

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter, A. Glaser,
A. Griffel, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley, R. Matteotti,
D. Moeckli, M. Oesch, J. Reich, M. Simonek und F. Uhlmann

Silvio Forster

**Die gewaltenteilig motivierte
Kognitionspraxis des
Bundesgerichts**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX
Materialien und amtliche Publikationen	XXV
Teil I: Einleitung	1
I. Forschungsthese und Zielsetzung.....	3
II. Methodik und Forschungsgegenstand	3
III. Vorgehensweise	5
Teil II: Grundlagen und Begriffe	9
Kapitel 1: Gesetzliche Grundlagen	11
Kapitel 2: Kognition	11
I. Beschreibungen und Arten von Kognition	11
II. Zweck	13
III. Element der Durchsetzbarkeit	14
IV. Reduktion	16
Kapitel 3: Bundesrecht.....	17
I. Umfang.....	17
II. Rechtsverletzung.....	17
III. Reduktion durch Auslegung.....	18
IV. Zuteilung von Letztentscheidungsbefugnissen durch den Gesetzgeber	19
1. Rechtslage ab 1893.....	19
2. Rechtslage ab 1914.....	21
3. Rechtslage ab 1928.....	24
3.1 Verwaltungsinterne Rechtsprechung	24
3.2 Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	24

a	Enumerationsmethode	25
b	Generalklausel	28
c	Beweggründe	28
d	Abgrenzung zu Entscheiden von letzten kantonalen Instanzen	30
e	Konklusion	31
4.	Rechtslage ab 1968.....	32
4.1	Verwaltungsinterne Beschwerde an die Aufsichtsbehörde.....	32
a	Übersicht	32
b	«Ohne-Not-Praxis».....	33
4.2	Eidgenössische Rekurskommissionen	35
a	Entwicklung.....	35
b	Einordnung in die funktionelle Gewaltenteilung	36
c	Einordnung zum Verständnis der funktionellen Gewaltenteilung des Bundesgerichts und der Verfassung.....	37
d	Rechtslage ab 1992.....	39
e	Bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	43
f	Konklusion	44
4.3	Verwaltungsgerichtsbarkeit: Generalklausel	44
a	Entwicklung.....	44
b	Beweggründe der Revision.....	45
c	Anfechtungsobjekt.....	46
d	Kognition des Bundesgerichts	50
e	Verhältnis Anfechtungsobjekt – Kognition	51
f	Abgrenzung zu Entscheiden von letzten kantonalen Instanzen	52
g	Rechtslage nach 1992	52
h	Konklusion	55
5.	Geltende Rechtslage	57
5.1	Verfassungsrevision	57
a	Übersicht	57
b	Funktion des Bundesgerichts.....	58
c	Kognition.....	59
d	Konklusion	60
5.2	Bundesverwaltungsgericht	61
a	Übersicht	61
b	Begründung	61
c	Verfassungsgemässe Auslegung.....	63
d	Konklusion	64
5.3	Bundesgericht.....	65
a	Übersicht	65

b	Revisionszweck	65
c	Anfechtungsobjekt.....	66
d	Kognition.....	68
e	Evaluation und Folgen.....	70
f	Konklusion	71
6.	Konklusion	72
Kapitel 4: Gewaltenteilung		75
I.	Zweck.....	75
II.	Ausprägungen	75
1.	Funktionelle Gewaltenteilung	75
2.	Personelle, horizontale und vertikale Gewaltenteilung	77
III.	Kognitionsspezifisches Verständnis des Gesetzgebers.....	78
1.	Rechtsslage ab 1914.....	79
2.	Rechtsslage ab 1928.....	79
2.1	Überblick.....	79
2.2	Eignung und Prozessökonomie	81
2.3	Historischer Erklärungsansatz	83
2.4	Konklusion	84
3.	Rechtsslage ab 1968.....	84
3.1	Grundsätzliches Verständnis	84
a	Aufgaben der Verwaltungsgerichtsbarkeit	84
b	Aufgaben der Verwaltung	86
c	Verhältnis zum Anfechtungsobjekt	87
d	Verhältnis zur Kognition	89
3.2	Verständnis bei Ermessenskognition.....	92
4.	Geltende Rechtsslage.....	95
IV.	Kognitionsspezifisches Verständnis der Lehre.....	96
1.	Aufgabe der Verwaltung	96
2.	Aufgabe des Bundesgerichts	97
3.	Einordnung.....	98
V.	Konklusion.....	100
Teil III: Lösungsansätze in der Lehre		105
Kapitel 1: Tatbestandsermessen.....		107
I.	Übersicht	107

II.	Konklusion	108
Kapitel 2: Kombiniertes Lösungsansatz.....		111
I.	Überblick.....	111
II.	Abgrenzung Rechtsfragen – Ermessen.....	112
	1. Theorie der einzig richtigen Entscheidung.....	112
	2. Gesetzssystematik.....	113
	2.1 Übersicht	113
	2.2 Kritik	115
III.	Qualifizierte Ermessensfehler	116
	1. Übersicht	116
	2. Kritik	118
	3. Kognition des Bundesgerichts.....	119
IV.	Prüfungsdichte.....	120
	1. Übersicht	120
	1.1 Abgrenzung der zugrunde liegenden Problemkreise	121
	a Kognition.....	121
	b Grundrechtliche Problematik und iura novit curia.....	122
	c Gemischte Ansätze	123
	d Fallkategorien	123
	1.2 Funktionelle Gewaltenteilung.....	124
	1.3 Grenze der Letztentscheidungsbefugnisse.....	125
	1.4 Konkrete Ausgestaltung	128
	2. Kritik	130
	2.1 Lehre	130
	a Mangelnde Differenzierung.....	130
	b Fehlende gesetzliche Grundlage	133
	c Iura novit curia und grundrechtliche Bedenken.....	134
	d Fehlende föderalistische Überlegungen.....	135
	2.2 Weiterführende Kritik	135
	a Fallkategorien.....	135
	b Statische Grenze der Letztentscheidungsbefugnisse.....	138
	c Historisches Verständnis	139
	2.3 Konklusion	141
Kapitel 3: Einheitlicher Ermessensbegriff		142
I.	Lösung RHINOW	142
	1. Übersicht	142

1.1 Funktionelle Gewaltenteilung.....	142
1.2 Grenze der Letztentscheidungsbefugnisse.....	144
1.3 Konkrete Ausgestaltung	145
2. Kritik	145
2.1 Mangelnde Differenzierung.....	145
2.2 Gesetzliche Grundlage und Fallkategorien.....	146
2.3 Einheitliche Vorgehensweise	147
II. Lösung SCHINDLER	148
1. Übersicht	148
1.1 Einordnung zu RHINOW	148
1.2 Gewaltenteilung.....	149
1.3 Grenze der Letztentscheidungsbefugnisse.....	150
1.4 Prüfungsdichte.....	150
1.5 Einordnung in die Lehre.....	151
2. Kritik	151
2.1 Gesetzliche Grundlage.....	151
2.2 Mangelnde Differenzierung und einheitliche Vorgehensweise	153
2.3 Prüfungsdichte.....	153
2.4 Ermessenstypen.....	154
2.5 Verhältnis Anfechtungsobjekt – Kognition	155
2.6 Begriff des Tatbestandsermessens.....	155

Kapitel 4: Konklusion 156

Teil IV: Rechtsprechung des Bundesgerichts 161

Kapitel 1: Methodische Einschränkungen 163

Kapitel 2: Technisches Ermessen 165

I. Historische Einordnung.....	165
II. Begründung der Zurückhaltung.....	166
1. Tatbestandsermessens	166
2. Funktionelle Gewaltenteilung	166
3. Iura novit curia	167
III. Grenze der Letztentscheidungsbefugnisse.....	168
1. Technische Fragen.....	168
2. Betroffene Rechtsgebiete	169
3. Betroffene Rechtsfragen.....	170

IV. Konkrete Ausgestaltung	171
Kapitel 3: Örtliche Verhältnisse.....	174
I. Einordnung zur funktionellen Gewaltenteilung	174
II. Einordnung zur föderalistischen Problematik	175
Kapitel 4: Fachkenntnisse.....	177
I. Einordnung zur funktionellen Gewaltenteilung	177
II. Einordnung zur Stellung im Instanzenzug.....	178
Kapitel 5: Konklusion	179
Teil V: Schlussbetrachtung.....	183