfs<sup>253</sup>), auf die «Erheblichkeit» der Sache abstellen, die er der Sache nach nicht von den Prozeßaussichten, sondern von gewissen qualitativen Kriterien abhängig macht (Art. 36b des Entwurfs, insbesondere: Rechtsfrage, die noch nicht entschieden oder neu zu überprüfen ist [lit. a]; Abweichung von der Rechtsprechung [lit. b]; Rüge war von der Vorinstanz nicht zu prüfen oder wurde nicht geprüft [lit. c]; schwerwiegender Nachteil für Parteien und Beteiligte [lit. d]).

Die bundesrätliche Konzeption scheint mir zumindest in der Staatsrechtspflege fragwürdig: Ob das Bundesgericht eine Frage noch nicht beurteilt habe (Art. 36b lit. a des Entwurfs), lässt sich angesichts der Vielgestaltigkeit der potentiellen Themenstaatsrechtlicher Beschwerden und der an sich sehr wenigen darauf anzuwendenden, aber sehr abstrakten und stets von neuem auf jeden Einzelfall hin zu konkretisierenden verfassungsrechtlichen Regeln<sup>254</sup> weniger einfach sagen als etwa im Bereich der Zivil- oder Strafrechtspflege. Je nachdem, wie differenziert oder aber grob der Staatsgerichtshof dieses Kriterium anwenden will, wird es entweder – was nicht der Sinn sein kann – neue Schwierigkeiten bereiten oder aber im Ergebnis – entgegen der geäußerten Absicht – vielleicht doch weitgehend auf Ermessensbetätigung hinauslaufen. Im einen Fall ist es nicht effizient, im anderen Fall etwas trügerisch. – Anders als im Bereich etwa der Zivil- oder Strafrechtspflege ergibt sodann im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit auch die Frage nach einer «Rechtsprechung» (Art. 36b lit. b des Entwurfs) keinen rechten Sinn: Die Frage, ob ein kantonaler Entscheid (zu Ungunsten des Beschwerdeführers) von der bundesgerichtlichen Verfassungsrechtsprechung abweicht (d. h. einen bisher gelgenden Minimalstandard unterschreite), fällt, wenn das Bundesgericht nicht gerade eine Praxisänderung zum Nachteil des Beschwerdeführers ins Auge faßt (vgl. auch Art. 36b lit. a des Entwurfs), weitgehend mit der Frage der Begründetheit der Beschwerde zusammen. Verhält es sich aber so, dann kann man sich fragen, ob nicht ebensogut – wie in Deutschland – direkt auf die Prozeßaussichten abgestellt würde<sup>255</sup>. Die in Art. 36b

<sup>253</sup> Wie dies im wesentlichen heute schon gilt, vgl. die Praxis zu Art. 92 OG.

<sup>254</sup> Vgl. HANS HUBER, S. 191 ff.

<sup>255</sup> Dies wäre dann letztlich nicht viel mehr als eine Weiterentwicklung des heutigen «Verfahrens nach Art. 92 OG», das zwar an sich keine Beschrän-

lit. c und d des Entwurfs enthaltenen Kriterien scheinen von der Handhabung her weniger problematisch.

66. *Verfassungsrechtliche Situation.* Der von WILDHABER<sup>256</sup> geäußerten Auffassung, daß unzureichendes Funktionieren einer Rechtspflegebehörde, namentlich der obersten, eine Verfassungsverletzung bedeute, stimme ich zu. Doch ist dies nicht die einzige Frage: Wenn und soweit ein Annahmeverfahren seinerseits verfassungsrechtlich problematisch wäre, müßte gegebenenfalls eine wertende Abwägung stattfinden. Dies ruft einem Blick auf die Bundesverfassung und den in ihr statuierten Schutz der verfassungsmäßigen Rechte der Bürger:

Zuständigkeitsbestimmungen des öffentlichen Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts sind grundsätzlich zwingender Natur. Dies könnte den Schluß nahelegen, daß schon Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV eine umfassende und unbedingte Verpflichtung des Bundesgerichts zur Staatsrechtspflege statuiere. Dies trifft indes in dieser Form nicht zu. Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV sieht nicht notwendigerweise eine *exklusive* Zuständigkeit des Bundesgerichts für verfassungsrechtliche Rügen vor. Nach der Verfassungsrevision von 1874 waren durch Gesetz zunächst verschiedene verfassungsrechtliche Materien anderen Bundesorganen (Bundesrat, Bundesversammlung) übertragen; sie wurden dem Bundesgericht erst im Laufe der folgenden Jahre (1893, 1911) zugewiesen. In gewissen Restbereichen blieben Bundesrat (Art. 102 Ziff. 2 BV, Art. 73 Abs. 1 lit. a VwVG) und Bundesversammlung zuständig (Art. 85 Ziff. 12 BV, Art. 79 Abs. 1 VwVG). Es war somit stets die Gesetzgebung, welche die Zuständigkeitsverteilung unter den Bundesorganen besorgte. Dagegen folgt meines Erachtens zwingend aus dem – seit 1848 unveränderten<sup>257</sup> – Art. 5 BV, daß der *Bund*, und damit eine *Bundesbehörde*, «die verfassungsmäßigen Rechte der Bürger» zu gewährleisten hat, sei dies nun der Bundesrat gestützt auf Art. 102 Ziff. 2 und 3 BV, die Bundesver-

kung der Überprüfungsintensität, sondern nur eine summarische Begründung vorsieht (die übrigens zum Teil recht sorgfältig ausfällt), aber sich – der Not gehorchnend – gewissermaßen zu einem «Annahmeverfahren minderen Grades» entwickelt hat und bereits heute den Regelfall der Erledigung staatsrechtlicher Beschwerden bildet: 1987 wurden von 1853 staatsrechtlichen Beschwerden deren 1593 gemäß Art. 92 OG im Zirkulationsverfahren, 150 in öffentlicher Sitzung und 110 durch Präsidialverfügung erledigt (Bericht des Bundesgerichts 1987).

<sup>256</sup> Verfassungsmäßigkeit, S. 276.

<sup>257</sup> BURCKHARDT, Kommentar, S. 59.

sammlung gemäß Art. 85 Ziff. 7, 8 und 12 BV oder das Bundesgericht nach Art. 113 BV<sup>258</sup>. Dies ist die Konzeption des schweizerischen Bundesstaates. Diese Konzeption ist im konkreten Verfassungsrechtsschutz zu aktualisieren: Wir befinden uns an der Nahtstelle, an der das in Art. 5 BV enthaltene politische Programm der Regeneration in konkrete Wirklichkeit umzusetzen ist. Eine Verpflichtung zum Schutz der verfassungsmäßigen Rechte der Bürger kann meines Erachtens nur als *individuelle* Rechtsweggarantie verstanden und aktualisiert werden, die dem Rechtsuchenden einen grundsätzlichen Anspruch auf materielle Prüfung einer formell richtig erhobenen Beschwerde gibt. In diesem Sinne wurde die geltende Ordnung bisher denn auch verstanden<sup>259</sup>. Eine substantielle Einschränkung der Pflicht des Bundes, die verfassungsmäßigen Rechte prozessual zu gewährleisten, hieße meines Erachtens, hinter 1848 zurückzugehen, und würde eine Verfassungsänderung verlangen.

Man kann sich übrigens auch im Lichte von Art. 13 EMRK nach der Zulässigkeit eines Annahmeverfahrens fragen. Diese Bestimmung ist indes nicht self-executing, und im übrigen würden wohl auch kantonale Beschwerdeinstanzen, die geeignet wären, Konventionsverletzungen abzuhelfen, dieser Garantie genügen<sup>260</sup>. Anders verhielte es sich wohl, wenn die nach Art. 86 und 87 OG letzte kantonale Instanz zugleich als erste (und somit einzige) Instanz gehandelt hat.

**67. Zulässige Einschränkungen.** Inwieweit darf die Pflicht des Bundes, Beschwerden wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger zu behandeln, eingeschränkt werden? Zulässig sind sicher formelle Vorschriften, etwa betreffend Legitimation oder Fristen sowie Bestimmungen über die Ausschöpfung des Instanzenzuges oder über die Beschränkung der Anfechtungsobjekte, z. B. auf Endentscheide. Insoweit kann der bundesrätlichen Botschaft gefolgt werden. Wo dagegen die Bot-

<sup>258</sup> Daß diese Pflicht heute praktisch ausschließlich beim Bundesgericht konzentriert ist und die anderen Bundesorgane entlastet worden sind, dürfte einerseits mit der schrittweisen Aktualisierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes und andererseits mit gesetzgeberischen Zweckmäßigkeitsüberlegungen zusammenhängen; vielleicht konnte sich das Bundesgericht mangels direkten Einbezuges in den politischen Prozeß auch am wenigsten wehren.

<sup>259</sup> KÄLIN, S. 31; damit ist zugleich der Rahmen der bundesgerichtlichen Kognition umschrieben; vgl. GYGI, Zur bundesgerichtlichen Kognition, S. 97; KÄLIN, S. 171 f.; ROHNER, S. 53 f.

<sup>260</sup> Vgl. SCHIBLI, S. 189 ff., 192; diesbezüglich nicht eindeutig: WETZEL.

schaft darauf verweist, daß das Bundesgericht bereits heute gewisse «Kognitionsbeschränkungen» kenne, ist Vorsicht am Platz<sup>261</sup>. «Kognition» ist der Sache nach Prüfungszuständigkeit, somit eine Kompetenzfrage<sup>262</sup>. Soweit mit «Kognitionsbeschränkungen» sinngemäß die Einschränkung an sich *geschuldeten* Rechtsschutzes verstanden werden sollte, ist die Überlegung nicht richtig. Die bundesgerichtliche Kognition bei der Verfassungsbeschwerde ist durch den Prozeßgegenstand – die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte – vorgegeben. Nicht verfassungsrechtliche Fragen haben das Bundesgericht im Rahmen dieses Verfahrens nicht zu interessieren, sonst überschreitet es seine Zuständigkeit; vorbehalten bleibt der subsidiäre verfassungsrechtliche Beschwerdegrund «Willkür». Dagegen bestand an sich bisher Konsens, daß es formell genügend aufgeworfene verfassungsrechtliche Fragen zu behandeln verpflichtet ist, wenn es nicht in Rechtsverweigerung verfallen will<sup>263</sup>. Gewisse Einschränkungen der «Prüfungsdichte»<sup>264</sup>, etwa bei besonderen örtlichen Verhältnissen oder persönlichen Umständen, technischen Fragen etc. sind nicht Einschränkungen geschuldeten Rechtsschutzes, sondern ergeben sich aus der Stellung des Bundesgerichts, welches das Gefüge der staatlichen Aufgabenverteilung zu respektieren und sich nicht an die Stelle erstinstanzlicher Behörden zu setzen hat.

Ist aber davon auszugehen, daß der Bund individuellen Verfassungsrechtsschutz zu gewährleisten hat und daß die «Kognitionsbeschränkungen» bei richtigem Verständnis Ergebnis einer Auslegung der Tragweite der Grundrechte sind, so erscheint der gesetzgeberische Spielraum, das Bundesgericht – und somit den Bund – von seiner grundsätzlichen Verpflichtung zu entlasten, formell hinreichende Beschwerden zu behandeln, im Rahmen des geltenden Verfassungsrechts als gering.

### 68. Folgerungen

a) *Allgemeines*. Selbst wenn davon auszugehen ist, daß unbefriedigendes Funktionieren der obersten Rechtspflegebehörde seinerseits eine auf die Dauer untragbare Verfassungsverletzung darstellt, viele Fälle an sich nicht «bundesgerichtswürdig»

<sup>261</sup> BBl 1985 II 784f.

<sup>262</sup> KÄLIN, S. 169 ff., GYGI, Zur bundesgerichtlichen Kognition, S. 97.

<sup>263</sup> KÄLIN, S. 169f., 171f.; vgl. auch S. 31 f.; ROHNER, S. 54; bezüglich Rechtsverweigerung durch Nichtausschöpfen der Zuständigkeit etwa BGE 92 I 80 E. 3c.

<sup>264</sup> Vgl. KÄLIN, S. 170, 202 ff.

sind und wahrscheinlich nur ein griffiges Annahmeverfahren die nötige Entlastung langfristig gewährleisten könnte<sup>265</sup>, die dem Bundesgericht dringend zu wünschen wäre, muß meines Erachtens der aus der staatspolitischen Grundkonzeption des eidgenössischen Bundesstaates folgenden Pflicht des Bundes, den individuellen Schutz der verfassungsmäßigen Rechte zu gewährleisten, Vorrang eingeräumt werden. Diese Pflicht ist derart grundlegend, daß sie nicht an die Kantone delegiert werden darf (weshalb mir die Konstruktion, der vom Bund sicherzustellende Verfassungsrechtsschutz werde durch letztinstanzliche kantonale richterliche Behörden gewährleistet<sup>266</sup>, unhaltbar erscheint<sup>267</sup>). Besteht aber solch eine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Bundes, so scheint es mir auch dann nicht angängig, durch Gesetz den individuellen Rechtsschutzzanspruch in der Substanz anzutasten, wenn die betraute Bundesinstanz an der Grenze ihrer Belastbarkeit steht. Im vollen Bewußtsein, daß dem Bundesgericht als zurzeit einzigem Organ der Staatsrechtspflege des Bundes gegenüber den Kantonen damit fast eine Art Opfergang zugemutet wird, halte ich dafür, daß die verfassungsrechtlichen Grundlagen keine substantielle Einschränkung der Pflicht zulassen, formell genügende Beschwerden materiell zu prüfen.

69. b) *Im einzelnen.* Aus dieser Überlegung folgt meines Erachtens, daß ein wirklich griffiges Verfahren, das die Annahme eines Falles nach amerikanischem Muster im wesentlichen in das *Ermessen* des Verfassungsrichters stellen würde, für die Schweiz ohne Verfassungsänderung nicht in Frage kommt – so sehr man dem Bundesgericht im Hinblick auf sein optimales Funktionieren solch ein Instrument wünschte.

Der bundesrätliche Vorschlag stellt den Versuch eines Kompromisses zwischen dem bestehenden System und einem Ermessensverfahren dar, indem er das Ermessen an – an sich von

<sup>265</sup> HAEFLIGER, NZZ vom 15. Mai 1986.

<sup>266</sup> So die Botschaft, BBl 1985 II 787; hinzu tritt die Problematik, daß der Bundesrat ggf. aufsichtsrechtlich kantonale Gerichtsurteile aufheben kann, vgl. etwa den Fall «Fextal» (dazu HANGARTNER, S. 1 ff., und MOOR, Pouvoir, S. 191 ff.).

<sup>267</sup> Man kann sich im übrigen fragen, ob mit diesem Konzept nicht auch ein unerwünschtes Signal an die Kantone gegeben wird, indem das Interesse, kantonale Verwaltungsgerichte einzurichten, einen Dämpfer erleidet, weil der Bürger damit die Gefahr einer Einschränkung bundesgerichtlichen Rechtsschutzes befürchten könnte.

den direkten Prozeßaussichten unabhängige<sup>268</sup> – Kriterien binden will. Ich zweifle an seiner Griffigkeit, da dieses Verfahren nur bei richterlichen Vorinstanzen und nur unter bestimmten, gerade im Staatsrecht möglicherweise einigen Abklärungsaufwand erheischenden Voraussetzungen spielen kann. Anders könnte es sich im Zivil- und Strafrecht verhalten. Werden dagegen seine Ermessenselemente voll ausgeschöpft, kann dies wieder der im vorstehenden Absatz formulierten Kritik rufen. Zudem kann seine Anwendung darauf hinauslaufen, im Ergebnis doch wieder auf die Prozeßaussichten abzustellen.

Vorstellbar wäre allenfalls ein Ausbau des Verfahrens nach Art. 92 OG. Von prominenter Seite ist indes der Vorschlag, die Befugnis zu summarischer *Begründung* stärker auszuschöpfen, als Scheinlösung bezeichnet worden<sup>269</sup>. – Damit ist aber die Frage noch nicht ohne weiteres beantwortet, ob nicht ähnlich dem deutschen System eine Art summarische Vorprüfung eingeführt werden könnte mit der Konsequenz, Beschwerden, bei denen prima facie die gerügte Verfassungsverletzung nicht als gegeben erscheint, abzuweisen. Somit bestünde nicht – wie heute – bloß die Möglichkeit summarischer *Begründung*, sondern die einer vereinfachten *Prüfung*. Dennoch bliebe so für alle formell in hinreichender Weise anhängig gemachten Verfahren wenigstens ein minimaler Anspruch auf materielle Behandlung gewahrt. Es würde sich daher vielleicht lohnen, näher zu untersuchen, ob sich eine solche Lösung mit der Bundesverfassung zur Not noch vereinbaren ließe. Allerdings ist eine Unterscheidung verschiedener Prüfungsintensitäten bei Rechtsmitteln wegen ein- und desselben Beschwerdegrundes auch nicht unproblematisch. Abermals eine andere Frage ist, ob eine solche Lösung effizient wäre.

**70. Abschließende Bemerkungen.** So sehr ich Verständnis für den Gedanken eines Annahmeverfahrens habe und ich an sich kein Anhänger einseitig «angebotsorientierter» Maßnahmen zur Bewältigung wachsender Pendenzien bin, gelange ich – wenigstens für den Bereich des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens – doch aus verfassungsrechtlichen Gründen zu einer im wesentlichen ablehnenden Auffassung. Bezuglich der Zivil- und Strafrechtspflege ist die verfassungsrechtliche Situation dagegen anders zu beurteilen: Die Art. 110 und 112 BV statuie-

<sup>268</sup> Auf diese bezieht sich, wenn schon, Art. 36 a des Entwurfes.

<sup>269</sup> HAEFLIGER, NZZ vom 15. Mai 1986.

ren in diesen Gebieten keine Kompetenz für das Bundesgericht als Rechtsmittelbehörde, Art. 5 BV ist nicht einschlägig, und Art. 114 BV überläßt es der Gesetzgebung, die Befugnisse des Bundesgerichts zur Sicherstellung der einheitlichen Anwendung der Bundesgesetze zu umschreiben. Ähnlich verhält es sich in der Verwaltungsrechtspflege nach Art. 114<sup>bis</sup> BV.

In staatspolitischer Hinsicht ist meines Erachtens zumindest in der Staatsrechtspflege Skepsis am Platz. Im Rechtsbewußtsein des Volkes ist das Bundesgericht gerade in seiner Eigenchaft als Staatsgerichtshof tief als «letzter Rettungsanker» verwurzelt<sup>270</sup>. Den Zugang zu ihm hier von der «Erheblichkeit» der Streitsache oder gar von einem Ermessensentscheid abhängig zu machen, wäre staatspolitisch problematisch. Diese staatspolitischen Bedenken, die bei mir die – an sich ebenfalls vorhandene – Einsicht in die Notwendigkeit von Abhilfe überwiegen, lassen mich davon absehen, eine entsprechende Verfassungsrevision zu postulieren. – In der Zivil- und Strafrechtspflege, wo die kantonale Gerichtsbarkeit eine gesamthaft beachtliche Leistung erbringt, ließe es sich eher denken, dem Bundesgericht die Auswahl der Fälle zu überlassen, die es im Hinblick auf die Wahrung der Rechtseinheit materiell behandeln will. In der Verwaltungsrechtspflege stellt sich das Problem, daß das Bundesgericht in manchen Gebieten die einzige gerichtliche Instanz ist. Dies müßte bei der Einführung eines Annahmeverfahrens meines Erachtens geändert werden.

Realpolitisch beurteile ich die Chancen eines den Zugang zum Bundesgericht verengenden Verfahrens als schlecht.

Falls entgegen den vorstehend vertretenen Auffassungen dennoch ein Annahme- oder Vorprüfungsverfahren irgendwelcher Art eingeführt werden sollte, dann sollte es – wenn schon – griffig und einfacher als die bundesrätliche Vorlage ausgestaltet werden. Sollten entsprechende Beschlüsse im Rahmen der hängigen OG-Revision gefaßt werden, schiene es mir aber angesichts der realpolitisch geringen Chancen erwägenswert, diesen Teil der Vorlage von der übrigen Revision abzutrennen, um nicht das Ganze zu gefährden<sup>271</sup>.

<sup>270</sup> «Nous avons des juges à Lausanne»; vgl. RENÉ HELG in seiner Präsidialadresse am Schweizerischen Juristentag 1975; ZSR NF 94/1975, II, S. 411.

<sup>271</sup> Interessante rechtsvergleichende Darstellung der Problematik von globaler und paketweiser Abstimmung von *Verfassungsrevisionen* bei LEUNER-BERGER, Abstimmungsmodalitäten, insbesondere S. 41 ff., 113 ff.

## V. Übergreifende Zusammenhänge

Zur Fortgestaltung des Rechts vermag die Justiz nur beizutragen, wenn die Vielzahl der streiterledigenden Instanzen zu einem durchdachten Ganzen zusammengefügt wird und ... der Blick auf das tragende Fundament der Rechtsordnung geöffnet bleibt.

MAX IMBODEN<sup>272</sup>

71. *Einleitung.* Soweit die bisherigen Ausführungen den staatlichen Rechtsschutz betrafen, befaßten sie sich meist mit konzeptionellen Fragen einzelner seiner Zweige, vorab unter dem Gesichtspunkt ihrer Zugänglichkeit und ihrer Kapazität. Zum Schluß möchte ich etwas über diese Fragestellung hinausgehen und gewisse institutionelle Zusammenhänge berühren.

Der staatliche Rechtsschutz spielt sich – sieht man von der geringfügigen Rechtspflegekompetenz der Bundesversammlung ab<sup>273</sup> – im wesentlichen in zwei der klassischen Staatsgewalten, nämlich der Exekutive und der Judikative ab. Es rechtfertigt sich, auf einzelne Aspekte des gegenseitigen Verhältnisses dieser Gewalten, ihrer gegenseitigen Beeinflussung und Ergänzung sowie ihres Zusammenwirkens kurz einzugehen. Darüber hinaus soll sodann nach der Einbettung des Rechtsschutzes im Gesamtrahmen des staatlichen Wirkungszusammenhangs gefragt werden. Es ist zu Recht gesagt worden, daß Rechtsanwendung ihrerseits lediglich der gewissermaßen individuell-konkrete Aspekt jenes umfassenden Rechtsverwirklichungsprozesses ist, als der der Staat, wenigstens der Rechtsstaat, anzusehen ist<sup>274</sup>.

72. *Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß.* In neuerer Zeit lassen sich zwischen Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß in mancherlei Hinsicht – sowohl vom anzuwendenden Rechtsstoff als auch vom Verfahren her – Annäherungen beobachten. Die angewachsene Staatsintervention im Wirtschafts- und Sozialleben schlägt sich nicht nur im Verwaltungsrecht (etwa Landwirt-

<sup>272</sup> IMBODEN, Gestalt und Zukunft, S. 476.

<sup>273</sup> Art. 85 Ziff. 12, 13 BV, Art. 79 VwVG.

<sup>274</sup> EUGEN HUBER, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 347; EICHENBERGER, Wechselbeziehungen, S. 97 ff.

schaftsrecht, Bau-, Planungs- und Umweltrecht u. a. m.), sondern auch im Privatrecht – etwa in zwingenden Normen des sozialen Miet- oder Arbeitsrechts – nieder. Die Anwendung solcher Privatrechtsnormen durch Gerichte konkretisiert politische Entscheidungen und Programme im Einzelfall in vergleichbarer Weise, wie dies in anderen Fällen der Verwaltung obliegt. Es entbehrt durchaus nicht innerer Logik, daß in diesen Bereichen sich eine Abkehr von der klassischen Verhandlungsmaxime vollzogen hat und der Richter eine aktiveren, auf Verwirklichung dieser politischen Programme ausgerichtete Rolle einnimmt<sup>275</sup>. Demgemäß ist generell die Frage aufgeworfen worden, ob sich der Zivilprozeß überhaupt stärker am Verwaltungsverfahren orientieren solle; sie bildete eines der Themen am VIII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht (1987) in Utrecht. Die Ergebnisse des zusammenfassenden Berichts von BRYANT GARTH<sup>276</sup> zu dieser Frage gehen über rein zivilprozessuale Fragen hinaus; darauf ist weiter unten zurückzukommen (N. 80).

Lassen sich im Zivilprozeß Einflüsse von Rechtsfiguren des Verwaltungsverfahrens erkennen, so ziehen umgekehrt Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren teilweise zivilprozessuale Vorschriften analogeweise heran. Insbesondere wird der privaten Partei nach der Praxis trotz Untersuchungsgrundsatz in der Regel eine gewisse Substanzierungslast auferlegt.

73. *Zivilprozeß und Verwirklichung des Wirtschaftsrechts*. Aus einem anderen Gesichtswinkel, nämlich demjenigen der Bewährung und Fortbildung der objektiven Rechtsordnung, hat BAUDENBACHER Zweifel angemeldet, ob der Zivilprozeß zum Vollzug des modernen Wirtschaftsrechts mit seinen wirtschaftspolitischen Dimensionen überhaupt geeignet sei. Ein Verfahren, das im wesentlichen der Disposition sachlegitimierter Parteien und der Verhandlungsmaxime unterliege und dessen Urteile nur unter den direkt Beteiligten Recht schaffe, vermöge in dieser Hinsicht keine genügende Breitenwirkung zu erzielen<sup>277</sup>. Auch die Erweiterung von Klagebefugnissen für Wirtschaftsverbände<sup>278</sup>, die teilweise Milderung der Verhand-

<sup>275</sup> Vgl. etwa oben, N. 25.

<sup>276</sup> GARTH, S. 13 ff., 21 ff.

<sup>277</sup> BAUDENBACHER, Zivilprozeß, S. 161 ff., 184 f.

<sup>278</sup> Art. 2 Abs. 3 UWG.

lungsmaxime etwa in sozialpolitisch sensiblen Bereichen und Ansätze zu partieller Ausdehnung der Rechtskraftwirkung von Urteilen auf Dritte<sup>279</sup> hält der Autor zur Erzielung flächendeckender Wirkung nicht ohne weiteres als hinreichend. Aus dieser Sicht ist es nur konsequent, wenn er zum Vollzug modernen Wirtschaftsrechts ergänzend die Schaffung von Verwaltungsbehörden begrüßt, die von Amtes wegen kontinuierlich und nach dem Untersuchungsgrundsatz tätig werden und dadurch auch eine größere Breitenwirkung erzielen könnten<sup>280</sup>.

*74. Verwaltung und Verwaltungsjustiz.* Gegenseitige Bezüge, Annäherungen bei gleichzeitig fortdauernden Unterschieden in der institutionellen Stellung lassen sich auf abermals anderer Ebene auch im Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsjustiz zeigen.

Unter der Verantwortung der Regierung, der sie hierarchisch untergeordnet ist, verwirklicht die Verwaltung von Amtes wegen die staatlichen Aufgaben, setzt Planungen und Programme um und vollzieht das entsprechende Recht. Es handelt sich um eine langfristige, kontinuierliche Aufgabe.

Der Verwaltungsrichter wendet ebenfalls das Recht an<sup>281</sup>. Er wird aber nur auf Parteiantrag tätig und entscheidet grundsätzlich nur den streitigen Einzelfall; seinem Urteil kommt allenfalls indirekte Breitenwirkung auf weitere Personen oder Sachverhalte zu. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit beschränkt sich indes nicht wie in ihren Anfängen auf den Schutz individueller Interessen, sondern spielt generell eine erhebliche Rolle in der Verwirklichung des objektiven Rechts<sup>282</sup>. Trotz dieser Ausrichtung

<sup>279</sup> So in Deutschland bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen; vgl. BAUDENBACHER, Zivilprozeß, S. 180, 184.

<sup>280</sup> BAUDENBACHER, Zivilprozeß, S. 184f.; vgl. etwa die Konzeption des Kartellgesetzes.

<sup>281</sup> Insoweit wird zu Recht gesagt, daß sich Verwaltungs- und Justizfunktion materiell gar nicht auseinanderhalten lassen (EICHENBERGER, Rechtssetzungsfunktion, S. 336; KÄGI, S. 240 ff.).

<sup>282</sup> Dies folgt im Bereich der Bundesverwaltungsrechtspflege vor allem aus der Ordnung der Legitimation: Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann *alle* mit der angefochtenen Verfügung zusammenhängenden Bundesrechtsverletzungen rügen, nicht nur diejenigen von Normen, die zu seinem eigenen Schutz aufgestellt sind; vgl. BGE 104 I b 253 ff. Ferner ist auf die weithin bestehende Legitimation von Behörden, Gemeinwesen und zum Teil von ideellen Organisationen hinzuweisen; vgl. etwa GYGI, Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens, S. 451 ff., 455 ff.; Beschwerderecht, S. 8 ff.; Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 147 ff., 155 ff., 167 ff.

ist sie aber kein Teil der Verwaltung, sondern institutionell unabhängig.

Obwohl die Verwaltungsgerichtsbarkeit als solche heute<sup>283</sup> völlig unbestritten ist, wird sie dennoch mit deutlich unterschiedlichen Akzenten gewürdigt. Während zum Teil weiterer Ausbau – etwa durch Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Kantonen und durch Ausdehnung der Behörden- und Verbandslegitimation – gefordert wird<sup>284</sup>, sind andere Autoren zurückhaltender und reden einer Balance zwischen verwaltungsexterner und verwaltungsinterner Kontrolle das Wort<sup>285</sup> oder äußern sogar unverhohlenes Mißbehagen gegenüber einer als übermäßig empfundenen Aktivität der Verwaltungsgerichte<sup>286</sup>. Die Diskussion beschränkt sich in der Regel auf die Frage der Kognition der Verwaltungsgerichte – insbesondere inwieweit diese bei unbestimmten Rechtsbegriffen eine gewisse Konkretisierungsprärogative der Verwaltung zu respektieren hätten. Weniger häufig sind Überlegungen zur Organisation der Verwaltungsrechtspflege und zum optimalen Zusammenspiel zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>287</sup>. Hiezu möchte ich einige Bemerkungen anbringen.

*75. Verwaltungsjustiz und Verwaltungsaufsicht – Eine These.* Nach dem vorhin Angeführten hat nur die Verwaltung von ihrer Ausstattung her die Möglichkeit, eine Politik langfristig zu planen und sie unter der Aufsicht der politischen Behörden kontinuierlich zu verfolgen und umzusetzen. Die Gerichte haben keine solche Lenkungs- und Aufsichtsfunktion. Aus dieser unterschiedlichen Struktur und Stellung von Verwaltung und Verwaltungsjustiz ist meines Erachtens im Hinblick auf deren optimales Zusammenspiel als Postulat abzuleiten, daß

<sup>283</sup> Vgl. aber noch BURCKHARDT, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 236 ff., 247 ff., 255 f., der die im Bund neu eingeführte Verwaltungsgerichtsbarkeit sehr kühl begrüßt und es ablehnt, sie als Postulat des Rechtsstaates anzuerkennen.

<sup>284</sup> Vgl. etwa KÖLZ, Vertretung, S. 49 ff., DERSELBE, Vollzug, S. 361 ff.

<sup>285</sup> RHINOW, S. 657 ff., MOOR, Juge administratif, S. 667 ff., GEORG MÜLLER, S. 281 ff.

<sup>286</sup> Sehr deutlich: DUBACH, S. 653 ff.

<sup>287</sup> Siehe neuerdings aber PFLEGHARD, *passim*; ferner BURCKHARDT, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 246 ff.; IMBODEN, Rechtsstaat, S. 447 ff., 457 ff.; DERSELBE, Gestalt und Zukunft, insbesondere S. 466 ff., 472 ff.; DERSELBE, Staatsbild, S. 485 ff.; GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 1. Aufl., Bern 1969, S. 14 ff.

der verwaltungsgerichtliche Schutz grundsätzlich nicht bereits gegenüber Hoheitsakten unterer Stufe – z. B. gegen Verfügungen von Gemeindebehörden oder unterer kantonaler Ämter – gegeben sein sollte<sup>288</sup>. Vielmehr sollte als erste Beschwerdeinstanz im Normalfall die administrative bzw. politische Aufsichtsbehörde zuständig sein, die auf diese Weise den Rekurs zum Anlaß allfälliger notwendiger aufsichtsrechtlicher Schritte nehmen kann. Können bereits unterinstanzliche Verfügungen verwaltungsextern angefochten werden, so kann und wird – sobald dies geschehen ist – die Aufsichtsbehörde jedenfalls bezüglich des streitigen Einzelfalls ihre Aufsichtsfunktion nur noch eingeschränkt wahrnehmen – schon um Widersprüche zu vermeiden<sup>289</sup>.

Die frühzeitige Übertragung der sachlichen Zuständigkeit auf die Justiz kann daher im Ergebnis die Aufsichtsbehörden an der Wahrnehmung ihrer politischen und aufsichtsrechtlichen Verantwortung hindern oder sie erschweren. Zwar kann die Oberbehörde, wenn kein Rechtsmittel erhoben wird, immer noch von Amtes wegen oder auf Anzeige hin einschreiten. Doch der Normalfall verwaltungsinterner Aufsichtstätigkeit im Einzelfall wird durch die Einreichung eines verwaltungsinternen Rechtsmittels ausgelöst und vollzieht sich in «Tateinheit» mit der verwaltungsinternen Rechtspflege<sup>290</sup>. Diese Möglichkeit entfällt, wenn der Rechtsweg die administrative Aufsichtsbehörde umgeht.

## 76. Gegenargumente

a) *Richter in eigener Sache*. Die frühzeitige Ausgliederung von Kontrollfunktionen aus der Verwaltung, ohne daß der Aufsichtsbehörde zunächst Gelegenheit zur Korrektur gegeben wird, lässt sich begründen, wenn man der verwaltungsinternen Oberbehörde prinzipiell hinreichende Selbstreinigungskraft

<sup>288</sup> So etwa in verschiedener Hinsicht im Kanton St. Gallen; Art. 41 VRP SG, der dann insoweit – vorbehältlich der in den meisten bundesverwaltungsrechtlichen Materien vorgesehenen Rechtsweggabelung (Art. 59 Abs. 1 VRP SG; Ausnahmen von der Gabelung neuerdings in Art. 59 Abs. 2 VRP SG) – eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit vorsieht, was KÖLZ als zukunftsweisend lobt (Vertretung, S. 53).

<sup>289</sup> De iure muß sich die Verwaltung im fraglichen Einzelfall mit GRISEL jedenfalls «une certaine retenue» auferlegen (Pouvoir, S. 50ff., insbesondere 52f.); de facto ist anzunehmen, daß sie in dieser Situation in der Regel gar nichts unternehmen wird.

<sup>290</sup> PFLEGHARD, S. 263ff., 267ff.

abspricht. Es wird in der Regel argumentiert, die Verwaltung sei Richter in eigener Sache<sup>291</sup>; «eine Krähe hacke der anderen kein Auge aus». Dies mag nicht selten tatsächlich der Fall sein, aber daß dem stets so sei, ist zumindest nicht zwingend. Die Verwaltung hat die öffentlichen Interessen wahrzunehmen (und tut dies meist auch). Ihre spezifische Funktion begründet eine Art Zwitterstellung zwischen der Bindung an die Verwirklichung konkreter Staatsaufgaben und politischer Programme einerseits (gegebenenfalls mit gewissen Eigengesetzlichkeiten und insoweit Eigeninteressen) und der Wahrung der allgemeinen öffentlichen Interessen. Daraus folgt die nicht immer unbegründete Befürchtung, die jeweiligen konkreten Vorhaben genössen Vorrang vor den allgemeinen Interessen – dies zu Lasten des Bürgers. Diese Konstellation verlangt zwar nach einer Verwaltungsgerichtsbarkeit; dies aber nicht notwendigerweise bereits gegen erstinstanzliche Verfügungen. Die verwaltungsinterne Rechtspflege und Aufsicht ist denn auch durchaus nicht immer unwirksam, wie die Erfahrung zeigt<sup>292</sup>.

77. b) *Möglichkeit der Behördenbeschwerde*. Man kann der in N. 75 vertretenen These ferner entgegenhalten, daß bei zweckmäßiger Ausgestaltung der Verfahrensordnung den Aufsichtsbehörden<sup>293</sup> ihrerseits die Möglichkeit eingeräumt werden könne, den Verwaltungsjustizentscheid weiterzuziehen. Dies ist richtig – aber entkräftet meines Erachtens das vorhin Ausgeführte nicht ohne weiteres. Zunächst kann es so zu einer gewissen Verfahrensverlängerung und -komplizierung kommen, wenn die administrative Oberbehörde die ihr vorschwebende Korrektur erst in der zweiten Rechtspflegeinstanz erreichen kann. Die verwaltungsinterne Rechtspflege- und Aufsichtsfunktion umfaßt sodann auch die Ermessenskontrolle, die verwaltungsexterne typischerweise nicht<sup>294</sup>. Wenn die admini-

<sup>291</sup> Vgl. etwa KÖLZ, Vertretung, S. 51.

<sup>292</sup> PFLEGHARD, *passim*, und S. 263 ff., 267 ff., 271 ff., 282.

<sup>293</sup> Oder etwa – wie im Kanton Freiburg – der Staatsanwaltschaft.

<sup>294</sup> Und sollte dies grundsätzlich auch nicht; diesbezüglich ist die Literatur fast einhellig. Aus Art. 46 Abs. 1 i. V. m. Art. 41 VRP SG folgt aber, daß der Verwaltungsrekruskommission (erstinstanzliches Verwaltungsgericht) grundsätzlich Angemessenheitskontrolle zusteht. Dies läßt sich indes historisch erklären: Die VRK war als Zwitter zwischen verwaltungsinterner und verwaltungsexterner Rechtspflege geschaffen worden und ursprünglich eher «verwaltungsseitig» angesiedelt. Das hat sich in der Zwischenzeit verschoben. Art. 16 des Gerichtsgesetzes von 1987 zählt sie heute klar zu den Gerichten; vgl. auch DAVID, S. 72.

strative Aufsichtsbehörde gegenüber einem erstinstanzlichen Verwaltungsjustizentscheid eine Änderung im Rahmen ihres Ermessens erreichen will, kann sie dies zumindest im streitigen Fall rechtlich nicht durchsetzen. Der Entscheid über die Ergreifung eines Rechtsmittels durch die Verwaltung gegen einen Entscheid der Verwaltungsjustiz kann sich im übrigen nach anderen Gesetzmäßigkeiten (einschließlich des Trägheitsgesetzes oder der Courtoisie gegenüber der Justizbehörde) richten, als dies beim Entscheid über einen korrigierenden Eingriff im Rahmen eines verwaltungsinternen Verfahrens der Fall ist.

78. *Folgerung: Integration statt Desintegration!* Meines Erachtens sollte daher die Verwaltungsprozeßordnung grundsätzlich<sup>295</sup> so konzipiert sein, daß die erste Rechtspflegeinstanz in der Regel (insbesondere auch gegenüber kommunalen Verfugungen und Entscheiden) die kantonale Aufsichtsbehörde ist – am ehesten die Regierung, allenfalls das in der Sache zuständige Departement. Die Aufsichtsbehörde soll so Gelegenheit erhalten, ihre Aufsichtskompetenz einschließlich der Ermessenskontrolle wahrzunehmen, die angefochtene Verfügung im Lichte der von ihr zu wahren langfristigen öffentlichen Interessen zu überprüfen und gegebenenfalls einzuschreiten. Erst wenn die Aufsicht versagt hat, sollte der Streit vor eine verwaltungsexterne Stelle, der keine Aufsichtskompetenz und keine politische Verantwortung für den Vollzug der Staatsaufgaben, sondern bloße Rechtspflegekompetenz zukommt, getragen werden können<sup>296</sup>. Für diese Behörde sollte dann grundsätzlich allerdings eine Generalklausel<sup>297</sup>, zugleich aber auch eine klare Beschränkung auf Rechtskontrolle bestehen. Bei einer so konzipierten Ordnung würde meines Erachtens auf kantonaler Ebene eine Verwaltungsgerichtsinstanz grundsätzlich genügen.

Eine Verwaltungsjustizbehörde ist demgegenüber weder von ihrer institutionellen Stellung, noch (in der Regel) von ihrem Sachverstand und ihrer Ausstattung her dazu berufen, eine Aufsichtsfunktion mit Ermessenskontrolle gegenüber unterinstanzlichen Verfügungen wahrzunehmen. Tut sie es trotzdem, maßt sie sich die Kompetenzen einer «Überverwaltung» an, was nicht im Interesse eines geordneten Gewaltengefüges liegt.

<sup>295</sup> Ausnahmen sind natürlich denkbar, etwa in Abgabesachen oder bei administrativen Sanktionen.

<sup>296</sup> Vgl. sinngemäß PFLEGHARD, S. 263 ff., 267 ff., 282 (These V).

<sup>297</sup> Vgl. RHINOW, a. a. O., S. 667f.

Die frühzeitige Ausgliederung von Kontrollfunktionen aus der Verwaltung kann im Ergebnis zu einer gewissen Desintegration der Staatsfunktionen führen. Es kann die kontinuierliche Führung und Lenkung der Verwaltung und die zielgerichtete Verwirklichung der Staatsaufgaben erschweren, wenn Aufsichts- und Rechtspflegekompetenz sich vorschnell gabeln. Es entsteht die Gefahr positiver und (vor allem) negativer Kompetenzkonflikte. Dabei wäre die Wahrung möglichster Einheit des staatlichen Wirkungszusammenhangs<sup>298</sup> um so wichtiger, je komplizierter die Staatsaufgaben werden. Die «organische Gewaltenkonfusion» der bundesstaatlichen Frühzeit mag von Übel gewesen sein<sup>299</sup>; organisierte Desintegration ist es nicht minder. Derlei Gesichtspunkte scheinen mir in der Diskussion über Gestaltung und Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht hinreichend berücksichtigt<sup>300</sup>.

Aus diesen Überlegungen scheint mir auch das «St. Galler Modell», das zum Teil gegen Verfügungen unterer Instanzen eine doppelte (teils mit Ermessenskontrolle) und zum anderen Teil gegen Rekursescheide des Regierungsrates nur eine punktuelle, in abschließend aufgezählten Fällen zulässige verwaltungsgerichtliche Kontrolle vorsieht, im Ansatz als problematisch.

79. *Vollzug der Gesetze.* Einen anderen, aber ebenfalls «gewaltenübergreifenden Aspekt» der Rechtsverwirklichung möchte ich hier nur pro memoria erwähnen. Bereits in früheren Teilen dieser Arbeit habe ich gelegentlich die Auffassung vertreten, daß Forschungsbedarf nach Rechtstatsachen bestehe. Dies läßt sich insbesondere auch für die Vollzugs-(Implementations-)Forschung sagen. Mir scheint schade, daß der Jurist sich oft vorschnell mit der Beschränkung auf «rein juristische» Fragen zufrieden gibt, ohne sich bewußt um den Prozeß der Realisierung, der Umsetzung des Rechts in die Wirklichkeit und um Methoden, Strategien und Bedingungen dieses Prozesses zu kümmern (oder wenn er sich darum kümmert, nimmt er diesen Aspekt nicht als Teil des Rechtsverwirklichungsprozesses wahr). Solche Fragen werden gerne den «Niederungen» der Sozialwissenschaften zugeordnet – die allerdings ihrerseits, wie

<sup>298</sup> Die – in anderer Terminologie – schon BURCKHARDT ein dringendes Anliegen war, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 247 ff., 255 f.

<sup>299</sup> Vgl. IMBODEN, Gestalt und Zukunft, S. 467.

<sup>300</sup> Erfreulich daher PFLEGHARD, S. 263 ff., 267 ff., 282.

mir scheint, zuweilen mehr unternehmen könnten, um sich und ihre Ergebnisse den Juristen verständlich zu machen. Dabei hätte man voneinander zu lernen. Namentlich Sozialwissenschaftler haben längst gezeigt, daß der Vollzug, die «Implementation» des Rechts durchaus ein Vorgang mit Eigengesetzlichkeiten ist, und daß das Vorliegen einer Norm für sich allein noch keine Gewähr für deren Verwirklichung ist<sup>301</sup>. Mit MORAND<sup>302</sup> ist zu bedauern, daß im Berufsbild des Juristen dieser Aspekt weitgehend ausgeblendet ist. Dabei zeigt sich der Wert des Rechts in seiner Verwirklichung.

Es gäbe sicher noch in manchen Bereichen kritische Fragen im Zusammenhang mit der Rechtsverwirklichung aufzuwerfen. Aber dies übersteige den Rahmen dieses Referats. Es rechtfertigt sich nun, zu einigen noch allgemeineren Schlußbetrachtungen überzugehen.

*80. Rechtsschutz und Staatsverständnis.* In seinem am VIII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht 1987 präsentierten Generalbericht zur Frage, ob der Zivilprozeß sich stärker am Verwaltungsverfahren orientieren solle, konstatiert BRYANT GARTH die bereits oben (N. 72) wiedergegebene Erkenntnis, daß die Rolle des Zivilrichters um so aktiver werde, je mehr in der Ziviljustiz staatliche Sozialpolitik verwirklicht werde. Gestützt hierauf setzt er die Antwort auf die Eingangsfrage in Beziehung mit der weiteren Frage, inwieweit der Zivilrichter überhaupt mit der Verwirklichung solcher staatlichen «Politiken» betraut werden solle. Von hier aus geht er abermals einen Schritt weiter und macht die Antwort von der letztlich grundlegenden Frage abhängig, einen wie aktiven Staat man will<sup>303</sup>. In solcher Weise gestellt, erscheint die Frage nach Konzeption und Ausgestaltung des Rechtsschutzes nicht bloß als technisches oder punktuell sozialpolitisches Problem, sondern es zeigen sich Bezüge zu Grundfragen des Staatsverständnisses.

*81. Rechtsschutz im staatlichen Wirkungszusammenhang.* Es wurde bereits erwähnt, daß der Rechtsschutz bzw. die Rechtsanwendung im allgemeinen lediglich der individuell-konkrete

<sup>301</sup> Für viele, vgl. etwa DELLEY et al.; KNOEPFEL; vom Recht herkommend, aber unter breiter Erfassung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse und sehr instruktiv: STEINMANN, S. 131 ff., 200 ff., 217 ff., 291 ff.

<sup>302</sup> MORAND, S. 93 ff.

<sup>303</sup> GARTH, S. 13 ff., 21 ff., 23 f.

Aspekt jenes umfassenden Rechtsverwirklichungsprozesses ist, als der sich der Staat, wenigstens der Rechtsstaat, charakterisiert<sup>304</sup>. Der Rechtsschutz sollte daher stets in diesen Zusammenhang gestellt und in dieser Funktionalität gesehen werden. Hier findet das grenzenlose Thema «Rechtsschutz» wenn nicht Grenzen, so doch weiterführende Perspektiven. Rechtsschutz bezieht seinen Sinn letztlich erst aus dem staatlichen Gesamtzusammenhang. Es ist daher legitim und notwendig, Fragen der Organisation des Rechtsschutzes immer auf das Gemeinwesen als Lebensform, auf seine Funktionen und sein Funktionieren auszurichten. Die Probleme beginnen dort, wo der Rechtsschutz als Selbstzweck angesehen und ohne Rücksicht auf seine Funktionalität eigengesetzlich übersteigert wird. Dann kann er zur Krankheit werden, für deren Therapie er sich hält<sup>305</sup>.

*82. Recht als staatsbürgerliche und kulturelle Aufgabe.* Aber auch der Staat ist nicht Selbstzweck. Er ist Menschenwerk und steht wie das Recht und durch das Recht im Dienst der Menschen. Das Recht seinerseits ist nur so lange als verpflichtende Ordnung lebendig, als es vom Menschen als legitim und sinnvoll empfunden wird<sup>306</sup>. Ist dieses Gefühl der Legitimität, des Sinns dahin, wird Zwang das Recht langfristig nur schwer retten können, sondern vielmehr seinerseits als sinnlos, als Willkür empfunden werden<sup>307</sup>. Deshalb muß es darum gehen, das Recht als legitim und sinnvoll erlebte Ordnung zu pflegen. Dies ist eine staatsbürgerliche und kulturelle Aufgabe jenseits technischer Fragen des Rechts und des Rechtsschutzes. Sie geht alle an.

<sup>304</sup> Vgl. oben, N. 71.

<sup>305</sup> Frei nach KARL KRAUS; Kraus schrieb: «Psychoanalyse ist jene Geisteskrankheit, für deren Therapie sie sich hält», in: «Nachts», DTV 493, S. 44.

<sup>306</sup> MERZ, S. 91, konstatiert eine Krise des Rechtsbewußtseins und des Rechtsstaates; er hält dafür, daß auch geistig und politisch einflußreiche Personen die Untergrabung der Rechtsordnung duldeten, billigten und sogar unterstützten. – Die hier vor allem interessierende Frage wäre m. E.: Woher kommt gerade bei geistig einflußreichen Personen solch kritisches «Irresein am Recht»? Dies müßte man zu ergründen versuchen.

<sup>307</sup> Zum (unverzichtbaren) Rechtszwang klassisch: BURCKHARDT, Rechtszwang, S. 52 ff.; vgl. ferner DARBELLAY, S. 51 ff., insbesondere S. 59.

