Herausgegeben von
Arthur Brunner
Anja Martina Josuran-Binder
Patrice Martin Zumsteg

Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener



DIKE

Herausgegeben von

Arthur Brunner
Anja Martina Josuran-Binder
Patrice Martin Zumsteg

Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener

DIKE

Open-Access-Gold
Open Access-Finanzierung durch die ZHAW Zürcher Hochschule
für angewandte Wissenschaften.

Publiziert von:
Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
info@dike.ch
www.dike.ch

Text © bei den Autorinnen und Autoren der Beiträge 2025

ISBN (Hardback): 978-3-03891-783-0
ISBN (PDF): 978-3-03929-070-3

DOI: https://doi.org/10.3256/978-3-03929-070-3



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

myclimate
neutral

Inhaltsübersicht

Der Mensch im Zentrum V

Würdigungen zur Emeritierung

Jörg Paul Müller
Ein Freundesgruss zur Emeritierung von Regina Kiener 3

Ruth Arnet
Laudatio 7

Giovanni Biaggini
Auf der obersten Stufe 11

Grundlagen des Rechts

Matthias Mahlmann
Unmass und Gerechtigkeit – zur Tragödie des individuellen Gewissens in «Michael Kohlhaas» 15

Oliver Diggelmann
Fangnetze für Eliten in der internationalen Strafjustiz 37

Andreas Kley
Der «Rechtsstaat» – ein Instrument von Recht und Politik 59

Christoph Beat Graber
Technologische Voraussetzungen der Meinungsfreiheit – Grundrechtsanreicherung rechtssoziologisch betrachtet 79

Grundrechte

Matthias Oesch/Alexandru Badea
Haben «menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» strikt Vorrang vor Bundesgesetzen? 97

Axel Tschentscher
Grundrechte für Unternehmen 113

Martin Dumermuth
Grundrechtskollisionen auf Social Media 129

Anja Martina Josuran-Binder/Gabriela Medici/Veronika Moser
Aufenthaltsrecht von ausländischen Opfern häuslicher Gewalt 163

Marc Thommen/Jana Hesske/Silvan Keller
Tödliche Polizeigewalt 179

Ruth Herzog/Christoph Bürki
«Zugang zur Justiz»: Wünsche *aus* der Justiz 205

Demokratie durch Recht

Monique Jametti
Die Jubilarin und die Venedig-Kommission 235

Walter Kälin
Die Venedig-Kommission und ihr Beitrag zum Referendum und Sprachenrecht im Verfassungsraum Europa 249

Daniel Moeckli
Die Venedig-Kommission und Referenden 261

Arthur Brunner
Das St. Galler Veto 275

Tobias Jaag
Verknüpfung von Verfassungs- und Gesetzesrevisionen 297

Moritz von Wyss
Ein Verbot, das für Freiheit steht 309

Gerichte und Richterinnen

Anja Seibert-Fohr
Richterliche Unabhängigkeit als Grundlage der europäischen Menschenrechtsordnung 323

Marianne Ryter
Die unabhängige Richterin im Spannungsfeld von Spruchkörperbildung und Richterwahlen 343

Thomas Müller-Graf
Der gute Richter, die gute Richterin 357

Andreas Lienhard/Daniel Kettiger
20 Jahre Justizforschung in der Schweiz 373

Benjamin Schindler/Damian Wyss
Wann ist ein Gericht ein Gericht? 395

Catherine Reiter
The Kosovo Specialist Chambers' Independence 417

Verfahrensrecht

Isabelle Häner
«Die Wiedererwägung bleibt vorbehalten» 431

Pierre Tschannen
Nichtige Verwaltungsverfügungen: Untote im öffentlichen Recht 447

Andreas Donatsch/Mirko Roš
Zur Respektierung des Beschleunigungsgebots 461

Lorena Bur/Markus Müller
Die Verfahrensakte als Objekt der Akteneinsicht 473

Alain Griffel
Die Auswirkungen des BGG auf das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht 497

Stefanie Bauer-Sigrist/Patrice Martin Zumsteg
Parallele gerichtliche Zuständigkeiten 511

Thomas Stadelmann
Die Rechtsprechung des EGMR und ihre Umsetzung durch das Schweizerische Bundesgericht 523

Bernhard Rütsche
Individueller und kollektiver Rechtsschutz im Kampf gegen den Klimawandel 545

Thomas Gächter
Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei dringlichen behördlichen Massnahmen 557

Wann ist ein Gericht ein Gericht?

Überlegungen zum sachlichen Anwendungsbereich von Art. 30 BV

*Benjamin Schindler/Damian Wyss**

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 396

II. Sachlicher Anwendungsbereich von Art. 30 BV 397

A. Vorbemerkung 397

B. Zwingende Anwendbarkeit aufgrund des Instanzenzugs und/oder der Prozessordnung 398

1. Übersicht 398

2. Problematische Beispiele aus dem interkantonalen Bereich 399

C. Anwendbarkeit bei Grenzfällen 401

1. Ausgangslage 401

2. Unschärfen in der Rechtsprechung 402

3. Bedeutung der historischen Auslegung 404

4. Herausforderungen – dargestellt anhand von zwei Beispielen aus dem Hochschulbereich 405

a. ETH-Beschwerdekommission 405

b. Beschwerdekommission der FHNW 408

D. «Präponderanzmethode» 410

III. Fazit 414

IV. Literaturverzeichnis 415

V. Materialienverzeichnis 416

* Dr. iur. Benjamin Schindler, MJur (Oxon), Professor für Öffentliches Recht an der Universität St.Gallen, Richter am Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein; Damian Wyss, M.A. HSG in Law, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler an der Universität St.Gallen.

I. Einleitung

«Nach der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Garantie des verfassungsmässigen Richters (Art. 58 aBV[1]) galten letztlich jene Behörden als Gerichte, die der Gesetzgeber als solche bezeichnete. Aus diesen Gründen musste sich das Bundesgericht bis anhin auch nicht zur Frage äussern, wie eine Justizbehörde organisiert sein muss, damit sie ein im Verfassungssinn unabhängiges Gericht darstellt». So lautet der Beginn der Antwort der Jubilarin in ihrer 2001 erschienenen Habilitationsschrift zur richterlichen Unabhängigkeit auf die «hier vordringlich interessierende Frage, welche Eigenschaften eine Justizbehörde denn aufweisen muss, um als unabhängiges Gericht zu gelten»[2]. Sie verweist dazu unter anderem auf den Kommentar von Walther Burckhardt zu Art. 58 aBV, der festhielt, dass aus Art. 58 aBV weder abgeleitet werden könne, welche Streitsachen Gegenstand der Gerichtsbarkeit sein sollen, «noch wie die Gerichtsbehörden verfahren und wie sie organisiert sein sollen, um als Gerichte gelten zu können»[3]. Nachdem die Schweiz im Jahr 1974 die EMRK[4] ratifiziert hatte, sah sich das Bundesgericht dann aber verschiedentlich mit Verfassungsbeschwerden zur Frage befasst, ob ein bestimmter Spruchkörper den Gerichtsgarantien der EMRK genüge.[5] Viele dieser Urteile betrafen Strafbehörden und Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes. Unter anderem kam das Bundesgericht im Jahr 1989 zum Schluss, dass die ehemalige Bezirks- und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich kein «Gericht» im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK sei.[6] Demgegenüber war das Bundesgericht 1982 in BGE 108 Ia 178 zum Schluss gekommen, dass die «Psychiatrische Gerichtskommission», die im Kanton Zürich als einzige kantonale Instanz zur Überprüfung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung angerufen werden konnte, den Anforderungen an ein «Gericht» im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK genügte.

Bei Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes ist die Qualifikation als Gericht auch heute noch immer wieder Thema vor dem Bundesgericht. Beispielsweise anerkannte das Bundesgericht im jüngeren Urteil BGE 139 III 98 den Zürcher Bezirksrat im zivilrechtlichen Bereich als «Gericht im materiellen Sinn», das vom kantonalen Recht als Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheiden der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) bezeichnet werden darf.[7] Dieses Urteil unterzog Regina Kiener einer kritischen Besprechung

---

1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1 1; BS 1 3), aufgehoben am 1. Januar 2000 mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).

2 Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 28.

3 Burckhardt, S. 533.

4 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

5 Vgl. die Nachweise bei Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, S. 28 f.

6 BGE 115 Ia 56 E. 2b mit Verweis auf BGE 102 Ia 179 i.S. Schiesser.

7 Vgl. auch BGE 142 III 732 [KESB Thurgau]; 143 III 193 [KESB Bern]; BGer, 5A_640/2022 vom 28. März 2023, E. 3.3 f. [KESB Schaffhausen].

im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl).[8] Dieser Entscheid und seine Besprechung bildeten zusammen mit anderen Urteilen des Bundesgerichts aus der jüngeren Vergangenheit auch den Anlass dafür, dass sich die Autoren des vorliegenden Beitrags in der Neuauflage der Kommentierung von Art. 30 BV (und Art. 191*c* BV[9]) im St. Galler Kommentar eingehend mit der Frage des sachlichen Anwendungsbereichs dieser Garantie auseinandersetzten.[10] Diese Gedanken sollen hier weitergesponnen und anhand von Beispielen vertieft werden.

II. Sachlicher Anwendungsbereich von Art. 30 BV

A. Vorbemerkung

Während Walther Burckhardt 1931 noch festhielt, dass aus Art. 58 aBV nichts für die Gerichtsorganisation und das Verfahren abgeleitet werden könne, hat sich mittlerweile etabliert, dass die Anwendbarkeit von Art. 30 BV dazu führt, dass ein Organ einen Strauss an verfassungsrechtlichen *Minimalanforderungen* zu erfüllen hat. Lehre und Rechtsprechung haben einen Mindestkatalog an «unverrückbaren Elementen» herausdestilliert, der Bund und Kantone bindet, ohne aber in die «Einzelheiten» der Gerichtsorganisation einzugreifen.[11]

Zu diesen Mindestanforderungen gehört nach dem Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 BV der Anspruch auf ein «durch Gesetz geschaffenes» und «zuständiges» Gericht. Der ebenfalls in Art. 30 Abs. 1 BV verankerte Anspruch auf ein «unabhängiges und unparteiisches» Gericht lässt sich weiter untergliedern. Kurt Eichenberger hat ihn in seiner Habilitationsschrift in fünf verschiedene Erscheinungsformen aufgefächert: richterliche Unbeteiligtheit (Unabhängigkeit gegenüber den Parteien), richterliche Selbständigkeit (Unabhängigkeit gegenüber nichtrichterlichen Gewalten), richterliche Eigenständigkeit (Unabhängigkeit gegenüber Organen der richterlichen Gewalt), richterliche Sozialfreiheit (Unabhängigkeit von sozialen Mächten) und die innere Freiheit der Richterinnen und Richter.[12] Aufgrund von Art. 30 Abs. 3 BV ist bei Gerichten auch der Grundsatz der Justizöffentlichkeit zu beachten.

---

8 Kiener, Urteilsbesprechung, S. 265 ff.

9 Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 191*c* BV deckt sich mit demjenigen von Art. 30 BV (Schindler/Schuler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 191*c* N 2). Der Einfachheit halber wird nachfolgend immer nur von Art. 30 BV die Rede sein, Art. 191*c* BV aber mitgemeint.

10 Vgl. Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 5 ff. sowie Schindler/Schuler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 191*c* N 2.

11 So Eichenberger, Rechtsschutz, S. 964; vgl. zur Qualität als Mindestanforderungen z.B. auch Karlen/Hänni, N 5; Bohnet, N 2 mit Nachweis.

12 Eichenberger, Richterliche Unabhängigkeit, S. 43 ff. Vgl. zum Ganzen auch Rhinow et al., N 479 ff.

Nachfolgend soll aber nicht die Konkretisierung dieser Teilgehalte im Vordergrund stehen, sondern die Frage, welche Behörden diesen Anforderungen zu genügen haben.[13]

B. Zwingende Anwendbarkeit aufgrund des Instanzenzugs und/oder der Prozessordnung

1. Übersicht

Gewisse Entscheidungsorgane haben schon aufgrund ihrer Stellung im Instanzenzug den Anforderungen von Art. 30 BV zwingend zu genügen. Die Rechtsweggarantie in Art. 29*a* BV vermittelt jeder Person einen Anspruch, Rechtsstreitigkeiten durch mindestens eine richterliche Behörde beurteilen zu lassen, soweit das Gesetz die richterliche Beurteilung nicht ausnahmsweise ausgeschlossen hat. Dieser Anspruch auf Zugang zu einem Gericht ist auch in Art. 6 EMRK verbrieft im Falle von strafrechtlichen Anklagen und Streitigkeiten um sog. *civil rights*. Die Gerichtsinstanz muss die Rechts- und Sachverhaltsfragen umfassend prüfen können.[14] Daraus folgt, dass eine Behörde die Anforderungen von Art. 30 BV dann zwingend erfüllen muss, wenn sie als einzige Instanz mit voller Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden hat.[15]

Neben der Verfassung kann auch das einschlägige Verfahrensgesetz vorsehen, dass einer Behörde Gerichtscharakter zukommen muss. So haben die Kantone gemäss Art. 86 Abs. 2 BGG[16] als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts grundsätzlich (obere) *Gerichte* einzusetzen.[17] Da die Kognition des Bundesgerichts als Rechtsmittelinstanz in Fragen des Sachverhalts und des kantonalen Rechts eingeschränkt ist, ergibt sich diese Forderung für Rechtsstreitigkeiten schon aus der Rechtsweggarantie, wenn im Instanzenzug nur eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorgesehen ist. Als Beispiele können im Kanton Zürich die Rekurskommission der Evangelisch-reformierten Landeskirche und diejenige der Katholischen Kirche genannt werden.[18] Diese Rekurskommissionen fungieren als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts und haben daher je ein «mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattetes Spezialverwaltungsgericht»[19] zu

---

13 Es geht ebenfalls nicht um die Frage, welche Personen innerhalb und im Umfeld einer gerichtlichen Institution von Art. 30 BV erfasst werden, vgl. dazu Reich, BSK BV, Art. 30 N 8; Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 11 f.

14 BGE 142 II 433 E. 3.4.3.

15 Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 7.

16 Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110).

17 Vgl. Tophinke, BSK BGG, Art. 86 N 12 m.w.H.

18 BGer, 2C_124/2013 vom 25. November 2013, insb. E. 1.3.3 bzw. BGer, 8C_451/2015 vom 29. Januar 2016, E. 2.

19 So die Selbstbeschreibung der Rekurskommission der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich auf deren Website (vgl. ‹https://www.zhref.ch/kirche/landeskirchliche-rekurskommission› [besucht am 13. Oktober 2024]).

sein, das zumindest Rechtsstreitigkeiten aufgrund von Art. 29*a* BV mit voller Kognition prüfen können muss.

Neben dem BGG können auch andere Gesetze vorsehen, dass ein bestimmtes Entscheidungsorgan ein Gericht sein muss. Als Beispiel kann hier Art. 450 Abs. 1 ZGB[20] genannt werden, wonach gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde «Beschwerde beim zuständigen Gericht» erhoben werden kann. Damit hat die erste bzw. unmittelbare Rechtsmittelinstanz gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde von Bundesrechts wegen zwingend ein «Gericht» zu sein, das den Anforderungen von Art. 30 BV genügt. Eine kantonale Regelung, die zunächst die Überprüfung durch eine Verwaltungsbehörde und hernach den Zugang zu einem Gericht vorsähe, wäre bundesrechtswidrig[21] und würde gegen den Anspruch auf den «gesetzlichen Richter» im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV verstossen.[22]

Den Anforderungen von Art. 30 BV haben sodann auch diejenigen Behörden zu genügen, die gerichtliche Entscheide als Rechtsmittelinstanzen überprüfen und korrigieren.[23] Denn die Unabhängigkeit eines Gerichts steht auf dem Spiel, wenn seine Entscheide von einer nichtrichterlichen Behörde korrigiert werden können. Nach der hier vertretenen Auffassung hat dies auch dann zu gelten, wenn die Rechtsmittelinstanz nicht über «volle Kognition» verfügt.[24]

2. Problematische Beispiele aus dem interkantonalen Bereich

Insbesondere bei interkantonalen Behörden, die als Vorinstanzen des Bundesgerichts fungieren, ist zum Teil fraglich, ob sie den Forderungskatalog von Art. 30 BV (bzw. von Art. 86 Abs. 2 BGG) tatsächlich erfüllen. Zweifelhaft ist häufig, ob es sich wirklich um ein «durch Gesetz geschaffenes» Gericht handelt, also ob die wesentlichen Organisations- und Verfahrensbestimmungen der Behörde mit hinreichender Bestimmtheit in einem Gesetz im formellen Sinn verankert sind. Nur untergeordnete Fragen können einer Erlassform unterhalb der Gesetzesstufe überlassen werden.[25] Dies gilt auch für interkantonale gerichtliche Behörden, deren Grundzüge mindestens in einer von den Parlamenten genehmigten interkantonalen Vereinbarung festgeschrieben sein müssen.[26] Im Hochschulbereich kann etwa auf die Interkantonale Rekurskommission der Fachhochschule der Westschweiz (HES-SO)

---

20 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

21 So BGE 142 III 732 E. 3.2 betreffend Art. 439 Abs. 1 ZGB; anders noch BGE 139 III 98 E. 4.4.5 betreffend Art. 450 Abs. 1 ZGB.

22 Vgl. auch Kiener, Urteilsbesprechung, S. 276.

23 BGE 120 Ia 19 E. 4a.

24 Anders offenbar BGE 127 I 128 E. 4 u. 129 I 91 E. 4.5, wo es das Bundesgericht nicht beanstandete, dass die Entscheide der «als eigentliches Gericht» konzipierten Rekurskommission der Evangelisch-Reformierten Landeskirche des Kantons Aargau beim Regierungsrat angefochten werden konnten.

25 BGE 134 I 125 E. 3; vgl. auch das *obiter dictum* in BGE 148 III 172 E. 3.2.2.

26 Mächler, S. 467 f.; BGE 148 I 104 E. 5.3.2 mit Verweis auf Art. 48 Abs. 4 BV.

verwiesen werden. Auf (formell-gesetzlicher) Konkordatsstufe sind die Organisation und das Verfahren vor dieser Rekurskommission nur rudimentär geregelt. Für das Verfahren enthält das Konkordat einzig einen Verweis auf das VwVG[27]. Sodann ist die institutionelle Unabhängigkeit der Rekurskommission auf Konkordatsstufe nur ungenügend abgesichert, etwa weil Unvereinbarkeitsvorschriften fehlen und die Entschädigung von einem hochschulinternen (Leitungs-)Organ festgelegt wird. Detaillierter als die interkantonale Vereinbarung ist zwar das von der Rekurskommission selbst erlassene Reglement, das allerdings in verschiedener Hinsicht von den Vorschriften des VwVG und des Konkordats abweicht, worin ein Verstoss gegen den Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV zu sehen ist.[28] Offenbar anderer Ansicht ist das Bundesgericht, das immer wieder auf Beschwerden gegen Entscheide der Rekurskommission HES-SO eintritt, ohne deren Gerichtsqualität in Frage zu stellen.[29]

Ebenfalls ausserordentlich dünn ist die formell-gesetzliche Rechtsgrundlage der Rekurskommission der Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektorinnen und -direktoren (EDK) und der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK). Die Rekurskommission EDK/GDK prüft insbesondere Beschwerden von Privaten gegen Entscheide der EDK (bzw. deren Generalsekretariat) im Bereich der Anerkennung von Diplomen. Zur Organisation und dem anwendbaren Verfahrensrecht hält die zugrundeliegende interkantonale Vereinbarung vom 18. Februar 1993 über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen nur fest, dass die Rekurskommission «vom Vorstand der jeweiligen Konferenz» eingesetzt wird. Die Zahl der Mitglieder, die Länge ihrer Amtsdauer sowie Vorschriften zu Unabhängigkeit und Unvereinbarkeiten ergeben sich nicht aus der (formell-gesetzlichen) interkantonalen Vereinbarung, sondern erst aus dem von den Vorständen der EDK und der GDK erlassenen Reglement über die Rekurskommission EDK/GDK.[30] Trotzdem hat das Bundesgericht die Gerichtsqualität der Rekurskommission EDK/GDK mehrfach ausdrücklich geschützt.[31]

In «Examenssachen» wäre eigentlich auch die (interkantonale) Rekurskommission der Universität Basel eine Vorinstanz des Bundesgerichts. So sieht es jedenfalls § 41 Abs. 3 Satz 1 des geltenden Universitätsvertrags[32] vor, wonach die Rekurskommission der Universität Basel in Examenssachen (auf kantonaler Ebene) endgültig entscheidet, wohingegen die übrigen Verfügungen an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt gezogen werden

---

27 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021).

28 Vgl. ausführlich Schindler, Urteilsbesprechung, S. 220.

29 Vgl. statt vieler BGer, 2C_361/2010 vom 13. Juli 2010, E. 1.3.1; 2C_1149/2015 vom 29. März 2016, E. 1; 2D_24/2021 vom 5. November 2021, E. 1.1.

30 Immerhin kann sich das Reglement auf eine Delegationsbestimmung in der interkantonalen Vereinbarung stützen (vgl. Art. 10 Abs. 3), die aber die Grundzüge bzw. die wichtigen Organisationsbestimmungen nicht einmal andeutet.

31 BGE 136 II 470 E. 1.1; vgl. auch BGE 148 I 104 E. 5.3.1 m.w.H.

32 Vertrag vom 27. Juni 2006 zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel.

können. Nach der – leider uneinheitlichen – Rechtsprechung des Bundesgerichts kann es sich bei einer Behörde aber nur dann um ein «oberes Gericht» im Sinne von Art. 86 Abs. 2 BGG handeln, wenn deren Entscheide in *allen* Teilbereichen endgültig sind.[33] Als sich das Bundesgericht mit einer Beschwerde gegen einen Entscheid der Rekurskommission der Universität Basel in Examenssachen befasst sah, trat es im Jahr 2012 entsprechend nicht auf die Beschwerde ein, sondern überwies die Angelegenheit zuständigkeitshalber an das Basler Appellationsgericht.[34] Seither verfolgt das Appellationsgericht die «ständige Praxis», wonach der Ausschluss der Weiterzugsmöglichkeit in Examenssachen im (noch nicht revidierten) Universitätsvertrag unbeachtlich bleibe und deshalb auch Verfügungen in diesem Bereich zuerst an das Appellationsgericht weitergezogen werden können (bzw. müssen).[35] Wenn die Trägerschaftskantone die Revision des Universitätsvertrags an die Hand nehmen, könnten sie sich auch die Frage stellen, ob nicht auch eine andere Wahlbehörde für die Mitglieder der (weiterhin zumindest als erstinstanzliches *Gericht* konzipierten) Rekurskommission vorgesehen werden soll. Beim derzeit gemäss § 30 Abs. 2 Universitätsvertrag für die Wahl zuständigen Universitätsrat handelt es sich um ein Organ der Universität selbst, was unter Gesichtspunkten der institutionellen Unabhängigkeit bemängelt werden kann. Vor allem auch mit Blick darauf, dass die Rekurskommission Entscheide aller universitätsinternen Organe überprüfen kann (§ 30 Abs. 1 Universitätsvertrag) und somit auch solche ihrer eigenen Wahlbehörde. Anlässlich der Revision wäre auch die Regelung der Zusammensetzung der Rekurskommission aus dem (ebenfalls vom Universitätsrat erlassenen) Universitätsstatut zu lösen und auf Konkordatsstufe zu verankern.

C. Anwendbarkeit bei Grenzfällen

1. Ausgangslage

Bei gewissen Organen ist offensichtlich, dass ihnen kein Gerichtscharakter zukommt bzw. zukommen soll. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die betreffende Behörde zweifelsfrei nicht der Justiz zugerechnet werden kann, wie es etwa bei Einheiten der Zentralver-

---

33 Vgl. BGE 135 II 94 E. 4.1 m.w.H.

34 BGer, 2C_392/2012 vom 5. Juni 2012. Gleich entschied das Bundesgericht z.B. auch in BGer, 1C_346/2009 vom 6. November 2009 betreffend die Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen. Demgegenüber qualifizierte das Bundesgericht in BGer, 8C_915/2015 vom 6. April 2016 die Rekurs- und Beschwerdekommission der Evangelischen Landeskirche des Kantons Thurgau als oberes Gericht, obwohl zumindest deren Rekursentscheide an das Thurgauer Verwaltungsgericht gezogen werden können (vgl. § 79 Abs. 1 Ziff. 2 der Verfassung der Evangelischen Landeskirche des Kantons Thurgau vom 27. November 2000 [RB 187.11]). Auch die Rekurskammer der Evangelisch-reformierten Landeskirche der Republik und des Kantons Jura liess das Bundesgericht in BGer, 8C_817/2015 vom 6. Juli 2016, E. 2.3, als oberes Gericht genügen, obwohl sie nicht in all ihren Zuständigkeitsbereichen kantonal endgültig entscheiden kann.

35 Vgl. VGE.VD.2020.171 vom 31. Januar 2021, E. 1.1 m.w.H.

waltung (z.B. einem Departement), der Regierung selbst[36] oder dem Parlament eines Gemeinwesens der Fall ist.[37]

Neben diesen Fällen und denjenigen, bei denen der Gerichtscharakter durch die Stellung im Instanzenzug zwingend vorgegeben ist, gibt es in der Justiz- und Verwaltungsarchitektur von Bund und Kantonen zahlreiche Behörden, die sich nicht eindeutig dem Anwendungsbereich von Art. 30 BV zuweisen lassen. Zu diesen Grenzfällen gehören vor allem verschiedene zwischengeschaltete Rekurs- oder Beschwerdekommissionen, die Verfügungen der Verwaltung überprüfen.[38] Typisches Beispiel für einen Grenzfall ist die Rekurskommission der Zürcher Hochschulen, bei der gegen Entscheide der Organe der Universität Zürich und der Zürcher Fachhochschulen Rekurs erhoben werden kann.[39] Aus dem Instanzenzug ergibt sich nicht zwingend, ob es sich dabei um ein Gericht handeln muss, weil die Entscheide dieser Rekurskommission beim Zürcher Verwaltungsgericht angefochten werden können, das die Sache in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nochmals mit voller Kognition beurteilen kann (§ 46 Abs. 5 UniG-ZH und § 36 Abs. 4 FaHG-ZH i.V.m. § 50 VRG-ZH[40]).[41]

2. Unschärfen in der Rechtsprechung

In solchen Grenzfällen muss mittels Auslegung bestimmt werden, ob Art. 30 BV anwendbar ist und der vorne in II.A. genannte Forderungskatalog folglich zur Anwendung kommt. Der Textbaustein, der in Bundesgerichtsurteilen in solchen Fällen zu lesen ist, lautet wie folgt:

> «Als Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. von Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, muss jedoch organisatorisch und personell, nach Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem äusse-

---

36 Vgl. z.B. BGE 117 Ia 378 E. 5c; BGer, 1P.489/2001 vom 4. Dezember 2001, E. 2c.

37 Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 8; vgl. auch BGE 125 I 289 E. 6.

38 Der Begriff «Rekurskommission» bezeichnet traditionell verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanzen ebenso wie unabhängige Spezialverwaltungsgerichte (Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 8).

39 Vgl. § 20 Abs. 5 und § 46 Abs. 2 des Universitätsgesetzes des Kantons Zürich vom 15. März 1998 (UniG-ZH; LS 415.11) sowie § 36 Abs. 2 des Fachhochschulgesetzes des Kantons Zürich vom 2. April 2007 (FaHG-ZH; LS 414.10).

40 Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (LS 175.2).

41 Problematisch und mit Rechtsunsicherheit verbunden ist es, wenn sich nicht einmal der Instanzenzug klar aus den rechtlichen Grundlagen ergibt. Als Beispiel (wieder aus dem interkantonalen Bereich) sei hier auf die interkantonale Vereinbarung vom 21. September 1999 über die Hochschule für Heilpädagogik Zürich (IV HfH) verwiesen. Die IV HfH setzt zwar eine vom Hochschulrat gewählte Rekurskommission als Rechtsmittelinstanz gegen Verfügungen des Hochschulrates ein, lässt es aber (wie auch die hochschulinternen Rechtsgrundlagen) offen, bei welchem Gericht die Entscheidungen der Rekurskommission anzufechten sind. Es wäre aber die Pflicht der Konkordatskantone, diese Frage im Konkordat zu regeln (vgl. dazu BGE 148 I 104, insb. E. 6.2).

> ren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein [...]. Nebst den Merkmalen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gehört zu seinem Wesen, dass ein Gericht die rechtserheblichen Tatsachen selber erhebt, die Rechtssätze auf diesen in einem rechtsstaatlichen Verfahren ermittelten Sachverhalt anwendet und für die Parteien bindende Entscheidungen in der Sache fällt [...]. Es muss über umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verfügen [...].»[42]

Dieser Textbaustein ist kritisch zu hinterfragen. Zuerst muss festgestellt werden, dass die Prüfperspektive bei Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht identisch ist mit derjenigen von Art. 30 BV. Die Anforderungen, die Art. 6 Ziff. 1 EMRK stellt, müssen im Instanzenzug grundsätzlich nur einmal erfüllt sein.[43] Gerade bei der Rekurskommission der Zürcher Hochschulen könnte es offenbleiben, ob diese den Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK genügt, weil dies jedenfalls das Zürcher Verwaltungsgericht tut. Zwar vermittelt auch Art. 30 BV keinen Anspruch auf einen doppelten gerichtlichen Instanzenzug. Aber wo der Gesetzgeber einen solchen vorgesehen hat, geniesst er verfassungsrechtlichen Schutz und ist konsequent durchzusetzen. Ergibt die Auslegung, dass ein Entscheidungsorgan als richterliche Behörde konstruiert wurde, muss sie justizorganisatorisch den Anforderungen von Art. 30 BV genügen.[44]

Sodann ist zum ersten Teil des Textbausteins anzumerken, dass er keineswegs nur auf gerichtliche Behörden zutrifft. Nicht nur Gerichte, sondern auch Verwaltungsbehörden fällen «nach Gesetz und Recht» (Art. 5 Abs. 1 BV) und als Ausfluss eines fairen Verfahrens bindende und begründete Entscheide in richtiger Zusammensetzung mit genügender Unbefangenheit (Art. 29 BV). Umgekehrt entscheiden auch Gerichte nicht nur über «Streitfragen», wie es im Textbaustein heisst. Hinzuweisen ist z.B. auf «gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit» im Sinne von Art. 1 Bst. b ZPO[45].[46]

Zudem ist auch die «umfassende Kognition», von der am Ende des bundesgerichtlichen Textbausteins die Rede ist, kein geeignetes Kriterium, um den Gerichtscharakter einer Behörde zu bestimmen. Sonst müsste man insbesondere dem Bundesgericht selbst die Gerichtsqualität im Sinne von Art. 30 BV absprechen.[47]

In französischsprachigen Urteilen betont das Bundesgericht zuweilen auch, dass das entscheidende Kriterium bei Art. 30 BV «la nature fonctionnelle et non organique de l'autorité» sei.[48] Die Tragweite dieser Aussage scheint aber schon insofern nicht ganz klar, als das Bundesgericht in derselben Erwägung mit der Zusammensetzung der Behörde ein zu-

---

42 BGE 142 III 732 E. 3.3; 139 III 98 E. 4.2; ähnlich auch BGE 126 I 228 E. 2; vgl. auch BGer, 5A_640/2022 vom 28. März 2023, E. 3.2.

43 Vgl. z.B. Grabenwarter, S. 132; Villiger, N 491.

44 BGE 124 I 255 E. 5b/aa.

45 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

46 Darunter fallen z.B. die Scheidung auf gemeinsames Begehren nach Art. 111 ZGB oder die Anordnung eines gerichtlichen Verbots im Zusammenhang mit Grundstücken (Art. 258 ff. ZPO).

47 Biaggini, N 3a.

48 BGE 142 I 172 E. 3.1; vgl. auch BGer, 2C_110/2019 vom 9. Dezember 2019, E. 4.2; 2C_187/2011 vom 28. Juli 2011, E. 3.1; 5P.51/2002 vom 28. Oktober 2002, E. 2.1.

mindest auch *organisatorisches* Kriterium stark gewichtet («[L]a Chambre des notaires est présidée par le chef du Département cantonal, ce qui exclut l'existence d'une autorité judiciaire» [BGE 142 I 172 E. 3.1]). Zudem scheint der hier gewählte Ansatz des Bundesgerichts etwas *zirkulär*: Weil der Departementsvorsteher Teil des Spruchkörpers einer Behörde ist (und dieser also die nötige Unabhängigkeit von der Verwaltung abgeht), könne die Behörde kein Gericht sein. Nicht in Betracht zieht ein solcher Ansatz aber, dass der Gesetzgeber vielleicht doch ein Gericht schaffen wollte, diese Absicht aber nur unzureichend umgesetzt hat (oder ihr in der Praxis nicht richtig nachgelebt wird), in einer Art also, die Art. 30 BV nicht genügt.

3. Bedeutung der historischen Auslegung

Bei der Frage, ob die Garantie von Art. 30 BV zur Anwendung kommt, kann demnach der historische Wille des Gesetzgebers eine entscheidende Rolle spielen.[49] Ergibt sich beim Studium der Entstehungsgeschichte einer Rekurs- oder Beschwerdekommission, dass der Gesetzgeber mit dieser Behörde ein *Gericht* schaffen wollte, ist er beim Wort zu nehmen, und die Behörde sowie die konkrete gesetzliche Ausgestaltung sind an allen Anforderungen von Art. 30 BV zu messen.[50]

Als Beispiel kann auf die Baurekurskommission des Kantons Basel-Stadt verwiesen werden, die im Kanton Basel-Stadt insbesondere Rekurse gegen Verfügungen in Bausachen beurteilt. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes betreffend die Baurekurskommission[51] ergibt sich deutlich, dass man eine richterliche Behörde schaffen wollte. So führte der Regierungsrat im damaligen Ratschlag aus, dass eine

> «dergestalt eingerichtete Baurekurskommission [...] den Anforderungen an ein unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK [entspricht]. Die kantonale Regelung stellt die Baurekurskommission einer gerichtlichen Instanz gleich. Damit sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das verfassungsmässig garantierte Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht für die personelle und organisatorische Zusammensetzung zu beachten (BGE 124 I 255 ff.).»[52]

Ein Blick in das kantonale Gesetz betreffend die Baurekurskommission (BRKG) zeigt, dass der Gesetzgeber Wort hielt und den sich aus der Anwendung von Art. 30 BV ergebenden Forderungskatalog weitgehend beherzigt hat.[53]

---

49 Vgl. z.B. BGer, 5A_640/2022 vom 28. März 2023, E. 3.3.2 [KESB Schaffhausen]; BGE 124 I 255 E. 5 b/cc.

50 BGE 124 I 255.

51 Gesetz vom 7. Juni 2000 betreffend die Baurekurskommission (BRKG; SG 790.100).

52 Ratschlag BRKG, S. 6.

53 Vgl. insb. § 2 und 3 BRKG. Kürzlich ist auch das Appellationsgericht (als Verwaltungsgericht) des Kantons Basel-Stadt in einem Urteil zum Schluss gekommen, dass die Baurekurskommission «die Kriterien eines unabhängigen Gerichts im Sinne eines Spezialverwaltungsgerichts» erfülle

Mit der Ausgestaltung der Baurekurskommission als Spezialverwaltungsgericht trug der Gesetzgeber dem «verstärkt zutage tretenden Bedürfnis nach unabhängigem Rechtsschutz schon in erster Instanz Rechnung»[54]. Die der Baurekurskommission zugestandene richterliche Unabhängigkeit von der (mit Bausachen zuvor betrauten) Verwaltung soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und die Akzeptanz bei den Betroffenen fördern.[55]

Bei der Schaffung von zwischengeschalteten Rekurskommissionen hat der Verfahrensgesetzgeber aber auch andere Interessen bzw. Ziele als die Unabhängigkeit zu beachten. So kann es auch dem bewussten und ebenso legitimen Entscheid des Gesetzgebers entspringen, Vertreterinnen und Vertreter des betroffenen Verwaltungszweigs in eine Rekurskommission aufzunehmen, damit das Organ über den nötigen Sachverstand und verwaltungsinternes Erfahrungswissen verfügt. Besonders anschauliche Beispiele in diesem Zusammenhang sind die universitäts*internen* Rekurskommissionen der Universitäten St. Gallen und Bern, deren Mitglieder zwingend Angehörige der jeweiligen Universität selbst sein müssen. Aufgrund der personellen Verflechtung mit dem betreffenden Verwaltungszweig genügen diese Rekurskommissionen der Unabhängigkeitsgarantie in Art. 30 BV zwar nicht, mit dem einbezogenen Sachverstand und Erfahrungsschatz kann aber die *Effektivität* des Rechtsschutzes verbessert werden.[56]

4. Herausforderungen – dargestellt anhand von zwei Beispielen aus dem Hochschulbereich

Schwierig wird es dann, wenn sich der Gesetzgeber im Gesetzgebungsprozess nicht klar dazu geäussert hat, ob ein Entscheidungsorgan ein Gericht im Sinn von Art. 30 BV sein soll oder nicht. Dies lässt sich ebenfalls anhand von Beispielen im bereits angesprochenen Hochschulbereich illustrieren.

a. ETH-Beschwerdekommission

Die ETH-Beschwerdekommission nahm ihre Tätigkeit per 1. Januar 2004 auf. Auf dieses Datum trat eine Teilrevision des ETH-Gesetzes in Kraft. Die neu geschaffene ETH-Beschwerdekommission sollte die Justizfunktionen (also die Überprüfung von Verfügungen der ETH-Institutionen) übernehmen und damit den ETH-Rat, der diese Funktionen ETH-intern bis anhin ausgeübt hatte, entlasten und von Interessenkonflikten befreien.[57] Aus der damaligen Botschaft ergab sich, dass es sich bei der ETH-Beschwerdekommission nicht

(VGE VD.2022.207 vom 6. Februar 2023, E. 2.3). Wie es sich betreffend justizielle Selbstverwaltung der Baurekurskommission verhält, kann hier nicht weiter vertieft werden.

54 Ratschlag BRKG, S. 3 f.

55 Vgl. allgemein BGE 137 I 227.

56 Vgl. zum Ganzen ausführlich Schindler/Louis, insb. S. 528 ff.

57 Botschaft ETH-Gesetz 2002, S. 3497.

um ein unabhängiges Gericht, sondern um eine «bereichsinterne Beschwerdekommission» handeln soll – als bewusste Ergänzung zum anschliessenden gerichtlichen Rechtsmittelweg.[58] Gewählt wurden die Mitglieder der ETH-Beschwerdekommission ursprünglich vom ETH-Rat, also dem strategischen Aufsichts- und Führungsorgan der ETH selbst. Der ETH-Rat solle auch die Aufsicht über die Beschwerdekommission ausüben, allerdings nur administrativ und ohne Weisungsrecht. In der rechtsprechenden Tätigkeit solle die ETH-Beschwerdekommission unabhängig sein. Das Ziel war, dass die Beschwerdekommission «von ihrer Zusammensetzung her» in der Lage sei, die spezifischen Problemstellungen zu beurteilen, welche sich aus dem ETH-Bereich ergeben.[59] Deshalb gehört seit Beginn die Kommissionsmehrheit dem ETH-Bereich selbst an (vgl. Art. 37a Abs. 1 Satz 2 ETH-Gesetz[60]). In der Botschaft war noch zu lesen, dass «Personen mit Leitungs- oder Stabsfunktion» nicht Mitglied der Kommission sein sollen,[61] was aber nicht explizit in das Gesetz aufgenommen wurde. Es handelt sich bei der ETH-Beschwerdekommission demnach um eine *hochschulinterne* Rekurskommission, auch wenn sie externe Mitglieder beiziehen kann. Jedenfalls ergab sich aus der damaligen Botschaft nicht die Absicht, ein unabhängiges Gericht zu schaffen.

Umso erstaunlicher sind die Aussagen, die 2019 in der Botschaft zu einer weiteren Teilrevision des ETH-Gesetzes und der ETH-Beschwerdekommission zu lesen waren. «Um die richterliche Unabhängigkeit der Mitglieder der ETH-Beschwerdekommission zu stärken und zu garantieren», schlug der Bundesrat vor, dass die vier sog. «institutionellen» Mitglieder des ETH-Rates kein Stimmrecht mehr haben sollen bei der Wahl der Mitglieder der Beschwerdekommission und bei anderen Geschäften, welche die Beschwerdekommission betreffen.[62]

Das Parlament ging dann in den Beratungen noch einen Schritt weiter. Die SP-Fraktion stellte im Nationalrat (Erstrat) den Antrag, dass die Mitglieder der ETH-Beschwerdekommission gar nicht mehr vom ETH-Rat, sondern neu vom Bundesrat gewählt werden sollen (AB 2020 N 913, Votum Aebischer, auch zum Folgenden). Aufhänger waren zuvor erschienene Medienberichte, wonach verschiedene Mitglieder der ETH-Beschwerdekommission per sofort «unter Protest» von ihrem Amt zurückgetreten seien, nachdem der ETH-Rat die Bewerbungsfrist für die neue Amtsperiode eigenmächtig um zwei Tage

---

58 Botschaft ETH-Gesetz 2002, S. 3497. Für Entscheide der ETH-Beschwerdekommission führte der gerichtliche Rechtsmittelweg bei Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 2004 noch an die ETH-Rekurskommission und in Personalangelegenheiten an die Eidgenössische Personalrekurskommission (vgl. Art. 37 Abs. 2 ETH-Gesetz in der Fassung vom 1. Januar 2004), die 2007 beide im Bundesverwaltungsgericht aufgingen.

59 Botschaft ETH-Gesetz 2002, S. 3498.

60 Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (SR 414.110).

61 Botschaft ETH-Gesetz 2002, S. 3498.

62 Botschaft ETH-Gesetz 2019, S. 729. Mit den «institutionellen» Mitgliedern des ETH-Rates sind jene Mitglieder gemeint, die als Vertretung des ETH-Bereichs in den ETH-Rat gewählt werden (vgl. Art. 24 Abs. 1 Bst. c und d sowie Abs. 3 ETH-Gesetz).

verlängert habe, um eigene Kandidaten den bisherigen gegenüberzustellen. Indem der Bundesrat als Wahlbehörde eingesetzt werde, könne man die ETH-Beschwerdekommission «unabhängiger» machen. Der Bundesrat selbst lehnte es ab, in Zukunft als Wahlbehörde zu fungieren und brachte vor, dass die ETH-Beschwerdekommission kein Gericht sei (vgl. AB 2021 N 149, Votum Parmelin) – was wohlgemerkt aber im Widerspruch stand zu den bundesrätlichen Ausführungen in der Botschaft zur Gesetzesänderung.

Am Ende setzte sich der Vorschlag, den Bundesrat als Wahlbehörde einzusetzen, in der Einigungskonferenz durch. In den Worten der Berichterstatterin im Nationalrat folgte die Einigungskonferenz damit «den Argumenten, dass die Beschwerdekommission eigentlich ein erstinstanzliches Verwaltungsgericht sei» und dass es nicht richtig sei, wenn «ein Rat, der ein Interesse an einem Urteil in seinem Bereich hat, auch gleich seine Richter wählt» (AB 2021 N 482, Votum Studer). Auch im Ständerat war die ETH-Beschwerdekommission zuvor immer wieder als Gericht bezeichnet worden (etwa als «erstinstanzliches Verwaltungsgericht» oder als Pendant zu «einem Verwaltungsgericht eines kleineren Schweizer Kantons», vgl. AB 2020 S 966, Votum Hefti). Wenn man sich vor Augen führt, dass der zurückgetretene Präsident der ETH-Beschwerdekommission in den erwähnten Medienberichten selbst von einem «Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit» gesprochen hatte und sich die ETH-Beschwerdekommission früher auf ihrer Website selbst als «Spezialverwaltungsgericht» bezeichnet hatte,[63] erstaunt nicht, dass diese Vorstellung offenbar auch den Mitgliedern der Bundesversammlung vor Augen schwebte, als sie die Institution reformieren wollten.

Wenn die Bundesversammlung ein «unterinstanzliches» Gericht des Bundes schaffen wollte, ist aber die Frage zu stellen, weshalb sie anstelle des Bundesrates nicht gleich sich selbst zur Wahlbehörde erklärt hat. So hatte es die Bundesversammlung jedenfalls beim Bundesverwaltungsgericht (und dem Bundesstrafgericht) getan, obwohl der Bundesrat in den damaligen Entwürfen sich selbst als Wahlgremium vorgeschlagen hatte.[64] Damals hatte es das Parlament als staatspolitisch «unausweichlich» erachtet, «dass die Gerichte der Bundesversammlung unterstellt werden»[65].

Zwar kann es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts den Anforderungen von Art. 30 BV genügen, wenn ein (Verwaltungs-)Gericht durch die Regierung gewählt wird.[66] In jedem Fall muss aber eine genügende Unabhängigkeit von Regierung und Verwaltung sichergestellt sein. Dies ist bei den Mitgliedern der ETH-Beschwerdekommission u.E. aber

---

63 Vgl. bei Schindler/Louis, S. 525.

64 Vgl. Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege, S. 4257 f., 4359 und 4378. Damit wollte der Bundesrat den bestehenden Wahlmodus der eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen für das diese Kommissionen ablösende Bundesverwaltungsgericht übernehmen.

65 AB 2001 S 913, Votum Schweiger; vgl. auch AB 2001 S 910 f., Votum Schmid, wonach es «der Logik unserer Staatsauffassung [entspricht], dass diese Richter entweder vom Volk oder vom Parlament, aber nicht von der Exekutive gewählt werden.»

66 Vgl. z.B. BGE 142 III 732 E. 3.4.1; 140 I 271 E. 8.3; 119 V 375 E. 4a.

gerade nicht gegeben. Denn die Mehrheit ihrer Mitglieder muss noch immer dem ETH-Bereich angehören (Art. 37a Abs. 1 ETH-Gesetz). Bei Mitgliedern, die personell in die ETH eingegliedert sind (und also etwa [Treue]-Pflichten haben oder weisungsgebunden sein können), besteht zumindest der mit Art. 30 BV nicht zu vereinbarende Anschein, dass sie sich in einem Loyalitäts- und Interessenkonflikt befinden, wenn sie Entscheide der ETH überprüfen müssen.[67] Die Zusammensetzung der ETH-Beschwerdekommission war im Parlament bei der Beratung der ETH-Gesetzesrevision aber kein Thema.[68] Aufgrund der personellen Verflechtung genügt die ETH-Beschwerdekommission nach der hier vertretenen Auffassung den Anforderungen, die Art. 30 BV an ein unabhängiges Gericht stellt, nicht.[69] Dies ist problematisch, weil das Parlament in den Beratungen (wie gesehen) jedenfalls den Anschein erweckt hat, ein unabhängiges Gericht schaffen zu wollen.

b. Beschwerdekommission der FHNW

Nicht restlos klar war der gesetzgeberische Wille auch bei der Schaffung der Beschwerdekommission der FHNW. Ihre Entscheidungen können gemäss § 33 Abs. 6 des FHNW-Staatsvertrags[70] an das Aargauer Verwaltungsgericht weitergezogen werden, sodass die Beschwerdekommission der FHNW aufgrund des Instanzenzugs nicht zwingend ein Gericht zu sein braucht (vgl. vorne II.B).

In der 2004 erschienenen Botschaft bzw. den Detailerläuterungen zum Staatsvertrag, der die Gründung der FHNW bezweckte, stand zur vorgesehenen Beschwerdekommission nur, dass die «externe Beschwerdekommission» «[k]ein Organ der FHNW, sondern eine eigenständige, unabhängige Einrichtung» sei.[71] Ob damit Unabhängigkeit im Sinne von Art. 30 BV gemeint war, liess die Botschaft offen.[72]

---

67 Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung z.B. BGE 124 I 255 E. 5d (Unzulässigkeit der Mitwirkung eines kantonalen Beamten als Sekretär einer als Justizbehörde ausgestalteten Bodenverbesserungskommission).

68 Gewisse Unvereinbarkeiten ergeben sich erst aus der vom Bundesrat erlassenen Verordnung (vgl. Art. 5 der Verordnung vom 1. Oktober 2021 über die ETH-Beschwerdekommission [VETHBK; SR 414.110.21]), was den Anforderungen von Art. 30 BV an ein «durch Gesetz geschaffenes Gericht» nicht genügt.

69 Vgl. auch Schindler/Louis, S. 526; Schindler/Schuler, St. Galler Komm. BV, 191a N 41; anderer Ansicht aber Kiener, Art. 47 VwVG N 13 («erstinstanzliches Spezialverwaltungsgericht») oder Binder, S. 172.

70 Staatsvertrag vom 27. Oktober 2004 zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW).

71 Detailerläuterungen Staatsvertrag FHNW, S. 11.

72 Auch als der nämliche Staatsvertrag einige Jahre später hinsichtlich der Beschwerdekommission revidiert wurde, äusserte sich die Botschaft nicht klar dazu. Vor der Revision hatte die Beschwerdekommission in Examenssachen auf kantonaler Ebene endgültig entschieden, während die übrigen Entscheide beim Aargauer Verwaltungsgericht bzw. beim Aargauer Personalrekursgericht anfechtbar gewesen waren. Mit dem Inkrafttreten des BGG wurde die vorgesehene Regelung in Examenssachen aber bundesrechtswidrig: Zu Recht hielten die Vertragskantone in der

Die Beschwerdekommission selbst ging in ihrer Rechtsprechung jedenfalls davon aus, dass sie «die Kriterien erfüllt, um als Gericht im Sinne der Rechtsweggarantie» qualifiziert zu werden.[73] Zu einem anderen Schluss kam das Aargauer Verwaltungsgericht im Entscheid WBE.2014.387 vom 16. Juli 2015. Es musste sich mit dieser Frage befassen, weil nach dem anwendbaren Verfahrensrecht (VRPG-AG[74]) die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht grundsätzlich zwar Parteistellung hat – «Verwaltungsjustizbehörden» davon aber ausgenommen sind. Das Aargauer Verwaltungsgericht kam in einer *Gesamtbetrachtung* zum Schluss, dass es sich bei der Beschwerdekommission der FHNW – entgegen deren Eigenwahrnehmung – nicht um eine Verwaltungsjustizbehörde handle.[75]

Zunächst strich das Verwaltungsgericht hervor, dass es einer Qualifikation als Gericht nicht entgegenstünde, dass die Beschwerdekommission von den Kantonsregierungen gewählt wird. Für sich ebenfalls nicht entscheidend sei, dass die Beschwerdekommission nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur der Vertragskantone eingebunden ist, also jedenfalls kein Gericht im formellen Sinn ist.[76] Entscheidend sei vielmehr, dass der Staatsvertrag – also das Gesetz im formellen Sinn – die Unabhängigkeit der Beschwerdekommission gegenüber den Organen der Fachschule nicht hinreichend absichere. In der Tat wird der Begriff der Unabhängigkeit in der Staatsvertragsbestimmung zur Beschwerdekommission nicht einmal erwähnt (vgl. § 33 des FHNW-Staatsvertrags). Es sind auch keine Unvereinbarkeiten vorgesehen, sodass der Beschwerdekommission auch Personen aus dem FHNW-Bereich angehören könnten. Es fehlen insbesondere auch Unvereinbarkeitsbestimmungen betreffend die Tätigkeit in der (übrigen) kantonalen Verwaltung. So berücksichtigte das Aargauer Verwaltungsgericht in seinem Entscheid auch, dass damals zwei Mitglieder der Beschwerdekommission je im kantonalen Bildungsdepartement angestellt waren. Nicht zuletzt würdigte das Verwaltungsgericht auch den Aussenauftritt der Beschwerdekommission bzw. den Umstand, dass sich die Beschwerdekommission auf ihrer Website gegenüber der (Schul-) Öffentlichkeit als eine «Organisationseinheit» der FHNW präsentierte.[77]

Botschaft Staatsvertrag FHNW 2011 (S. 5) fest, dass die Beschwerdekommission der FHNW jedenfalls keine «oberste kantonale Instanz» sei, weil gewisse ihrer Entscheidungen wie gesehen an ein weiteres (kantonales) Gericht gezogen werden können. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt die Beschwerdekommission der FHNW damit nicht als Vorinstanz des Bundesgerichts infrage (vgl. Art. 86 Abs. 2 BGG, vgl. dazu vorne II.B.2) – selbst wenn es sich um ein «Gericht» handelt (was die Botschaft Staatsvertrag FHNW 2011 offenliess bzw. nicht explizit thematisierte).

73 Entscheid Beschwerdekommission FHNW 11.016 vom 18. Januar 2012, E. 3.

74 Gesetz vom 4. Dezember 2007 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Aargau (SAR 271.200).

75 WBE.2014.387 vom 16. Juli 2015, E. 3.1–3.4.

76 Vgl. zu diesem Begriff Gfeller, N 124 ff.

77 WBE.2014.387 vom 16. Juli 2015, E. 3.4.

D. «Präponderanzmethode»

Der vom Aargauer Verwaltungsgericht angewandte Ansatz lässt sich zu einer allgemeinen Methode verdichten, die bei Grenzfällen helfen soll, den Gerichtscharakter eines Entscheidungsorgans zu bejahen bzw. zu verneinen.

Es ist in einer *Gesamtbetrachtung* die Frage zu beantworten, ob sich eine Behörde *überwiegend* durch für Gerichte *typische* Elemente auszeichnet. Wird die Frage bejaht, ist der Anwendungsbereich von Art. 30 BV eröffnet und die in diesen Bestimmungen enthaltenen Garantien müssen *umfassend* und *konsequent* beachtet werden («Präponderanzmethode»).[78]

Zu den zu untersuchenden Elementen gehören dabei insbesondere folgende:

– *Institutionelle Stellung:* Die institutionelle Unabhängigkeit der einzelnen Richterinnen und Richter sowie der Behörde als Ganzes soll ein Gericht wesentlich von den Verwaltungsbehörden unterscheiden, die in die Verwaltungshierarchie eingegliedert und gegenüber vorgesetzten Stellen *weisungsgebunden* sind.[79] In Bezug auf die KESB im Kanton Bern stellte das Bundesgericht unlängst fest, dass diese Behörde nach der gesetzlichen Organisation und dem äusseren Erscheinungsbild eine dezentrale Verwaltungseinheit darstelle und ein Subordinationsverhältnis zur Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion nicht wegzudiskutieren sei. Insbesondere deshalb verneinte das Bundesgericht die Gerichtsqualität der KESB im Kanton Bern.[80] Zur institutionellen Stellung der betreffenden Behörde gehört auch die Frage, welches Organ welche Aufsicht über die Behörde ausübt.[81] Zudem kann berücksichtigt werden, ob ein Gesetz im formellen Sinn oder eine auf dieser Normstufe angesiedelte interkantonale Vereinbarung der Behörde Unabhängigkeit in der Rechtsprechung explizit zusichert. Allein ist dies freilich kein hinreichendes Kriterium (vgl. z.B. Art. 37a Abs. 3 ETH-Gesetz betreffend ETH-Beschwerdekommission). In die Gesamtbetrachtung einzubeziehen sind auch Aspekte der Wahl bzw. Ernennung und der Amtsdauerregelung. Nicht zwingend für die Gerichtsqualität ist, dass die Wahl der Behörde durch das Parlament oder das Stimmvolk erfolgt.[82] Wo aber das Gesetz die Wahl durch die Legislative vorsieht, kann dies gerade bei Verwaltungsrekursbehörden ein starkes Indiz für die Gerichtsqualität sein.[83]

---

78 Vgl. ausführlich Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 6 ff.; Schindler/Schuler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 191*c* N 2.

79 Schindler, Befangenheit, S. 6 f. und 70 f.

80 BGE 143 III 193 E. 5.3.

81 Vgl. z.B. BGE 142 III 732 E. 3.4.1; BGer, 5A_640/2022 vom 28. März 2023, E. 3.3.2.

82 Vgl. die Verweise in Fn. 66.

83 BGE 124 I 255 E. 5b/bb; BGer, 5A_640/2022 vom 28. März 2023, E. 3.3.2; vgl. demgegenüber BGE 149 I 343, in dem das Bundesgericht der Steuerrekurskommission der Gemeinde Aigle die Gerichtsqualität in einer Gesamtbetrachtung – zu Recht – absprach, obwohl deren Mitglieder vom kommunalen Parlament gewählt werden.

– *Aspekte der Organisation und des Verfahrens:* Unter (weiteren) organisatorischen Gesichtspunkten sind sodann die Fragen relevant, wie die Behörde zusammengesetzt ist[84] und ob das Gesetz Unvereinbarkeiten vorsieht. Zu fragen ist auch, ob die wesentlichen Organisations- und Verfahrensbestimmungen in einem Gesetz im formellen Sinn verankert sind[85] und inwiefern das Verfahren und die Entscheide der Behörde der Öffentlichkeit zugänglich sind (vgl. Art. 30 Abs. 3 BV). Hingegen muss ein Gericht nicht zwingend über volle Kognition in Sachverhalts- und Rechtsfragen verfügen (vgl. vorne II.C.2). Unter Berücksichtigung von Aspekten der Organisation und des Verfahrens ist das Bundesgericht zum Beispiel zum Schluss gekommen, dass die Rekurskommission der Zürcher Hochschulen kein Gericht im Sinne von Art. 30 BV ist.[86] Deren Organisation und Verfahren ergeben sich weitgehend (erst) aus einer vom Universitätsrat erlassenen Verordnung[87], die zudem explizit vorsieht, dass die Verhandlungen und Beratungen der Rekurskommission sowie die Eröffnung von Entscheiden nicht öffentlich sind (§ 19 Abs. 3 der Verordnung).[88]
– *Funktionelle Aspekte:* Die Kernfunktion von Gerichten ist die Rechtsprechung. In die Gesamtbetrachtung hat daher einzufliessen, ob die Behörde neben Rechtsprechungsfunktionen in erheblichem Ausmass oder sogar schwergewichtig andere (insb. Aufsichts-)Funktionen wahrnimmt.[89] Sodann gehört es zum Wesen von Gerichten, dass sie grundsätzlich nur auf äusseren Antrieb der rechtssuchenden Verfahrensparteien hin konkrete Streitfälle beurteilen können; Verwaltungsbehörden können demgegenüber auch proaktiv handeln und z.B. auch einzelne Geschäfte untergeordneter Einheiten zum Entscheid an sich ziehen.[90]
– Die *Bezeichnung* einer Behörde als *Gericht* kann ebenfalls ein Indiz für die Anwendbarkeit von Art. 30 BV sein. Es ist aber kein notwendiges Kriterium, wie die ver-

---

84 Vgl. z.B. BGE 142 I 172 E. 3.1; 149 I 343 E. 6.2.2.

85 Vgl. hierzu auch Schindler, Urteilsbesprechung, S. 220 f.; BGE 148 I 104 E. 4.2.

86 BGer, 2P.252/2003 vom 3. November 2003, E. 3.4.1 mit Hinweis auf BGer, 1P.4/1999 (nur teilweise publiziert in ZBl 2000, S. 665 ff.).

87 Verordnung vom 25. März 2024 über Organisation und Verfahren der Rekurskommission der Zürcher Hochschulen (LS 415.111.7).

88 Vor diesem Hintergrund wäre es grundsätzlich möglich, Vertreterinnen und Vertreter der Zürcher Hochschulen in die Rekurskommission zu wählen, um damit technischen Sachverstand zu erschliessen. Die Verordnung schliesst dies aktuell aber aus (§ 5 Abs. 1), sodass sich die Rekurskommission derzeit offenbar fast ausschliesslich aus Juristinnen und Juristen zusammensetzt (vgl. die Mitglieder auf ‹https://www.zh.ch/de/bildungsdirektion/hochschulamt/rekurskommission-der-zuercher-hochschulen.html› [besucht am 13. Oktober 2024]). Bei dieser Zusammensetzung drängt sich aber die Frage auf, weshalb man nicht gleich ein «durch Gesetz geschaffenes» Spezialverwaltungsgericht errichtet hat.

89 BGE 138 I 154 E. 2.7 [UBI]; 126 I 228 E. 2 c/bb; [Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte im Kanton Zürich]; 123 I 87 E. 4e; eingehend auch BVGer, A/816/2019 vom 9. April 2020, E. 5.5.5 f. betr. die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten; vgl. auch BGE 149 I 343 E. 6.1.1; BGer, 2C_110/2019 vom 9. Dezember 2019, E. 4.4.

90 Reich, VdS, II.3, N 23; Schindler/Schuler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 191*c* N 5.

schiedenen Beispiele zu den Rekurs- und Beschwerdekommissionen zeigen. Die Bezeichnung ist sodann allein auch kein *hinreichendes* Kriterium. So erfüllt z.B. der im Militärstrafprozess[91] vorgesehene Untersuchungs*richter* keine gerichtliche Funktion im Sinne von Art. 30 BV, sondern leitet lediglich die vorläufige Beweisaufnahme und die Voruntersuchung (Art. 4a Abs. 1 MStP). Und auch das Stadt*richter*amt der Stadt Zürich ist trotz seiner Bezeichnung kein Gericht im Sinne von Art. 30 BV.[92]

Ergibt sich bei einer solchen Auslegung *insgesamt*, dass der Verfassungs- oder Gesetzgeber ein Gericht schaffen wollte und/oder gegen aussen ein solcher *Anschein* erweckt wird,[93] können sich die Rechtsunterworfenen (unter dem Vorbehalt von Art. 190 BV[94]) wehren, wenn im Einzelfall nicht alle (Mindest-)Anforderungen gemäss Art. 30 BV eingehalten sind.[95] Es ist das äussere Erscheinungsbild *als Ganzes* zu betrachten,[96] wie es sich zwar in einer objektivierten Beurteilung, aber aus dem Blickwinkel der Verfahrensbeteiligten präsentiert.[97] Dass eine Behörde in Teilbereichen allenfalls das Bild der Unabhängigkeit zu vermitteln vermag, ist vor diesem Hintergrund ohne Belang.[98] Daher ist es etwa zu kritisieren, wenn das Bundesgericht die Zürcher Bezirksräte, die bei der Ausübung ihrer primären Verwaltungsaufgaben weisungsgebunden sind und auch Aufsichtsfunktionen übernehmen, nur in ihrer Rechtsprechungsfunktion im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht den Anforderungen von Art. 30 BV unterwerfen will.[99] Konsequenterweise müsste das Bundesgericht nach Bejahung der Anwendbarkeit von Art. 30 BV zum Schluss kommen, dass die Anforderungen nicht erfüllt sind, weil die darunter fallenden Behörden *als Ganzes* auch nur dem Anschein nach unabhängig und unparteiisch sein müssen.[100] Ähnliche Überlegungen liessen sich auch auf die einzelne Staatsanwältin bzw. den einzelnen Staatsanwalt

---

91 Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1).

92 Vgl. Schindler/Schuler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 191*c* N 2 m.w.H. Die missverständliche Bezeichnung war bereits bei der Errichtung der Vorgängerbehörde («Polizeirichteramt») zu Beginn des 20. Jahrhunderts Gegenstand von Diskussionen. Der Regierungsrat des Kantons Zürich, der die Schaffung eines Polizeirichteramts der Stadt Zürich zu genehmigen hatte, merkte im Genehmigungsbeschluss vom 15. Oktober 1908 an, dass es «wünschenswert gewesen [wäre], wenn für die neue Amtsstelle eine Bezeichnung gewählt worden wäre, durch welche der Charakter derselben als einer städtischen Verwaltungsbeamtung zum Ausdruck kommen würde» (StAZH MM 3.22 RRB 1908/1971).

93 Vgl. BGE 143 III 193 E. 5.3; EGMR, *Belilos v. Schweiz*, Plenum, 29. April 1988, Nr. 10328/83, § 67.

94 Mit Blick auf den Vorbehalt in Art. 190 BV ist zusätzlich relevant, ob eine Behörde auch die (völkerrechtlichen) Anforderungen von Art. 6 EMRK zu erfüllen hat.

95 Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 9.

96 Kiener, Urteilsbesprechung, S. 276.

97 Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 27 m.w.H.

98 Kiener, Urteilsbesprechung, S. 276.

99 BGE 139 III 98; vgl. auch BGer, 1C_263/2018 vom 4. Dezember 2018, E. 4.4; 1C_517/2017 vom 18. Dezember 2017, E. 4.1.

100 Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Komm. BV, Art. 30 N 9 m.w.H.

übertragen, die bzw. den das Bundesgericht[101] (nur) im Strafbefehlsverfahren an den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV messen will. Schon nur das Weisungsrecht innerhalb der hierarchisch organisierten Staatsanwaltschaft lässt sich kaum mit der richterlichen Unabhängigkeit vereinbaren. Zudem müsste man sich fragen, ob die Staatsanwaltschaft, die «durch ihre eigenen Untersuchungshandlungen korrumpiert»[102] ist, beim Erlass des Strafbefehls nicht die Regeln über die zulässige Vorbefassung verletzt, die im Geltungsbereich von Art. 30 BV strenger zu handhaben sind als nach Art. 29 Abs. 1 BV.

Wird die Anwendbarkeit von Art. 30 BV hingegen verneint, hat das betreffende Entscheidungsorgan nur (aber immerhin) den allgemeinen Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV zu genügen.[103] Teilweise sind die Anforderungen von Art. 29 und Art. 30 BV zwar weitgehend deckungsgleich, so z.B. beim Verbot des Richtens in eigener Sache *(«nemo iudex in re sua»)*.[104] Bei anderen Ausstandsgründen (insbesondere wegen unzulässiger Vorbefassung) gilt für verwaltungsinterne Verfahren aber nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV. Institutionelle Doppelrollen, welche die Gefahr von Interessenkollisionen bergen, können bei Verwaltungsbehörden und ihren Mitgliedern vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt sein.[105] Der diesbezügliche Standardtextbaustein des Bundesgerichts lautet, dass Art. 29 BV im Gegensatz zu Art. 30 BV von Verwaltungsbehörden nicht Unabhängigkeit und Unparteilichkeit als Organisationsmaxime, sondern lediglich Unbefangenheit verlange. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben erstinstanzliche Verwaltungsbehörden bzw. ihre Mitarbeitenden nicht – wie ein Gericht – völlig unabhängig und unparteilich zu entscheiden, sondern auch *öffentliche Interessen* zu berücksichtigen, was – im Gegensatz zu einem persönlichen Interesse am zu behandelnden Geschäft – unter Art. 29 BV grundsätzlich keinen Ausstandsgrund darstellt.[106] Ist Art. 30 BV nicht anwendbar, kommt sodann auch der Grundsatz der Justizöffentlichkeit nicht zum Tragen.[107]

Spezifische Konsequenzen der Qualifizierung einer Behörde als Gericht können sich auch aus dem kantonalen Recht ergeben. So erstreckt sich zum Beispiel das Anwaltsmonopol im Kanton Basel-Stadt aktuell auf alle Gerichte des Kantons, also etwa auch die als Gericht ausgestaltete Baurekurskommission (vgl. vorne II.C.3).[108] Sodann dürfen im Kanton

---

101 Vgl. statt vieler BGE 141 IV 178 E. 3.2.2; diese Rechtsprechung ablehnend Kiener/Cupa, S. 397 ff.

102 Thommen, S. 37.

103 Vgl. z.B. BGE 149 I 343 E. 7.2.1; BGer, 2C_37/2010 vom 14. Juni 2010, E. 3; 2P.102/2006 vom 20. Juni 2006, E. 3; 2P.19/2003 vom 29. Juli 2003, E. 4.2.

104 Steinmann/Schindler/Wyss, St. Galler Kommentar BV, Art. 29 N 48.

105 Vgl. etwa BGE 143 II 588 E. 3.2 m.w.H.

106 Vgl. z.B. BGE 125 I 119 E. 3f; BGer, 9C_773/2018 vom 3. April 2019, E. 2; 1C_198/2010 vom 11. November 2010, E. 2.2.2.

107 Vgl. z.B. BGer, 2C_980/2016 vom 7. März 2017, E. 2.1.2.

108 § 4 Abs. 1 des Advokaturgesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 15. Mai 2002 (SG 291.100); VGE VD.2022.207 vom 6. Februar 2023, E. 2.4.

Aargau gemäss § 2 Abs. 2 Satz 1 VRPG-AG nur der Regierungsrat sowie «Verwaltungsjustizbehörden» Erlasse des Kantons und des Bundes auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht überprüfen – *e contrario* aber nicht Verwaltungsbehörden, wozu etwa auch die Beschwerdekommission der FHNW gehört (vorne II.C.4.b).[109]

III. Fazit

Die soeben aufgezeigten (und andere) Unterschiede zwischen Gerichten und anderen Rechtsmittelinstanzen verdeutlichen, dass die hier diskutierte Frage nach dem sachlichen Anwendungsbereich von Art. 30 BV bzw. der Gerichtsqualität einer Behörde von grosser praktischer Bedeutung sein kann. Insbesondere im institutionellen Bereich, betreffend gesetzliche Grundlage und betreffend Öffentlichkeit stellt Art. 30 BV andere – *strengere* – Anforderungen an Behörden als Art. 29 BV. Es wäre daher zu begrüssen, wenn sich das Bundesgericht wie auch andere Behörden in ihren Entscheiden ausführlicher und nach einer überzeugenden Methode mit dem Anwendungsbereich von Art. 30 BV befassen würden.[110] Die Beispiele haben aber gezeigt, dass die Zuordnung von zwischengeschalteten Rekurs- oder Beschwerdekommissionen zu Justiz oder Verwaltung aufgrund der Aussagen in den Materialien und der konkreten rechtlichen Ausgestaltung nicht immer leicht fällt. Verfassungs- und Gesetzgeber sollten sich künftig stärker bewusst machen, welches Rechtsschutzmodell ihnen als Idealtypus vorschwebt und dieses anschliessend konsequent umsetzen. Ist es das Ziel, eine gerichtliche «double instance» zu schaffen und ein zusätzliches Gericht einzusetzen, das nach Massgabe der verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen auf einem Gesetz beruht, institutionell wie personell unabhängig ist und seine Rechtsprechung auch der Öffentlichkeit zugänglich macht?[111] Oder aber soll der gerichtliche Rechtsschutz durch eine bewusst anders ausgerichtete Rechtsmittelinstanz ergänzt werden mit der Schaffung einer massgeschneiderten Behörde, die eine Partizipation von involvierten Kreisen bzw. Personen mit verwaltungsinternen Erfahrungswissen und auch Formen der diskreten und informellen Konfliktbewältigung erlaubt – und daher ganz bewusst *nicht* als Gericht ausgestaltet wird?

---

109 Dazu allgemein auch Waldmann, S. 19.

110 Vgl. jüngst immerhin ausführlich BGE 149 I 343. Demgegenüber stehen andere Entscheide, in denen die Gerichtsqualität nicht thematisiert wird, obwohl es dazu Anlass gäbe (vgl. z.B. BGer, 2D_24/2021 vom 5. November 2021 und dazu Schindler, Urteilsbesprechung; vgl. auch BGE 149 I 2 E. 3.3.4 [UBI]).

111 Eine solche Absicht sollten Verfassungs- und Gesetzgeber bereits mit der Bezeichnung der Behörde als Gericht klarstellen.

IV. Literaturverzeichnis

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017

Binder Anja Martina, Expertenwissen und Verfahrensgarantien, Dargestellt an den verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Bundesebene, Diss., Zürich 2016

Bohnet François, Kommentar zu Art. 30 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021

Burckhardt Walther, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. Bearbeiter/in, St. Galler Komm. BV, Art. ... N ...)

Eichenberger Kurt, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Habil., Bern 1960 (zit. Eichenberger, Richterliche Unabhängigkeit)

Eichenberger Kurt, Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz, in: Mosler Hermann (Hrsg.), Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Köln etc. 1970 (zit. Eichenberger, Rechtsschutz)

Gfeller Katja, Die Justizfunktion der Zürcher Bezirksräte, Einordnung in das System der Verwaltungsrechtspflege, Diss., Zürich 2021

Grabenwarter Christoph, European Convention on Human Rights, Commentary, München etc. 2014

Karlen Peter/Hänni Julia, Kommentar zu Art. 30 BV, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017

Kiener Regina, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil., Bern 2001 (zit. Kiener, Richterliche Unabhängigkeit)

Kiener Regina, Bemerkungen zu BGer 5C_2/2012 (= BGE 139 III 98), ZBl, 2013, S. 265 ff. (zit. Kiener, Urteilsbesprechung)

Kiener Regina, Kommentar zu Art. 47 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. Kiener, Art. 47 VwVG)

Kiener Regina/Cupa Basil, Hybrider Status – relative Unabhängigkeit? Zur institutionellen Stellung der Staatsanwaltschaft, in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich etc. 2012, S. 395 ff.

Mächler August, Individualrechtsschutz bei interkantonaler Aufgabenerfüllung, in: Zäch Roger et al. (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 453 ff.

Reich Johannes, Kommentar zu Art. 30 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. Reich, BSK BV, Art. 30 N …)

Reich Johannes, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.) Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, S. 333 ff. (zit. Reich, VdS, II.3)

Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl., Basel 2021

Schindler Benjamin, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss., Zürich 2002 (zit. Schindler, Befangenheit)

Schindler Benjamin, Bemerkungen zu BGer 2D_24/2021, ZBl, 2023, S. 213 ff. (zit. Schindler, Urteilsbesprechung)

Schindler Benjamin/Louis Patrik, Erstinstanzlicher Rechtsschutz gegen universitäre Prüfungsentscheidungen, ZBl, 2011, S. 510 ff.

Thommen Marc, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Habil., Bern 2013

Tophinke Esther, Kommentar zu Art. 86 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. Tophinke, BSK BGG, Art. 86 N ...)

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich 2020

Waldmann Bernhard, Grundsätze und Maximen in der Verwaltungsrechtspflege, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 1 ff.

V. Materialienverzeichnis

Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 (zit. Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege)

Botschaft vom 27. Februar 2002 zu einer Teilrevision des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz), BBl 2002 3465 (zit. Botschaft ETH-Gesetz 2002)

Botschaft vom 8. Juni 2011 betreffend Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW); Leistungsauftrag 2012–2014; Genehmigung; Globalkredit; Staatsvertrag; Änderung, 11.206, abrufbar unter: ‹https://www.ag.ch/grossrat/grweb/de/195/Detail%20Geschäft?ProzId=966937› (zit. Botschaft Staatsvertrag FHNW 2011)

Botschaft vom 27. November 2019 zur Änderung des ETH-Gesetzes, BBl 2020 715 (zit. Botschaft ETH-Gesetz 2019)

Detailerläuterungen vom 27. Oktober/9. November 2004 zum Staatsvertrag über die Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW, abrufbar unter: https://www.ag.ch/grossrat/grweb/de/195/Detail%20Gesch%C3%A4ft?ProzId=961133 (zit. Detailerläuterungen Staatsvertrag FHNW)

Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 4. April 2000 betreffend Gesetz betreffend die Baurekurskommission (BRKG); Staatsarchiv-Signatur: STA DS BS 9 8986, abrufbar unter: https://dls.staatsarchiv.bs.ch/records/1388877 (zit. Ratschlag BRKG)



ISBN 978-3-03891-783-0