

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

Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener



DIKE 

Arthur Brunner
Anja Martina Josuran-Binder
Patrice Martin Zumsteg
(Hrsg.)

Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener



© Valérie Chételat

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

Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener

Open-Access-Gold

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

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

info@dikey.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.



Der Mensch im Zentrum

Regina Kieners Wirken als Professorin, Mentorin, Autorin und Fürsprecherin des Rechtsstaats sowie der Grundrechte prägte und prägt die Rechtswissenschaft ebenso wie die Praxis. Gleichzeitig ist für alle, welche Regina Kiener begegnen dürfen, jeweils schnell klar, dass es ihr nicht um die Rechtsordnung als Selbstzweck geht, sondern immer um den Menschen.

Es überrascht deshalb nicht, dass im vorliegenden Band zahlreiche Beiträge von frühen wie auch jüngeren Weggefährtinnen und Wegfahrten zusammenkommen. Dafür danken wir der gesamten Autorschaft herzlich.

Die Beiträge zeigen nicht nur die beeindruckende Spannbreite des Schaffens von Regina Kiener. Sie machen auch klar, dass sich die Orientierung des Rechts am Menschen in all diesen Bereichen zeigt – ja, zeigen muss. Das gilt nicht nur für die Grundrechte, sondern gerade auch für das Justizverfassungs- oder das Verfahrensrecht. In diesem Sinne verstehen wir den vorliegenden Band sowohl als Würdigung der Jubilarin wie auch als Bestätigung ihrer Sicht auf das Recht.

Das Erscheinen dieser Festschrift verdanken wir der grosszügigen finanziellen Unterstützung der ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Hochschulbibliothek, und der Schweizerischen Richterakademie.

Ebenso zu danken haben wir dem Dike Verlag, namentlich Frau Elisabeth Tribaldos und Herrn David Colombo, für die stets angenehme Zusammenarbeit. Bei den dabei zu beachtenden Formalien und Formatierungen konnten wir uns auf die tatkräftige Unterstützung von Ilea Melliger, ZHAW, und Andrea Selle, ehemaliger Assistent am Lehrstuhl von Regina Kiener, jederzeit verlassen.

Schliesslich möchten wir nochmals die Jubilarin hervorheben: Liebe Regina, für Deinen langjährigen Einsatz in Deiner beharrlichen und gleichzeitig immer warmen Art danken wir – und die vielen Menschen, deren Leben du berührt hast – von Herzen.

*Arthur Brunner
Anja Martina Josuran-Binder
Patrice Martin Zumsteg*

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 «mensen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen
der Schweiz» strikt Vorrang vor Bundesgesetzen? 97

Axel Tschentscher

Grundrechte für Unternehmen 113

Martin Dumermuth

Grundrechtskollisionen auf Social Media 129

<i>Anja Martina Josuran-Binder/Gabriela Medici/Veronika Moser</i> Aufenthaltsrecht von ausländischen Opfern häuslicher Gewalt	163
<i>Marc Thommen/Jana Hesske/Silvan Keller</i> Tödliche Polizeigewalt	179
<i>Ruth Herzog/Christoph Bürki</i> «Zugang zur Justiz»: Wünsche <i>aus</i> der Justiz	205

Demokratie durch Recht

<i>Monique Jametti</i> Die Jubilarin und die Venedig-Kommission	235
<i>Walter Kälin</i> Die Venedig-Kommission und ihr Beitrag zum Referendum und Sprachenrecht im Verfassungsraum Europa	249
<i>Daniel Moeckli</i> Die Venedig-Kommission und Referenden	261
<i>Arthur Brunner</i> Das St. Galler Veto	275
<i>Tobias Jaag</i> Verknüpfung von Verfassungs- und Gesetzesrevisionen	297
<i>Moritz von Wyss</i> Ein Verbot, das für Freiheit steht	309

Gerichte und Richterinnen

<i>Anja Seibert-Fohr</i> Richterliche Unabhängigkeit als Grundlage der europäischen Menschenrechtsordnung	323
<i>Marianne Ryter</i> Die unabhängige Richterin im Spannungsfeld von Spruchkörperbildung und Richterwahlen	343
<i>Thomas Müller-Graf</i> Der gute Richter, die gute Richterin	357

<i>Andreas Lienhard/Daniel Kettiger</i> 20 Jahre Justizforschung in der Schweiz	373
<i>Benjamin Schindler/Damian Wyss</i> Wann ist ein Gericht ein Gericht?	395
<i>Catherine Reiter</i> The Kosovo Specialist Chambers' Independence	417
Verfahrensrecht	
<i>Isabelle Häner</i> «Die Wiedererwägung bleibt vorbehalten»	431
<i>Pierre Tschannen</i> Nichtige Verfügungen: Untote im öffentlichen Recht	447
<i>Andreas Donatsch/Mirko Roš</i> Zur Respektierung des Beschleunigungsgebots	461
<i>Lorena Bur/Markus Müller</i> Die Verfahrensakte als Objekt der Akteneinsicht	473
<i>Alain Griffel</i> Die Auswirkungen des BGG auf das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht	497
<i>Stefanie Bauer-Sigrist/Patrice Martin Zumsteg</i> Parallele gerichtliche Zuständigkeiten	511
<i>Thomas Stadelmann</i> Die Rechtsprechung des EGMR und ihre Umsetzung durch das Schweizerische Bundesgericht	523
<i>Bernhard Rütsche</i> Individueller und kollektiver Rechtsschutz im Kampf gegen den Klimawandel	545
<i>Thomas Gächter</i> Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei dringlichen behördlichen Massnahmen	557

Würdigungen zur Emeritierung

Ein Freundesgruss zur Emeritierung von Regina Kiener

*Jörg Paul Müller**

Liebe Regina,

ich weiss nicht, ob ich der Richtige bin, Dich angemessen zu würdigen. Sicher aber bewegt mich Dein Schritt zur Emeritierung; Du wagst es mutig, nun aus institutioneller Einbindung hinaus in eine neue Freiheit zu treten. Ich habe keine Zweifel, dass Du mit Deiner Kraft zur Intuition und Deiner schöpferischen Lebensenergie uns auch künftig noch viel Anregung und Klärung für Wissenschaft und Rechtspraxis, ja für unsere ganze Gesellschaft geben wirst. Wir brauchen Dich.

Ich durfte Dich in verschiedenen universitären Phasen als Studentin, dann als Habilitandin und schliesslich als meine Nachfolgerin in Bern begleiten, als Lehrer, Freund und Kollege. Du bist für mich Vorbild einer Wissenschaftlerin, die mit Sorgfalt und Innovationsfreude, sprachlicher Treffsicherheit und didaktischer Klarheit ein grosses Opus von Monografien, Lehrbüchern, Kommentierungen und Referaten geschaffen hat. Dein Werk ist ohne jedes Pathos von einer wissenschaftlichen und humanen Tiefe getragen, die in der gegenwärtigen rechtswissenschaftlichen Literatur hervorsticht.

Exemplarisch sei Dein Beitrag im Werk «Verfassungsrecht der Schweiz» erwähnt, wo Du auf etwas über 20 Seiten einen magistralen Überblick über Entwicklung und Stand der Grundrechtslehre und -praxis in der Schweiz vorlegst. Logisch im Aufbau, mit transparentem und verständlichem Stil, mit Konzentration und gekonnter sprachlicher Erfassung des Wesentlichen geschrieben, ist der Beitrag Vorbild juristischer Arbeit.

Von ähnlicher Ausstrahlung ist Dein Wirken in der Lehre. Deine Vorlesungen waren geprägt von Klarheit in Inhalt und Struktur; die lebendige Verbindung von dogmatischer Kompetenz und ständigem Bezug auf die Praxis begeisterte die Studierenden und sprach nicht nur den Kopf, sondern auch den ganzen Menschen der Zuhörenden an; das Echo Deiner Studierenden – auch an dieser Feier – sind lebendiges Zeugnis dafür. Der Dank auch für dieses enorme intellektuelle und emotionale Engagement wird Dich noch sehr lange begleiten.

Kernanliegen Deines wissenschaftlichen Arbeitens sind die Menschenrechte, ihr Gehalt, aber ebenso die Frage ihrer praktischen Verwirklichung. Jeder Mensch hat einen Anspruch darauf, nicht nur Rechte zu haben, wie es Hannah Arendt formuliert hat, sondern auch ein

* Prof. em. Dr. iur. Bei dem Text handelt es sich um eine leicht redigierte Fassung der Rede, die der Autor am 14. September 2023 zur Emeritierung von Regina Kiener gehalten hat.

elementares Recht auf wirksamen Schutz dieser Rechte, wie Du Hannah Arendt weiterführst.¹ Das materielle Recht liegt Dir darum gleichermassen am Herzen wie das Prozessrecht. Dein Buch über Öffentliches Verfahrensrecht zeugt davon; vielleicht noch tiefer geht das Referat am Juristentag von 2019, in dem Du das Recht auf Rechtsschutz auch als Ausdruck der Würde jedes Menschen darstellst. Das völlig Neue an Deiner Darstellung scheint mir, dass Du nicht nur vom Recht, Rechte zu haben, ausgehst, sondern auch auf dem Recht, Rechte durchzusetzen, beharrst und auf dieser Basis im Grunde alle prozessualen Einengungen dieses Elementarrechts als Einschränkungen verstehst, die besonderer Begründung bedürfen. In diesem menschenrechtlichen Sinn hat meines Wissens noch niemand das Prozessrecht rekonstruiert. Du bleibst dabei nicht bei abstrakten Postulaten stehen, sondern zeigst Wege auf, den Rechtsschutz ganz besonders für sozial, physisch oder psychisch schwache Menschen zu verbessern – über das sog. prozessuale Armenrecht hinaus. Du bist aber auch praktisch den in ihrem Rechtsschutz Beschnittenen beigestanden. In der Stadt Bern hast Du mitgearbeitet im zukunftsweisenden Projekt der Berner Beratungsstelle für Papierlose.

Für einen wirksamen Rechtsschutz sind integre Gerichte notwendig, und mit Deinem Einsatz für die Unabhängigkeit der Justiz hast Du einen Kern des Rechtsstaats in der Schweiz und in Europa zu zeitgemässer Geltung gebracht. Du hast Dir damit nicht nur einen führenden Namen als Wissenschaftlerin und Expertin gemacht. Du hast die Praxis und ihre Gestalter für die elementaren Anliegen des Verfassungsstaates und ganz besonders für die Integrität der Justiz sensibilisiert und mitgeformt. Herzlichen Dank, liebe Regina, auch dafür.

Nach Deiner Habilitation hattest Du, Regina, zu wählen zwischen einem Lehrstuhl in Basel und einem in Bern. Du hast – völlig zu Recht – Bern den Vorzug gegeben. Aber die Zürcher hatten später die Kühnheit, Dich uns zu «rauben»; und nun sage ich etwas Gewagtes: sie, die Zürcher, haben aber sozusagen nur den Kopf, nicht aber das Herz gewonnen, wie auch der Ort des heutigen Festtags zeigt: es ist Bern, nicht Zürich. Oder ist das zu kurz gedacht? Die liebste Heimat im Beruflichen ist für Dich, Regina, vielleicht weder Bern noch Zürich, sondern Venedig geworden. Dort wirkst Du offensichtlich mit Leidenschaft und Überzeugung, und entsprechend habe ich kürzlich von einem deutschen Mitglied der Venedig-Kommission an einer Fachtagung ein schönes Lob über Dich gehört, Du seiest eigentlich opinion leader im Organ des Europarats geworden. Ich bewundere Dich, Regina, als Kollegin, wie Du von den Anfängen und nach späterem intensivem Wirken im Verwaltungs- und Parlamentsrecht der Schweiz nun auch die Weite des internationalen, ganz besonders des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsvergleichung in Dein professionelles Arbeiten eingeschlossen hast. Ich vermute, dass Dein Einsatz in der Venedig Kommission viel zum Erfolg dieses Organs des Europarats beigetragen hat, etwa in den Bemühungen zum Schutz

¹ Zu Hannah Arendt: DEGOOYER STEPHANIE/HUNT ALASTAIR/MAXWELL LIDA/MOYN SAMUEL, Vom Recht, Rechte zu haben, Hamburger Edition, Hamburg 2018.

oder zur Ausweitung rechtsstaatlicher Institutionen in Ländern Osteuropas und des europäischen Südens. Wir sind auch darum stolz auf Dich, liebe Regina.

Aber auch jenseits aller Institutionen haben wir Dich, Regina, als Menschen mit klarem Blick für das Gegebene und einer grossen Zuwendung zu allem Menschlichen erfahren. Du bist auch komplexen menschlichen Situationen mit Verständnis und sachlicher Lösungsbereitschaft begegnet. Dein Umgang mit Studierenden, Assistierenden und Kollegen war immer von Empathie und Freundlichkeit getragen; abschätzige Urteile über andere sind Dir fremd. Der Dünkel, der so viele erfolgreiche Universitätsprofessor-Innen befällt, hat Dich nie ergriffen. Darum war uns immer wohl mit Dir in allen universitären, kollegialen und freundschaftlichen Beziehungen. Wir danken Dir für Dein Wohlwollen uns allen gegenüber.

Laudatio

Ruth Arnet*

Liebe Regina

Liebe Kolleginnen und Kollegen

Ich unternehme also – im Reigen der Rednerinnen und Redner dieses Anlasses¹ – den Versuch, von Regina als Fakultätskollegin zu berichten, und ich bitte dich, liebe Regina, und Sie, liebe Kolleginnen und Kollegen, um Verständnis dafür, dass dies auf höchst subjektive Art und Weise geschieht.

Kennengelernt habe ich Regina, schon lange bevor sie und ich an der Zürcher Fakultät tätig waren, bei einem sehr traurigen Anlass, nämlich an der Beerdigung unseres gemeinsamen guten Freundes Hans Reinhard, der viel zu früh verstorben ist. Da waren wir beide Mitte dreissig, Regina stand mitten in ihrem Habilitationsprojekt und lebte in Freiburg im Breisgau.

Beruflich näher gekommen sind Regina und ich uns in unserer gemeinsamen Zeit an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Dort war sie mir in meinen universitären Anfängen ein Fels in der Brandung: Sie stand mir als erfahrene Kollegin mit Rat und Tat zur Seite und hat mich vor manchem Tritt ins Fettnäpfchen bewahrt; dafür bin ich dir, liebe Regina, noch immer sehr zu Dank verpflichtet. Und natürlich habe ich dich, liebe Regina, während unserer zwölf gemeinsamen Zürcher Jahre auch in deiner Tätigkeit an der Fakultät «live» erlebt: In einem gemeinsamen Seminar, immer wieder in persönlichen Gesprächen über die Wissenschaft, über Gott und die (universitäre) Welt, aber natürlich auch in den fakultären Gremien. Und sehr häufig hatte ich – auch noch in deiner allerletzten Sitzung im Frühjahrssemester 2023 – das Vergnügen, dich in unseren Fakultätsversammlungen als Tischnachbarin auch physisch ganz in meiner Nähe zu haben.

Ich würde mich in meiner kleinen Hommage an Regina gerne an den drei folgenden Stichworten orientieren: *Welt – Gemeinwohl – Mensch*.

Allerdings, so stelle ich fest, ist schon der Begriff «Hommage» hier ganz grundsätzlich falsch gewählt. Richtiger wäre es wohl, von einer «*Femmage*» zu sprechen. Ja, vielleicht ist dieser Begriff im vorliegenden Kontext gar nicht so verkehrt: Die Künstlerinnen Miriam Schapiro and Melissa Meyer haben in den 1970er-Jahren eine «*Femmage*» wie folgt de-

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin und Aargauische Notarin, Ordinaria für Privatrecht mit Schwerpunkt Sachenrecht an der Universität Zürich.

¹ Kurzansprache anlässlich eines Apéro Riche zur Verabschiedung von *Regina Kiener* am 14. September 2023.

finiert: *An activity «practiced by women using traditional women's techniques to achieve their art»*.² Die beiden Künstlerinnen haben dabei an Nähen, Stricken, Sticken und Quilten gedacht; diese Kompetenzen führt Regina ja – wie einige von Ihnen wissen – durchaus auch im reichen Repertoire ihrer Fähigkeiten. Aber ich meine hier, im Kontext dieses Anlasses, mit dem Begriff natürlich etwas anderes, nämlich das fakultäre Engagement, das du, liebe Regina, auch im steten Bewusstsein deiner Sozialisierung als Frau und deiner weiblichen Erfahrungswelt gestaltet hast. Insofern lässt sich das Wirken von Regina an unserer Fakultät eigentlich sehr treffend als kunstvolle universitäre «Femmage» bezeichnen.

Aber zurück zu den Eckpfeilern dieser «Femmage»: zu den Stichworten *Welt – Gemeinwohl – Mensch*.

Regina ist in vielen Teilen der *Welt* zuhause: Sie ist – trotz fester Verankerung in der Schweiz und der schweizerischen Rechtsordnung – in der Fakultät immer als sehr international ausgerichtete Kollegin aufgefallen. Ich erinnere an ihre Gastprofessuren an der Hebrew University in Jerusalem und ihre vielen Forschungsaufenthalte in Deutschland, in den USA, in Vancouver und Oxford. Aber ihr grösstes Engagement im internationalen Kontext leistete und leistet sie noch immer als Mitglied bzw. Stellvertretende Präsidentin der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht des Europarates, der «Venedig-Kommission». Dieses Mandat ist für dich – das erlebe ich, wenn immer du mir davon berichtest – Berufung und Mission, eine anspruchsvolle Aufgabe, die zwar Kraft kostet. Aber aus diesen Kontakten und Diskussionen schöpfst du auch unendlich viel Inspiration, Energie und Freude. Es ist sehr schön, dir dabei zuzusehen.

Regina ist eine Kollegin, die ihr Denken und Handeln konsequent am *Gemeinwohl* ausrichtet. Das hat sich in der Fakultät darin gezeigt, dass du deine Aufgaben als Lehrstuhlinhaberin und Fakultätsmitglied immer als Dienst an der Gemeinschaft verstanden und persönliche Präferenzen zugunsten der Interessen der Fakultät und der wissenschaftlichen Gemeinschaft zurückgestellt hast – und entsprechend betroffen warst, wenn anderen dieser Blick für das grosse Ganze gelegentlich fehlte. Diese Ausrichtung am Gemeinwohl zeigte sich aber auch darin, dass du dich nicht nur im universitären Kerngeschäft engagiert hast, sondern auch in vielen ausseruniversitären Aufgaben: als Dozentin an verschiedenen Instituten, als Mitglied der Zulassungskommission für den «Concours Diplomatique» oder als Vizepräsidentin des Justizgerichts des Kantons Aargau.

Letzter Grund deines Denkens und Handelns aber ist der *Mensch*: Für dich steht der Mensch im Zentrum nicht nur deines wissenschaftlichen Strebens, sondern auch deiner persönlichen Lebenswelt und entsprechend auch deiner fakultären Tätigkeit. Du bist, liebe Regina – das sind deine eigenen Worte – auch als Fakultätskollegin ein «*animal social*». Du suchst die Menschen, du suchst den Austausch, das Gespräch, die Diskussion und immer auch den

² MELISSA MEYER/MIRIAM SCHAPIRO, Waste Not, Want Not: An Inquiry into What Women Saved and Assembled – Femmage, S. 67, publiziert bei artcritical, the online magazine of art and ideas, <<https://artcritical.com/2015/06/24/femmage-by-miriam-schapiro-and-melissa-meyer/>>, besucht am 30.4.2024.

Ausgleich. Aber du scheust dich auch nicht davor, wo nötig deinen – gelegentlich auch sehr kritischen – Standpunkt in aller Deutlichkeit zu formulieren. Und du bist gehört worden: Du geniesst in unserer Fakultät aufgrund deiner hervorragenden Kompetenzen, deiner Verbindlichkeit und Unabhängigkeit höchstes Ansehen.

Dass du, liebe Regina, vor der Zeit die Emeritierung gewählt hast, hat bei uns, deinen Fakultätskolleginnen und -kollegen, grosses Bedauern ausgelöst. Doch dieser Schritt passt zu dir: Eine intensive Auseinandersetzung mit dem, was ist und was sein wird, der Mut, hinzusehen, dich auch mit der Endlichkeit unseres Lebens zu befassen und klare Entscheidungen zu treffen – auch das gehört zu dir. Wir beide haben viel darüber diskutiert, welche Prioritäten wir im Leben jetzt und in Zukunft setzen wollen, und du bist mutig zur Tat geschritten.

Liebe Regina, im Moment realisieren wir in unserer Fakultät deine Abwesenheit noch nicht so sehr, wir freuen uns einfach, diesen wunderschönen Abend mit dir zu verbringen. Aber spätestens in der nächsten Fakultätsversammlung werde ich mit Wehmut an dich denken, und du wirst mir und vielen anderen Fakultätskolleginnen und -kollegen sehr fehlen. Ich wünsche mir, dass du uns in vielen Kontakten als Mensch und Kollegin «erhalten» bleibst, denn es gibt immer viel Wichtiges zu besprechen: Natürlich in erster Linie rechtliche und gesellschaftliche Themen, zentrale Lebensfragen und gelegentlich auch einmal eine potentielle Neuanschaffung für den Kleiderschrank...

Danke, liebe Regina, für alles: für deine Kollegialität, deine Loyalität, deine Integrität, die Leidenschaft in deinem Wirken, deine Tiefgründigkeit und deine Offenheit und – ja – für deine Freundschaft.

Ich wünsche dir von Herzen das Allerbeste!

Bern, 14. September 2023

Ruth Arnet

Auf der obersten Stufe

Giovanni Biaggini*

Liebe Regina, als dienstältestes aktives Mitglied der Fachgruppe wurde ich gebeten, ein paar Worte aus Anlass Deiner Verabschiedung zu sagen. Da mir die Rolle des Abschiedsredners nicht sonderlich liegt, beginne ich nicht beim Ende der Ära «Kiener» – der Verabschiedung –, sondern beim Anfang. Die Ära «Kiener» begann im Frühjahrssemester 2009, als Du den im Rahmen von «Bologna II» neu geschaffenen Lehrstuhl für «Öffentliches Recht» übernahmst – die Studienreform hatte auch ihre guten Seiten! *De facto* warst Du die Nachfolgerin von Beatrice Weber-Dürler. Im Berufungsverfahren setztest Du Dich gegen hochkarätige Konkurrenz durch. Dies nicht nur, weil Du – wie es in den einschlägigen Unterlagen heisst – als Wissenschaftlerin «fachlich hervorragend ausgewiesen» warst (und weiterhin bist!) und die «mit Abstand beste Probelektion» gehalten hattest, sondern weil Du auch als Person vollauf überzeugtest. Die Quintessenz der Berufungskommission war, dass Du die «Anforderungen geradezu optimal» erfüllst.

Die Erwartungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät und der Fachgruppe waren entsprechend hoch. Du hast die Erwartungen nicht enttäuscht, sondern, ganz im Gegenteil, übererfüllt. In meiner zwangsläufig subjektiv gefärbten kurzen Rückschau möchte ich zwei Punkte herausgreifen, die *prima vista* nicht zu den zentralen Aspekten Deiner Tätigkeit in der Zürcher Zeit zählen mögen, aber dennoch charakteristisch sind.

Kaum in Zürich, hast Du Dich in das Abenteuer eines gemeinsamen Zürcher Staatsrechts-Lehrbuchs «gestürzt» und – als Mit-Herausgeberin und Co-Autorin – entscheidend zum Gelingen beigetragen. Du hast Dich dabei nicht nur für das Inhaltliche engagiert, sondern auch für scheinbar Nebensächliches, so zum Beispiel, als es um die Wahl der passenden Farbe und Schrift für den Buchumschlag ging. Ich erinnere mich noch gut an unsere Besprechungen im Sommer 2011, bei denen Du mit kunsthistorisch geschultem Blick zuerst Thomas Gächter und mich und dann den Verlag überzeugt hast. Auch wenn man mit Superlativen sparsam und vorsichtig sein sollte: Entstanden ist das wohl schönste schweizerische Staatsrechts-Lehrbuch der jüngeren Zeit – nicht zuletzt dank Dir.

Seit 2013 bist Du Mitglied – und zwischenzeitlich warst Du Vizepräsidentin – der sehr wichtigen, oft unterschätzten Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht, auch

* Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Zürich – Ansprache anlässlich der Verabschiedung von Regina Kiener im Kreis der Fachgruppe «Öffentliches Recht: Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht» (Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich) am 24. Mai 2023.

bekannt als «Venedig-Kommission». Du hast dort ausserordentlich wertvolle Arbeit an der Schnittstelle von Wissenschaft und Praxis geleistet.

Ich weiss nicht genau, was Deine Erwartungen waren, als Du im Frühjahr 2009 in Zürich anfindest. Als ich im Herbst 1999 an die Universität Zürich wechselte – nach hochinteressanten, aber anstrengenden Jahren im Bundesamt für Justiz –, hatte ich die vielleicht etwas naive Vorstellung, dass ich jetzt in Zürich sozusagen im akademischen Paradies angelangt sei. Die Verhältnisse waren geradezu idyllisch, die Fachgruppe nur etwa halb so gross wie heute. Doch als mir allmählich bewusst wurde, dass von meinen acht neuen Kollegen (unter ihnen eine Kollegin), gerade einmal einer seine akademischen «Weihen» (Dissertation und Habilitation) ausserhalb von Zürich erlangt hatte und dass die übrigen sieben mehr oder weniger Zürcher «Eigengewächse» waren, da fragte ich mich: Kann dies das Paradies sein, wenn es darin derart überproportional viele «Zürcher» gibt? Da meine neue Wirkungsstätte aber alles andere als die Hölle war, musste es sich um einen Ort irgendwo dazwischen handeln. In Dantes *Divina Commedia* gibt es ein solches «Dazwischen»: Zwischen dem Inferno und dem himmlischen Paradies befindet sich bekanntlich der Läuterungsberg, *il purgatorio*. In frühen Illustrationen wurde der Läuterungsberg oft wie der «Zuckerhut» in Rio de Janeiro dargestellt (obwohl man damals die Neue Welt noch nicht kannte). Ein spiralförmiger Weg führt zum Gipfel. Dort befindet sich, ganz zuoberst, das *irdische* Paradies – der Garten Eden (nicht zu verwechseln mit dem *himmlischen* Paradies).

Liebe Regina, wenn der Vergleich erlaubt ist, so stehst Du jetzt – nach 14½ Jahren Aufstieg am (Zürcher) Läuterungsberg – auf der obersten Stufe, nur noch einen kleinen Schritt vom irdischen Paradies entfernt, geläutert und befreit von allen universitären Pflichten und Lasten. Gratulation! Ich wünsche Dir – auch im Namen der Fachgruppe – alles Gute!

Grundlagen des Rechts

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

*Matthias Mahlmann**

Inhaltsverzeichnis

I.	Die dunkle Seite der Gerechtigkeit?	15
II.	Kohlhaas' Rechtschaffenheit	17
III.	Kohlhaas' Begriff von Gerechtigkeit	19
IV.	Kohlhaas' Rechtsbegriff	20
V.	Gerechtigkeit und Unrechtsverstrickungen	21
VI.	Der Schritt in den Abgrund	23
VII.	Masslosigkeit und Hybris	26
VIII.	Vergebung	29
IX.	Das Rätsel des Zettels	30
X.	Tragödie des Gewissens	31
XI.	Kohlhaas' Nachkommen	34
XII.	Literaturverzeichnis	36

I. Die dunkle Seite der Gerechtigkeit?

Michael Kohlhaas wird vom Erzähler, der aus einer alten Chronik schöpft, im ersten Satz der Novelle als «einer der rechtschaffendsten zugleich und entsetzlichsten Menschen seiner Zeit» vorgestellt. Bis zu seinem dreissigsten Jahr habe er als Muster eines guten Staatsbürgers gelten können, «kurz, die Welt würde sein Andenken haben segnen müssen, wenn er in seiner Tugend nicht ausgeschweift hätte. Das Rechtsgefühl aber machte ihn zum Räuber und Mörder».¹

Diese vielzitierten Sätze einer der berühmtesten Novellen der deutschsprachigen Literatur könnten eine tiefgreifende Kritik von Gerechtigkeitsvorstellungen nahelegen. Sie könnten vermuten lassen, eine «Dialektik der Gerechtigkeit» werde in der Geschichte entfaltet, der Gedanke also, dass Gerechtigkeitsideen auf die Spitze getrieben notwendig in Ungerechtig-

* Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht, Universität Zürich.

¹ VON KLEIST, Michael Kohlhaas, S. 9.

keit umschlügen. Dies könnte in den weiteren Rahmen einer «Dialektik der Aufklärung» eingeordnet werden. Die Aufklärung offenbare im Fortgang ihres scheinbaren Siegeszuges die dunklen Seiten ihres Vernunftanspruchs² und ebenso enthülle die Gerechtigkeit im Versuch ihrer Verwirklichung ihre Schattenseiten. Die Verbindung von Aufklärung und Gerechtigkeitsforderungen liegt dabei nicht fern, da die Verwirklichung von Gerechtigkeit zweifellos zum ethischen und politischen Programm der Aufklärung gehört.

Eine solche Interpretation würde ein skeptisches Licht auf Gerechtigkeitsideen und konkrete, nicht zuletzt politische Gerechtigkeitsforderungen. Sie verlören einen Teil ihrer verbindlichen Kraft, weil sie in den Verdacht gerieten, nicht notwendig das ethisch Richtige, sondern, wenn nur zu weit getrieben, das Ungerechtfertigte, vielleicht sogar Verwerfliche zu fordern. Es ginge nicht nur um die Frage, was Gerechtigkeit eigentlich verlange und wie man Gerechtigkeitsideen im Kleinen und im Grossen, vor allem Politischen, umsetzen könne, sondern auch um die Frage, ob etwas genuin Gerechtes nicht etwas genuin ethisch Falsches bilden könne, sobald die Gerechtigkeitsforderung übertrieben werde. Die Folgen wären ähnlich wie diejenigen, die sich aus der These einer «Dialektik der Aufklärung» zu ergeben scheinen und die darin bestehen, die Massgeblichkeit der Kräfte der Vernunft selbst in Frage zu stellen. Auch Gerechtigkeitsideen könnten auf diesem Weg ins Zwielficht geraten, weil ihre Verlässlichkeit keineswegs garantiert erschiene. Gerechtigkeitsforderungen hätten ihre ethische Unschuld verloren und wären politisch erheblich geschwächt.

Ein solches Verständnis der Geschehnisse von Michael Kohlhaas verfehlt aber, so soll im Folgenden erläutert werden, den Kern der Problematik, die diese Geschichte entwickelt. Es geht um eine «Ausschweifung» der Gerechtigkeitsorientierung, die keine dunkle Seite der Gerechtigkeitsidee offenbart, sondern schildert, welche Anforderungen Gerechtigkeitsprinzipien wirklich stellen, will man ihnen entsprechen. Sie stellt Gerechtigkeitsprinzipien nicht in Frage, sondern zeigt, wie man auf der Suche nach Gerechtigkeit ihren Prinzipien untreu werden kann. Es geht nicht um einen notwendigen dialektischen Umschlag von Gerechtigkeit in Ungerechtigkeit, sondern um das moralische Scheitern eines Gerechtigkeitssuchenden und seine Gründe, die keineswegs nur in Kohlhaas selbst, sondern auch in den politischen Zuständen seiner Zeit liegen, die in gewisser Weise auch unsere Zeit geblieben ist.

Die «Ausschweifung», die Kohlhaas' Schuld begründet, führt zu einer weiteren Problematik, die von grosser politischer Bedeutung ist, der Tragödie des individuellen Gewissens. Wie wir sehen werden, ist damit nicht nur ein Individuum in seiner persönlichen Lebenssphäre betroffen. Kohlhaas' Taten nehmen revolutionären Umfang an und gewinnen erhebliche Unterstützung im Volk. Die Tragödie des individuellen Gewissens ist deshalb auch die Tragödie des politischen Subjekts und die mögliche Tragödie einer politischen, nicht zuletzt revolutionären Bewegung, die das ethische Mass verliert. Was das genau heisst, illustrieren die Opfer der *Terreur* ebenso wie die des Gulag.

² HORKHEIMER/ADORNO, *passim*.

Aber nicht nur das, denn man darf nicht nur an die Schuld der Revolutionäre denken: Auch die Anhänger eines politischen Status quo können in diese Problematik verwickelt werden, denn ihre Entscheidung, nichts gegen bestehende, ungerechte Verhältnisse zu unternehmen oder sie selbst aktiv und vielleicht sogar mit dem aufrichtigen Gefühl, das Richtige zu tun, zu stützen, hat in der Geschichte ebenfalls viele Opfer gekostet – im Fall des *Ancien Régime* nicht anders als im Fall der zaristischen Herrschaft, um bei diesen Beispielen zu bleiben. «Ausschweifungen», die vom Pfad der Gerechtigkeit abführen, können noch andere Formen annehmen als die, in die sich Michael Kohlhaas verstrickt.

II. Kohlhaas' Rechtschaffenheit

Michael Kohlhaas beschriebene Rechtschaffenheit zeigt er über lange Zeit im Umgang mit den Gewalttaten, die er vom Junker von Tronka und dessen Schlossvogt erleidet. Nachdem er die Rappen mit seinem Knecht Herse in der Burg des Junker zurücklassen musste, schreit er keineswegs direkt zur Selbstjustiz. Im Gegenteil beginnt ein langer Prozess, in dem sich Kohlhaas erst der Sachlage und der Berechtigung seiner Forderungen versichert und dann den Rechtsweg beschreitet, auf dessen gerechtes Ergebnis er vertraut. Er ist rechtskundig, überprüft aber, ob es tatsächlich ein ihm unbekanntes Passerfordernis gebe, wie vom Schlossvogt behauptet.³ Als er zur Burg zurückkehrt, seine abgearbeiteten Rappen vorfindet und erfährt, dass Herse aus der Burg vertrieben worden sei, sogar herablassend und beleidigend behandelt wurde, besänftigt er seinen Zorn, denn «sein Rechtgefühl, das einer Goldwaage glich, wankte noch; er war, vor der Schranke seiner eigenen Brust, noch nicht gewiß, ob eine Schuld seinen Gegner drückte».⁴ Deswegen erlaubt er sich kein schnelles Urteil, verlässt sich noch nicht einmal auf den Bericht seiner Frau Lisbeth (was diese freut, weil es seine Gelassenheit unterstreicht),⁵ sondern gibt sich Mühe, die Wahrheit unparteilich zu ermitteln, bis hin zu Suggestivfragen an Herse, die diesem eigene Schuld nahelegen, die Herse widerlegen muss.⁶ Kohlhaas zeigt so einen Sinn für Verfahrensgerechtigkeit, zu der eine unparteiliche Ermittlung der Tatsachen und Anhörung der Beteiligten gehört.

Die spezifischen Forderungen, der er mit «Hülfe eines Rechtsgelehrten, den er kannte» stellt, unterstreichen diese Haltung: Sie sind rechtlich wohlbegründet, begrenzt und verhältnismässig, und auf geltende Rechtsregeln abgestimmt, die in wesentlichen Zügen ihre Parallele auch im modernen Straf- und Deliktsrecht finden: Gesetzmässige Bestrafung Tronkas, «Wiederherstellung der Pferde in den vorigen Stand» und Ersatz für seine und

³ VON KLEIST, Michael Kohlhaas, S. 10, 13.

⁴ A.a.O., S. 14.

⁵ A.a.O., S. 17.

⁶ A.a.O., S. 20.

Herses Schäden.⁷ Selbst vor seinem Todesurteil wankt er nicht in seiner Rechtstreue: Erst lässt er sich die rechtlichen Grenzen der landesherrlichen Amnestie erklären, die ihm gewährt worden ist und die die Reichsgewalt nicht bindet, und akzeptiert dann die schwerwiegenden Folgen, die sich daraus für ihn ergeben.⁸

Ausserhalb seines Rachefeldzuges tritt er entsprechend als verständiger Mann auf, was von verschiedenen Amtsträgern auch noch nach seinen Rachehandlungen wahrgenommen und anerkannt wird, sogar mit Spuren von Sympathie für seine Person, obwohl er zum Feind des Staates geworden ist.⁹

Eine weitere Eigenschaft von Kohlhaas ist in diesem Zusammenhang wichtig: Der Erzähler hält verschiedentlich fest, dass Kohlhaas keine illusorischen und verklärten Vorstellungen von der Gerechtigkeit des Gangs der Welt unterhalte. Im Gegenteil hebt er hervor, dass Kohlhaas die Unvollkommenheit der menschlichen Verhältnisse kenne, und seine Erwartungen und Massstäbe entsprechend angepasst, auf das realistisch Erwartbare herabgestimmt habe. Er reist deswegen nach seinen Verkaufsgeschäften zum Junker zurück, um seine Rappen abzuholen, trotz dessen Täuschungsversuch «ohne irgend weiter ein bitteres Gefühl, als das der allgemeinen Not der Welt.»¹⁰ Er ist später, nachdem er die erlogene Geschichte vom Fehlverhalten Herses vernommen hat, durchaus bereit, auch den Verlust der Pferde hinzunehmen, wenn es einen Anlass in seiner Verantwortungssphäre für das Verhalten Tronkas gebe: «Denn ein richtiges, mit der gebrechlichen Einrichtung der Welt schon bekanntes Gefühl machte ihn, trotz der erlittenen Beleidigungen, geneigt, falls nur wirklich dem Knecht, wie der Schlossvogt behauptete, eine Art von Schuld beizumessen sei, den Verlust der Pferde, als eine gerechte Folge davon, zu verschmerzen.»¹¹

Die Darstellung der «Gebrechlichkeit der Welt» gehört für viele zu einem Kerngehalt des Kleist'schen Werkes, der in ganz unterschiedlichen Formen durchgespielt wird, vom fehlbaren Richter Adam in *Der Zerbrochene Krug*, der festhält, dass für Menschen, anders als für einen anderen Adam, unerfreulicherweise gilt: «zum Straucheln bauchts doch nichts, als Füße»,¹² bis zur Erschütterbarkeit sogar der eigenen Ich-Identität in Kleists grossartigstem Stück, *Amphitryon*; von der Kurzlebigkeit humaner Impulse nach einer Katastrophe, die schnell wieder Brutalität und tödlichen Ressentiments weichen, in *Das Erdbeben in Chili* bis zur Unsicherheit selbst dessen, was ein Gottesurteil sein soll, in *Der Zweikampf*.

Die Ereignisse, die Kohlhaas Geschichte bestimmen, unterstreichen die Richtigkeit dieser Einschätzung der Einrichtung der Welt nur: Er lebt in einer unvollkommenen Welt, in der viele Zufälle, keine Geborgenheit und Sinn gebenden Zweckordnungen das Leben der Men-

⁷ A.a.O., S. 21.

⁸ A.a.O., S. 94.

⁹ Vgl. z.B. a.a.O., S. 55, 67.

¹⁰ A.a.O., S. 13.

¹¹ A.a.O., S. 15 f.

¹² VON KLEIST, *Der Zerbrochene Krug*, Z. 3.

schen bestimmen. Ein kalter Windstoss veranlasst den in seiner Entscheidung schwankenden Junker, die Pferde zu behalten und Kohlhaas nicht einfach mit ihnen weiterziehen zu lassen,¹³ ein Blitz und Regenguss retten ein Kloster vor der Einäscherung durch Kohlhaas, weil sie seinen Gedanken und Empfindungen eine andere Richtung geben,¹⁴ die Abwesenheit eines Kastellans zwingt Lisbeth auf ihrer Hilfsmission für Kohlhaas, direkt den Kontakt des Fürsten zu suchen, was zu ihrem Tod führt,¹⁵ ein absurder, lächerlicher Tumult um die zurückgebrachten, abgehärmten Pferde, mit einem wichtigen Akteur, von dem berichtet wird, dass er gegen einen Wagen «sein Wasser abgeschlagen» hat, während das Unglück seinen Lauf nimmt, kostet Kohlhaas beinahe den Kopf¹⁶ – solche Dinge entscheiden mit, welche Bahn ein menschliches Leben nimmt, weil Menschen mit ihrer ganzen Herrlichkeit an Fähigkeiten, ihrer Klugheit, und Autonomie gegenüber der Macht der Gebrechlichkeit dieser Welt wehrlos sind.

Dass Kohlhaas selbst diese distanzierte, ernüchterte Haltung teilt, ist deswegen von grosser Bedeutung, um die Vielschichtigkeit seiner Person zu begreifen und zu erkennen, welchen weiten Weg Kohlhaas zurücklegen muss und welche starken Kräfte auf ihn gewirkt haben, bis er Mass und Vernunft bei der Verfolgung seiner Ansprüche verliert.

III. Kohlhaas' Begriff von Gerechtigkeit

Kohlhaas hatte ein «Rechtgefühl, das einer Goldwaage glich». Das traditionelle Symbol der Gerechtigkeit, die Waage, wird so noch weiter durch den Vergleich mit einem besonders fein messenden Instrument qualifiziert: Kohlhaas bemerkt auch kleine Ungerechtigkeiten und empfindet sie stark. Diese Empfindlichkeit bildet keinen Widerspruch zum Bewusstsein der Gebrechlichkeit der Welt und der nüchternen Haltung, die Kohlhaas aufgrund dieses Bewusstseins ihr gegenüber einnimmt. Dieses Bewusstsein verhindert nicht, dass Kohlhaas Ungerechtigkeiten wahrnimmt, er akzeptiert nur, dass es Situationen gibt, in denen man sie nicht beseitigen kann.

Das Symbol der Waage verbindet Gerechtigkeit traditionell und so auch hier mit Gleichheit. Die Forderungen auf Schadensersatz betreffen den Bereich der Gerechtigkeit, der in Aristoteles' Begriffen mit dem Ausgleich von erlittenen Beeinträchtigungen an Gütern verbunden wird. Ähnliches gilt für die Strafe, die Kohlhaas für den Junker fordert, ebenso wie für die, die ihn selbst trifft und die er auch in ihrer Strenge akzeptiert. Aber auch Fragen der austeilenden Gerechtigkeit werden angesprochen, weil es um eine schuldangemessene Strafe geht: Die Gerechtigkeit der Sanktion wird am Grad der Schuld gemessen. Da Kohl-

¹³ VON KLEIST, Michael Kohlhaas, S. 12.

¹⁴ A.a.O., S. 35.

¹⁵ A.a.O., S. 29.

¹⁶ A.a.O., S. 58 ff.

haas schwere Verbrechen ohne Rechtfertigung oder Entschuldigung begangen hat, ist seine Schuld gross und die Sanktion muss entsprechend verhältnismässig schwer wiegen. Nach den Strafraditionen der Zeit und seinen eigenen Begriffen war die Todesstrafe, die er erleidet gerecht, wenn auch die kritische Rechtsreflexion schon zu Kleists Lebzeiten diese Strafform zu delegitimieren begonnen hatte. Die Gerechtigkeitsprinzipien wendet Kohlhaas ebenso auf Übergriffe in seinen Kriegshaufen an.

Kohlhaas' moralischer Horizont wird keineswegs durch Gerechtigkeitsprinzipien begrenzt: Seine Wohltätigkeit wird schon am Beginn der Novelle hervorgehoben. Er ist auch kein rigider, trockener Gerechtigkeitsfanatiker: Er zeigt viele liebevolle und zärtliche Gefühle gegenüber seiner Frau Lisbeth und seinen Kindern. Sein fürsorgliches Verhalten ihnen gegenüber wird verschiedentlich geschildert, vom Füttern eines erkrankten Kindes mit «Semmel und Milch» bis zu seinen letzten Momenten, die er nutzt, sie noch einmal auf den Arm zu nehmen.¹⁷

Kohlhaas' Gerechtigkeitsinn regt sich nicht nur in Bezug auf Ungerechtigkeiten, die ihm selbst widerfahren. Ein «ebenso vortreffliches Gefühl» wie das, das ihn aufgrund der Gebrechlichkeit der Welt bereit sein lässt, bei irgendeiner Schuld Herses den Verlust der Pferde hinzunehmen, sagt ihm, «und dies Gefühl faßte tiefere und tiefere Wurzeln, in dem Maße, als er weiter ritt, und überall, wo er einkehrte, von den Ungerechtigkeiten hörte, die täglich auf der Tronkenburg gegen die Reisenden verübt wurden: daß wenn der ganze Vorfall, wie es allen Anschein habe, bloß abgekartet sein sollte, er mit seinen Kräften der Welt in der Pflicht verfallen sei, sich Genugtuung für die erlittene Kränkung und Sicherheit für zukünftige seinen Mitbürgern zu verschaffen».¹⁸ Seine Gerechtigkeitsurteile berechtigen ihn nicht nur, sie verpflichten ihn auch gegenüber der Gemeinschaft, nicht nur seine Ansprüche, sondern eine gerechte Ordnung insgesamt zum Wohle aller durchzusetzen. Gerechtigkeit bildet nicht nur Massstäbe der berechtigten Sicherung seiner Interessen, sondern besitzt einen eigenen, intrinsischen Wert.

IV. Kohlhaas' Rechtsbegriff

Kohlhaas formuliert in seinem Gespräch mit Luther implizit eine vertragstheoretische Rechtskonstruktion: Eine Rechts- und Staatsordnung beruhe auf der Vereinbarung, die Rechte der Einzelnen zu garantieren. Dafür führt er zweckrationale Gründe an, weil nur unter den Bedingungen von Rechtssicherheit ein Gewerbe betrieben werden könne.¹⁹ Wenn dieser Schutz wegfälle, sei Selbsthilfe unausweichlich, entgegnet er Luthers Vorhaltungen, denn «wer mir ihn versagt, der stößt mich zu den Wilden der Einöde hinaus; er gibt mir, wie

¹⁷ A.a.O., S. 81, 100.

¹⁸ A.a.O., S. 16.

¹⁹ A.a.O., S. 28, 45.

wollt Ihr das leugnen, die Keule, die mich selbst schützt, in die Hand.»²⁰ Luther stimmt dem im Grunde zu, denn dem Kurfürsten von Sachsen gegenüber hält er fest, dass Kohlhaas aus seiner Sicht tatsächlich durch die Behandlung, die ihm widerfahren sei, «außer der Staatenverbindung gesetzt» worden sei, und deswegen nicht wie ein Rebell, sondern wie eine «in das Land gefallene Macht» angesehen werden müsse, eine Einschätzung, die wohl die Bedenklichkeit des Fürsten, mit einem Staatsbürger zu verhandeln, der die Waffen ergriffen hat, mildern soll.²¹

Aber auch noch weitere normative Gründe befeuern Kohlhaas' Rechtsleidenschaft. Mit der Garantie der Rechte wird von Kohlhaas der gebotene und unverzichtbare Respekt vor Menschen verbunden: Eine Rechtsordnung muss eine Respektsordnung sein, die dem Wert der Menschen gemäss ist. Der Kampf um Schadensersatz für die Pferde ist letztendlich ein Kampf um den Respekt, den er als Mensch beansprucht und verdient. Deswegen ist es nicht verwunderlich, dass Erniedrigungserfahrungen durch Beleidigungen und Herabsetzungen seitens des Junkers und seines Vogts²² seinen Weg in den Rachefeldzug wesentlich beschleunigen.

Wenn eine Rechts- und Staatsordnung die Rechte von Menschen nicht mehr schützt, verliert sie für Kohlhaas ihre Verbindlichkeit. Der Einzelne werde von ihr ausgeschlossen und sei deswegen auch nicht mehr an ihre Regeln gebunden. Kohlhaas macht jedoch nicht den Schritt, den man etwa in Hobbes' Gesellschaftsvertragstheorie findet, anzunehmen, dass normative Prinzipien erst durch die Vereinbarung von Menschen und das Setzen von geltenden Normen in der geschaffenen politischen Ordnung originär entstünden. Auch ausserhalb der staatlichen Ordnung und des positiven Rechts gelten für Kohlhaas Prinzipien der Gerechtigkeit und haben Menschen Rechte. Auf diese beruft sich Kohlhaas ja in seinem Rachefeldzug, auch gegenüber Luther. Er will vorausgesetzte Prinzipien und Rechte durchsetzen, nicht neu schaffen.

V. Gerechtigkeit und Unrechtsverstrickungen

Die alte Wahrsagerin, die sich märchenhaft in Lisbeth verwandelt hat, trifft mit Kohlhaas im Gefängnis zusammen. Sie warnt ihn vor den Plänen des Kurfürsten von Sachsen, der ihm den Zettel mit den Informationen über die Zukunft seines Herrscherhauses mit List entwenden will, sich aber als Mittel gerade der Wahrsagerin bedient, ohne zu ahnen, wer in ihr steckt. Sie bittet ihn um der Kinder willen, die sie bei Kohlhaas findet, sein Leben durch Übergabe des Zettels an den Kurfürsten von Sachsen im Tausch gegen seine Befreiung noch zu retten.²³

²⁰ A.a.O., S. 45.

²¹ A.a.O., S. 49.

²² Vgl. z.B. a.a.O., S. 15, 19.

²³ A.a.O., S. 97.

Kohlhaas antwortet, dass er es gerade um seiner Kinder willen nicht tun werde.²⁴ Lisbeth in der Gestalt der Wahrsagerin antwortet darauf zurückhaltend und ausweichend, aber auch nicht ablehnend, dass er dabei in mancher Hinsicht Recht habe.²⁵

Damit wird eine weitere Bedeutungsschicht der Ereignisse um Kohlhaas angesprochen: Er kämpft ausdrücklich nicht nur, nicht einmal in erster Linie um die Rappen und ihren Wert und den Ausgleich der Folgeschäden, sondern um eine gerechte Gesellschaftsordnung. Dieser Kampf ist im Grundsatz völlig berechtigt, sogar ehrenhaft: Kohlhaas hat es ja nicht nur mit einem einzelnen Individuum als Gegner zu tun, sondern mit einer gesellschaftlichen Ordnung, in der Handlungen wie die des Junkers gefördert werden, weil sich die Handelnden auf Straflosigkeit verlassen können. Den Junker trägt ein dichtes Netz aus – im wahren Sinne des Wortes – Vetternwirtschaft durch seine Verwandten, Korruption, Schwäche und Prinzipienlosigkeit des Herrschers und Machtpolitik. Berechtigte Klagen gegen ihn werden in Sachsen²⁶ und Brandenburg²⁷ grundlos niedergeschlagen. Kohlhaas wird nach der Amnestie verfolgt und zu Verzweiflungstaten getrieben, die ihn in Unrecht verstricken. Der Junker wird vor Kohlhaas' Zugriff geschützt, ohne ihn irgendwie zur Verantwortung zu ziehen, wenn er auch allgemein der Verachtung anheimfällt, selbst bei seinen Verwandten.²⁸ Dies ist keine Nebensächlichkeit, denn es zeigt: Er wird nicht um seiner Person oder Taten willen, sondern zur Erhaltung eines Herrschaftssystems geschützt, von dem auch die abhängen, die ihn verachten.

Luther hält diese gesellschaftliche Verankerung Tronkas beiläufig fest, wenn er bemerkt, dass Kohlhaas sich gegen die ganze Gemeinschaft wendet, die den Junker «beschirmt»,²⁹ wobei er Kohlhaas' Handeln für unzulässig hält, wenn er auch die Niederschlagung der Klage durch die Verwandten Tronkas in seinem Brief an den Kurfürsten in Sachsen ebenfalls kritisiert.³⁰

Im Hintergrund des Kampfes von Kohlhaas spielen Umwälzungen der Gesellschaft eine Rolle, die aus Kleists Sicht grosse Bedeutung hatten: Der alte, ehrliche, gemeinwohlgesonnene Adel, den Kohlhaas auf der Tronkabung noch angetroffen hatte, wurde durch eine neue skrupel- und prinzipienlose Art von Aristokraten ersetzt. Kohlhaas wird auch deswegen geschröpft, weil die Adligen und ihre Handlanger den Erwerbsstand, zu dem Kohlhaas gehört, «nützlichen Aderlassen» unterziehen möchten.³¹ In dieser Idealisierung des alten Adels spiegelt sich Kleists in verschiedener Form geäußerte Kritik am Verfall des Ethos des Adels seiner Zeit.³²

²⁴ A.a.O., S. 98.

²⁵ A.a.O., S. 98.

²⁶ A.a.O., S. 22.

²⁷ A.a.O., S. 23.

²⁸ Vgl. a.a.O., S. 39, 56.

²⁹ A.a.O., S. 45.

³⁰ A.a.O., S. 49.

³¹ A.a.O., S. 11.

³² Vgl. BLAMBERGER, S. 413 ff.

Kohlhaas Ziele und Motive sind dabei von grosser Bedeutung: Er kämpft für eine gerechte Ordnung, die die Rechte der Einzelnen anerkennt und schützt und damit den nötigen, gebotenen Respekt vor Menschen zeigt. Er tut dies keineswegs aus egoistischen Motiven. Auch auf der Höhe seiner Macht steigert er seine Forderungen nicht. Seine Masslosigkeit ist eine der Mittel, nicht des Zieles. Er fühlt sich verpflichtet, diesen Kampf aufzunehmen, weil die Orientierung an Gerechtigkeit dies verlangt. Das ist ein Grund der Unterstützung, die er in der Bevölkerung findet, selbst dort, wo er seine Gewalttaten vollbringt, wie auch Luther hervorhebt.³³ Bei seiner Ankunft in Dresden, nach der Amnestie, bringt die Nachricht entsprechend ganz Dresden auf die Beine, «daß der Würgeengel da sei, der die Volksbedrucker mit Feuer und Schwert verfolgt»,³⁴ und Schrecken mischt sich mit Bewunderung.

Eine solche Verpflichtung, gerechte Ordnungen zu schaffen, besteht in der Tat: Gerechtigkeitsprinzipien erlauben keine egoistische Parteilichkeit, man muss sie konsequent ins Allgemeine denken und alle Menschen in gleicher Weise durch sie berechtigt und verpflichtet sehen. Dazu gehören auch politische Konsequenzen, die aus ihnen zu ziehen sind. Gerechtigkeitsprinzipien fordern nicht nur individuelles Handeln, sondern eine gerechte politische Ordnung, in der solche Handlungen möglich sind und ungerechte mindestens erschwert werden. Es besteht ein moralischer Imperativ, legitime, d.h. auch vor Gerechtigkeitsprinzipien Bestand habende, politische Ordnungen zu schaffen. Von solchen Ordnungen sind die Verhältnisse in Sachsen weit entfernt und auch in Brandenburg steht nicht alles zum Besten. Die Entscheidung, den Versuch zu unternehmen, diese Verhältnisse zu verändern, hat deshalb alle guten Gründe auf ihrer Seite. Auch insofern irrt Kohlhaas nicht.

VI. Der Schritt in den Abgrund

Wie kommt es nun, dass ein Mensch mit vielschichtigen moralischen Massstäben, mit einem Gerechtigkeitsinn, der einer Goldwaage gleicht, keineswegs egoistisch oder selbstgerecht, vielmehr mit einem ausgeprägtem Sinn für eigene Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft, insbesondere für die Erhaltung ihrer gerechten Struktur zum Wohle aller, mit zarten und liebevollen Empfindungen für Frau und Kinder, verständig und besonnen im Leben, noch dazu mit einem nüchternen Begriff von dem, was man auf der höchst unvollkommenen Welt an Gutem und Gerechtem erwarten kann, mit Vertrauen in die rechtliche Ordnung und ihre Institutionen seiner Zeit, zu einem blutigen Rachefeldzug aufbricht, der jedes Mass der Selbsthilfe schon im ersten Schritt beim Angriff auf die Burg des Junkers Tronka verliert? Warum schlägt die Durchsetzung von massvollen Gerechtigkeitsansprüchen in masslose Rache um? Die Burg wird ja geplündert und niedergebrannt, die Bewohner getötet, auch die, die mit dem Unrecht, das Kohlhaas zugefügt wurde, nichts

³³ VON KLEIST, Michael Kohlhaas, S. 49.

³⁴ A.a.O., S. 54.

zu tun haben.³⁵ Dass hier ein rätselhafter Schritt gemacht wird, unterstreicht das Beispiel Herses. Dieser berichtet, dass er, nachdem er misshandelt und fortgejagt worden war, die Versuchung spürte, die Burg abzufackeln, ihr aber widerstand, weil er «ein Kind darin jammern hörte».³⁶ Das Opfer eines unschuldigen Kindes durfte seine Rache nicht fordern. Er kehrte deswegen nach Hause zurück. Bei der Brandschatzung der Burg spielen diese wichtigen moralischen Hemmungen dann keine Rolle mehr, auch nicht bei Herse: Schlossvogt und Burgverwalter werden mit Familien, Frauen und Kindern aus den Fenstern der brennenden Burg gestürzt, «unter dem Jubel Hersens».³⁷ Kohlhaas schleudert einen Vetter Tronkas zur Seite, sodass er «sein Gehirn an den Steinen versprützte».³⁸

Die rechtswidrig durch den Einfluss der Verwandten von Tronka niedergeschlagenen Klagen erst in Sachsen und nach einem kurzen Hoffnungsschimmer in Brandenburg treffen Kohlhaas tief. Seine Ansprüche sind ja offensichtlich gerechtfertigt, finden sogleich Unterstützung unter seinen Freunden in Dresden, und werden im Laufe seines Kampfes immer wieder von verschiedener Seite und am Ende gerichtlich bestätigt. Die offensichtliche Willkür hält eine weitere tiefe Erniedrigungserfahrung für Kohlhaas bereit: Sie lehrt ihn, dass die aristokratische Oberschicht mit ihm machen kann, was sie will, er ist kein Subjekt, das selbst seine Interessen und Rechte verteidigen und durchsetzen kann. Er verliert schon die Freude am Leben, als er vom Einfluss von Verwandten des Junkers Tronka auch in Brandenburg hört.³⁹ Die folgende Ablehnung seines Gesuchs aus Brandenburg macht seine Rechtlosigkeit auch in den Formulierungen überdeutlich: Er sei nach Berichten aus Dresden ein «unnützer Querulant» und solle die Staatskanzlei in Brandenburg mit seinen «Plackereien und Stänkereien verschonen».⁴⁰ Das markiert einen Wendepunkt in seinem Verhalten. Für kurze Zeit fürchtet er, Tronka könnte die Pferde zurückbringen: «(D)er einzige Fall, in welchem seine von der Welt wohlerzogene Seele, auf nichts das ihrem Gefühl völlig entsprach gefaßt war.»⁴¹ Als dies nicht geschieht, er aber hört, dass seine Pferde weiter von Tronka auf dem Feld gebraucht würden, das Unrecht also weiter vertieft werde, klärt sich für ihn die Lage, denn «mitten durch den Schmerz, die Welt in einer so ungeheuren Unordnung zu erblicken, zuckte die innerliche Zufriedenheit empor, seine eigne Brust nunmehr in Ordnung zu sehen.»⁴²

³⁵ Kohlhaas ist deswegen nicht nur ein «Martyrer seines Rechtsgefühls», den seine «edle, sittliche Natur» gegen die Gefahr schützt, selbst Unrecht zu tun, wie von IHERING, S. 66 ff., kommentiert. Er ist auch einer der «blutigen Schatten» des Rechtsbruchs durch die Staatsmacht, vor denen Ihering warnt.

³⁶ VON KLEIST, Michael Kohlhaas, S. 17.

³⁷ A.a.O., S. 32.

³⁸ A.a.O., S. 32.

³⁹ A.a.O., S. 24.

⁴⁰ A.a.O., S. 24.

⁴¹ A.a.O., S. 24.

⁴² A.a.O., S. 24.

Er schreitet zum Verkauf seines Hofes zu ungünstigen Bedingungen und deutet dem überraschten, ihm durchaus freundschaftlich gesonnenen Käufer seine Gründe an: «Er setzte, mit einem etwas erzwungenen Scherz hinzu, Kohlhaasenbrück sei ja nicht die Welt; es könne Zwecke geben, in Vergleich mit welchen, seinem Hauswesen, als ein ordentlicher Vater, vorzustehen, untergeordnet und nichtswürdig sei; und kurz, seine Seele, müsse er ihm sagen, sei auf große Dinge gestellt, von welchen er vielleicht bald hören werde.»⁴³ Lisbeth wird durch sein Verhalten in Verzweiflung gestürzt. Sie blickt Kohlhaas mit Blicken an «in welchen sich der Tod malte» und appelliert an Kohlhaas im Namen seiner Liebe für sie und die Kinder sein Vorgehen zu erklären. Kohlhaas berichtet von seinem Plan, sein Anliegen persönlich dem Fürsten Brandenburgs, der gerecht sei, zu unterbreiten. Auf Lisbeths naheliegende Frage, warum er dann schon das Haus verkaufen wolle, antwortete er, «indem er sie sanft an seine Brust drückte»: «weil ich in einem Lande, liebe Lisbeth, in welchem man mich, in meinen Rechten, nicht schützen will, nicht bleiben mag. Lieber ein Hund sein, wenn ich von Füßen getreten werden soll, als ein Mensch! Ich bin gewiß, daß meine Frau hierin so denkt, als ich».⁴⁴ Der Erzähler vermerkt, dass es Kohlhaas «nicht um die Pferde zu tun war – er hätte den gleichen Schmerz empfunden, wenn es ein Paar Hunde gegolten hätte», was im zeitgenössischen Kontext heissen soll: Dingen von viel geringerem Wert.⁴⁵

Kohlhaas Verteidigung seiner Handlung gegenüber Lisbeth macht deutlich, worum es wirklich geht: die Bewahrung von Gerechtigkeit als Ausdruck der Anerkennung und des gebotenen Respekts vor ihm als Person. Wenn seinem Anliegen aber vom Fürsten in Brandenburg entsprochen werde, beruhigt Kohlhaas Lisbeth, könne er vom Verkauf zurücktreten und sie ihr Leben wie bisher weiterleben. Als er Lisbeth dann aber mitteilt, dass sie mit den Kindern ausser Landes zu ihren Verwandten in Schwerin reisen solle, ahnt sie, dass Kohlhaas mehr als das Überbringen einer Bittschrift an den Landesherrn plant: «Du brauchst jetzt nichts mehr, als Waffen und Pferde; alles andere kann nehmen wer will!»⁴⁶ Auf seine rhetorische Frage, ob er denn seine Sache aufgeben solle, will sie «ja! ja! ja!» rufen, traut sich aber nicht. Sie macht stattdessen den Vorschlag, eine alte Liebe zu ihr des Kastellans des kurfürstlichen Schlosses auszunutzen, um die Bittschrift dem Kurfürsten zu übermitteln – kein ganz unzweideutiges Vorgehen für die mutige und kluge Lisbeth und keines, das die Bewahrung ihres Stolzes einfach erlaubte.⁴⁷ Kohlhaas willigt ein, sie bricht auf, der Kastellan ist aber fort, sie versucht allein zum Kurfürsten vorzudringen, wird von einer Wache verwundet und stirbt an den Folgen.

Damit sind die Würfel gefallen. Kohlhaas richtet ihr ein Begräbnis wie einer «Fürstin» aus – ein Vorgehen, dass zwischen Achtung vor seiner Frau und Beginn seines Grössenwahnes unbestimmt changiert. Beim Begräbnis wird die Antwort auf die von Lisbeth um den Preis

⁴³ A.a.O., S. 25.

⁴⁴ A.a.O., S. 27.

⁴⁵ A.a.O., S. 24.

⁴⁶ A.a.O., S. 28.

⁴⁷ A.a.O., S. 28 ff.

ihres Lebens dem Kurfürsten tatsächlich übergebene Bittschrift zugestellt, abschlägig und mit der Drohung, dass er ins Gefängnis geworfen werde, wenn er weiter deswegen tätig werde. Kohlhaas wirft sich ein letztes Mal vor Lisbeths Bett nieder und «übernahm sodann das Geschäft der Rache»⁴⁸ und damit die offensichtlichen Schritte über jedes gerechte Mass seiner Sache hinaus. Den ersten Schritt hat er aber schon zuvor getan, als er den Entschluss fasste, nicht nur seine Existenz, sondern auch die seiner Familie seinem Gerechtigkeitskampf zu opfern, weil sein Leben als «ordentlicher Vater» dagegen «untergeordnet und nichtswürdig» sei.⁴⁹

Man sollte den Schluss, dass Kohlhaas schon hier zu weit geht, allerdings nicht zu voreilig ziehen, denn es kann Situationen geben, in denen Menschen gezwungen sind, schreckliche Opfer zu bringen, um noch schrecklicher Folgen abzuwenden, wie die Widerstandsgeschichten gegen totalitäre Regime, aber auch gegen andere, grosse Ungerechtigkeiten zeigen. Es geht ja Kohlhaas nicht nur um den untergeordneten Wert der Pferde. Das Übel, das Kohlhaas bekämpft, betrifft viele Menschen, die unter der korrupten Machtstruktur in Sachsen, aber auch in Brandenburg leiden. Keine Revolution, die einen geschichtlichen Fortschritt gebracht hat, ist ohne unschuldige Opfer ausgekommen, was das moralische Übel dieser Opfer in keiner Weise aufhebt, sondern nur den tragischen Gang der Geschichte, auch des menschlichen Fortschritts, unterstreicht. Kohlhaas geht aber zu leichtfüßig über die Interessen und Rechte Lisbeths und seiner Kinder hinweg – nicht aus Lieblosigkeit, wie seine Trauer um Lisbeth und die weiter gezeigte Fürsorge für seine Kinder zeigen – sondern weil sich sein Blick schon entscheidend verengt hat und nur noch einen Teil der vielschichtigen Gerechtigkeitsforderungen wahrnimmt, denen er sich gegenüberieht. Um die einen zu verfolgen, verletzt er, was andere berechtigterweise verlangen und das ist der Schritt, der ihn aus dem rechtschaffensten zum entsetzlichen Menschen seiner Zeit macht.

VII. Masslosigkeit und Hybris

Der Rachefeldzug nimmt nach der Brandschatzung der Burg immer grösseren Umfang an: Kohlhaas Truppe hat Zulauf «durch die sonderbare Stellung, die er in der Welt einnahm»,⁵⁰ nicht zuletzt, durch «Gesindel», das auf Beute hofft. Wittenberg wird dreimal angezündet, Leipzig in Brand gesteckt, ausrückende, immer mächtigere gegen Kohlhaas ausgesendete Truppen werden in tollkühnen Manövern von Kohlhaas zerstreut, bis Kohlhaas' Handeln die Möglichkeit einer revolutionären Umwälzung der staatlichen Ordnung in Sachsen schafft. Kohlhaas verfasst einen «Rechtschluss» und «Mandate», die seine Ziele und Drohungen wie seine eigene Rolle und Bedeutung in dieser Auseinandersetzung zu-

⁴⁸ A.a.O., S. 31.

⁴⁹ A.a.O., S. 25.

⁵⁰ A.a.O., S. 40.

nehmend steigern: Zunächst beruft er sich in der Sprache naturrechtlicher Selbsthilfe in seinem «Rechtsschluss» auf die ihm angeborene Macht und fordert, der Junker habe die Pferde persönlich dickzufüttern.⁵¹ In seinem ersten Mandat sieht er sich schon in einem «gerechten Krieg», fordert die Auslieferung des Junkers und droht mit Tod und Zerstörung allen denjenigen, die sich ihm in den Weg stellen.⁵² Im zweiten Mandat ruft Kohlhaas zum Kampf gegen den Junker auf, einen Feind aller Christen.

Kohlhaas tritt schrecklich auf, wie der «Engel des Gerichts»,⁵³ und sieht sich schliesslich selbst in diesem Licht: Ein Cherubsschwert wird ihm beim Richten über seine Männer vorangetragen. Er bezeichnet sich im dritten Mandat entsprechend als «Reichs- und Weltfreien», als Gott allein unterworfenen Herren.⁵⁴ Damit nimmt er für sich die höchste weltliche Autorität in Anspruch. Am Ende hält er sich gar für einen Statthalter des Erzengels Michael, und damit des Bezwingers des Satans und des Schutzpatrons des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation, und meint, berufen zu sein, die Arglust, in die die Welt versunken sei, zu bestrafen. Das Volk soll sich ihm zur Errichtung einer besseren Regierung anschliessen. Sein Aufenthaltsort sei nichts weniger als der Sitz der Weltregierung.⁵⁵

Der Kampf um individuelle Gerechtigkeit ist zu einer politisch-moralischen Revolution angewachsen und nicht nur das: Die politische Revolution hat eschatologische Züge. Die Erlösung der Menschen vom Übel der Ungerechtigkeit ist zum Ziel erhoben worden.

Dieser verblendete Grössenwahn steht allerdings auf tönernen Füßen: Immer wieder durchbricht eine Ahnung oder auch schon das Bewusstsein, sich in Unrecht verstrickt zu haben, das Handeln von Kohlhaas. Schon nach der Plünderung der Burg versinkt Kohlhaas in brütendes Schweigen, nachdem er einen Knecht gezwungen hat, die Pferde aus einem brennenden Stall unter Lebensgefahr zu retten, ohne sie aber von ihm entgegenzunehmen. Er setzt stattdessen zu einem tödlichen Tritt an, unterlässt ihn aber, und erwartet danach, während die Knechte die Burg plündern, «schweigend den Tag».⁵⁶

«In die Hölle unbefriedigter Rache zurückgeschleudert» will Kohlhaas ein Kloster niederbrennen, in dem er den verfolgten Junker vermutet, aber nicht gefunden hat. Ein Blitz schlägt ein und ein «furchtbarer Regenguß, der die Fackeln verlöschend, auf das Pflaster des Platzes niederrauschte, löste den Schmerz in seiner unglücklichen Brust», was ihn vor einer weiteren Grausamkeit gegenüber Unschuldigen abhält.⁵⁷ Auch nach der Abfassung seiner Mandate berichtet der Chronist von seiner Zerrissenheit.⁵⁸

⁵¹ A.a.O., S. 31.

⁵² A.a.O., S. 34.

⁵³ A.a.O., S. 32.

⁵⁴ A.a.O., S. 36.

⁵⁵ A.a.O., S. 41.

⁵⁶ A.a.O., S. 33. Später wird in einem der inneren Widersprüche der Geschichte berichtet, dass der Tritt den Knecht getroffen habe, a.a.O., S. 57.

⁵⁷ A.a.O., S. 35 f.

⁵⁸ A.a.O., S. 43.

Luther sieht sich angesichts der Kohlhaas'schen Taten veranlasst, einen Brief zu schreiben, der Kohlhaas aufruft, seinen Kampf zu beenden und Recht in den vorgeschriebenen Bahnen zu suchen. Er verfolge nicht die Sache der Gerechtigkeit, sondern führe das «Schwert des Raubes und der Mordlust», «vom Kitzel schnöder Selbststrache gereizt». ⁵⁹ Im Zweifel habe er sich seinem Fürsten unterzuordnen, auch wenn es ungerecht sei, weil dieser nur Gott unterworfen sei. ⁶⁰ Der Brief wird im Land angeschlagen und erreicht endlich auch Kohlhaas. Luthers Worte lassen seinen Wahn sofort verfliegen: «Mehr als dieser wenigen Worte bedurfte es nicht, um ihn, in der ganzen Verderblichkeit, in der er dastand, plötzlich zu entwaffnen.» ⁶¹ Er bricht zu Luther auf und hört von ihm, dass er gar nicht aus der Gemeinschaft verstossen sei, sondern Recht auf ordentlichen Bahnen hätte suchen können und müssen. Was gab ihm das Recht, fragt Luther, «den Junker von Tronka, in Verfolg eigenmächtiger Rechtsschlüsse, zu überfallen, und da du ihn auf seiner Burg nicht fandst, mit Feuer und Schwert die ganze Gemeinschaft heimzusuchen, die ihn beschirmt»? Kohlhaas erschrickt: «Eine Nachricht, die ich aus Dresden erhielt, hat mich getäuscht, mich verführt! Der Krieg, den ich mit der Gemeinschaft der Menschen führe, ist eine Missetat, sobald ich aus ihr nicht, wie Ihr mir die Versicherung gegeben habt, verstoßen war!» ⁶²

Luther fragt ihn schliesslich, ob er denn diesen Rachefeldzug begonnen hätte, wenn er abgesehen hätte, was für Folgen er haben könne und nicht besser dem Junker seine Ungerechtigkeiten hätte vergeben sollen. Kohlhaas antwortet: «kann sein! indem er ans Fenster trat: kann sein, auch nicht!» ⁶³ Hätte er gehnt, dass er seine Rappen «mit dem Blut aus dem Herzen» seiner «lieben Frau würde auf die Beine bringen müssen», hätte er vielleicht vergeben. Da es aber anders gekommen sei, sollten die Dinge ihren Lauf nehmen. ⁶⁴ Denn er wolle «der Welt zeigen, daß sie in keinem ungerechten Handeln umgekommen ist». ⁶⁵

Luther schlägt eine Amnestie vor, um Kohlhaas zu ermöglichen, seine Sache vor Gericht in Dresden zu verfolgen. Die von Kohlhaas begehrte Abnahme der Beichte und die «Wohltat des heiligen Sakraments» erteilt er ihm aber nicht: Er könne noch weltliche Gerechtigkeit finden, vor Gott aber nicht. ⁶⁶ Erst nach dem Todesurteil gewährt er Kohlhaas die «Wohltat der heiligen Kommunion» durch einen Abgesandten. ⁶⁷

⁵⁹ A.a.O., S. 42 f.

⁶⁰ A.a.O., S. 45 f.

⁶¹ A.a.O., S. 44.

⁶² A.a.O., S. 45.

⁶³ A.a.O., S. 47. Diese Passage findet sich beinahe wörtlich bereits in SCHILLER, Wallensteins Tod, V, 5 Z. 3657 ff.

⁶⁴ VON KLEIST, Michael Kohlhaas, S. 47.

⁶⁵ A.a.O., S. 47.

⁶⁶ A.a.O., S. 48.

⁶⁷ A.a.O., S. 100.

VIII. Vergebung

Luther spricht eine zentrale Frage an: Warum schlug Kohlhaas den Weg der Vergebung nicht ein? Diese Bitte hatte vor Luther Lisbeth schon auf den Lippen, als sie die Pläne ihres Mannes mit dem Hausverkauf durchschaute und hat sie dann mit ihren letzten Atemzügen und unter Erinnerung an religiöse Gebote mit unmissverständlichen Gesten wiederholt – «sie drückte ihm dabei mit einem überaus seelenvollen Blick die Hand, und starb».⁶⁸ Lisbeth hat Kohlhaas am Anfang in seiner Rechtssuche handfest unterstützt und ist bereit gewesen zu helfen, die notwendigen finanziellen Mittel für den Rechtsstreit aufzubringen, wie Kohlhaas nicht nur um Ausgleich für eigene Schäden zu erreichen, sondern «weil es ein Werk Gottes wäre, Unordnungen, gleich diesen, Einhalt zu tun».⁶⁹ Am Ende lässt sie sogar ihr Leben beim Versuch, zum Fürsten von Brandenburg vorzudringen, um ihm persönlich Kohlhaas' Klage zur Kenntnis zu bringen. Ihre Bitte war also keineswegs Ausdruck eines fehlenden Gerechtigkeitssinns, von Unterwürfigkeit und fehlender Bereitschaft für eigene Rechte und eine gerechte Ordnung insgesamt einzustehen. Es muss mithin der zu hohe Preis sein, den Kohlhaas Sache fordert, der sie bewegt, ihn zu bitten, zu vergeben. Ein ähnliches Argument formuliert Luther in seinem Gespräch mit Kohlhaas.

Kohlhaas lässt sich aber weder von Lisbeth noch von Luther rühren. Letzterem gegenüber verweist er darauf, dass auch Gott seinen Feinden nicht vergeben habe.⁷⁰ Erst als er in Dresden die Hoffnung auf einen guten Ausgang der Sache verliert, will er sich mit einer Geldzahlung begnügen und dem Junker vergeben – aus Resignation und Verzweiflung, nicht aus einem ethischen Impuls.⁷¹

Damit ist der Kern der Tragödie von Kohlhaas erreicht: Er liegt nicht darin, dass sein Gerechtigkeitssinn zu fein wäre, sondern dass er plötzlich nicht mehr zählt. Das Vermögen zu Gerechtigkeitsurteilen muss keiner Goldwaage gleichen, um zu erkennen, dass der Mord an Personen, die mit den Taten des Junkers nichts zu tun haben, von den Bewohnern der Burg des Junkers bis zu den Opfern seines Feldzuges, die Brandstiftungen und Raubzüge, offensichtlich und zutiefst ungerecht sind. Sie sind es, weil es nicht gerecht ist, Menschen für Taten zu bestrafen, die sie nicht begangen haben, und weil es ungerecht ist, masslos zu bestrafen. Gerecht ist es dagegen, nur die Schuldigen nach dem Mass ihrer Schuld zu belangen und die Rechte der anderen, Unschuldigen zu respektieren und zu schützen, wie Herse es noch am Beginn des Konfliktes richtig gefühlt hat, als er um des weinenden Kindes Willen seinen Rachewunsch zügelte.

⁶⁸ A.a.O., S. 30.

⁶⁹ A.a.O., S. 20.

⁷⁰ A.a.O., S. 48.

⁷¹ A.a.O., S. 63 f., 76.

Kohlhaas will in keiner Welt leben, in der seine Rechte nicht geschützt werden und verfolgt sein Ziel, indem er die Rechte anderer missachtet und verletzt. Er fordert Respekt als Mensch und behandelt die Menschen als wertlose Hindernisse auf seinem Rachefeldzug.

Auch Lisbeths Bitte, zu vergeben, hat eine Gerechtigkeitsdimension: Vergebung ist eine vielschichtige moralische Handlung. Zu ihren Elementen gehört Verzicht auf Sanktionen oder Verurteilung um des Menschseins des anderen willen, dessen Forderungen gewichtiger sein können, als andere moralische Prinzipien. Damit ist auch eine Gerechtigkeitsfrage angesprochen: Was schulden wir anderen Menschen um ihres Menschseins willen, wie werden wir ihnen, uns und anderen, die von unseren Handlungen betroffen sind, in einer konkreten Situation gerecht? Dem niederträchtigen und habgierigen Junker zu vergeben oder jedenfalls seine Ungerechtigkeiten nicht weiter zu verfolgen, heisst offensichtlich nicht, seine Handlungen gutzuheissen. Es bedeutet nur, dass der Preis, der in der Währung von weiteren, grösseren Ungerechtigkeiten gegenüber anderen entrichtet werden müsste, um ihn für seine Taten zur Verantwortung zu ziehen, zu hoch ist.

IX. Das Rätsel des Zettels

Die märchen- oder legendenhafte Geschichte des Zusammentreffens der Wahrsagerin mit den beiden Fürsten, ihrer Voraussage des Gedeihens des Hauses Brandenburg, das Bestehen der Probe, dass die Fürsten fordern, weil das Ereignis, das den Beweis der Richtigkeit ihrer Voraussage erbringen soll, tatsächlich und wider Erwarten eintritt, ihre Weigerung, die Zukunft auch dem Kurfürsten von Sachsen zu enthüllen, die Übergabe des Zettels mit den Informationen an Kohlhaas, wird von manchen als merkwürdiger Fremdkörper, als zu phantastische Abschweifung mit unklaren Gehalt angesehen.⁷²

Man muss allerdings die Perspektive des Erzählers der Geschichte, die nicht Kleists ist, einbeziehen: Er berichtet aus einer alten Chronik, betont die Lücken und in Bezug auf die Wahrsagerin, die Unwahrscheinlichkeit der Ereignisse, kommentiert dies aber mit den berühmten Worten: «wie denn die Wahrscheinlichkeit nicht immer auf Seiten der Wahrheit ist, so traf es sich, daß hier etwas geschehen war, das wir zwar berichten; die Freiheit aber, daran zu zweifeln, demjenigen, dem es wohlgefällt, zugestehen müssen».⁷³

Kleist hat nicht davor zurückgeschaut, es mit der Ritterherrlichkeit, der Wundertaten und Hilfen durch Engel sehr weit zutreiben, wie *Das Käthchen von Heilbronn* zeigt. Die Wahrheit, um die es hier geht, liegt aber unter der Schicht der Ereignisse, die durch das Doppelgängerintimentum von Wahrsagerin und Lisbeth noch weiter ins märchenhafte gesteigert

⁷² Vgl. z.B. KAFKA, Brief an Felice Bauer, 10. Februar 1913, der bis auf den «grob hinuntergeschriebenen Schluß» die Novelle mit «wirklicher Gottesfurcht» als etwas «Vollkommenes» lese.

⁷³ VON KLEIST, Michael Kohlhaas, S. 96.

werden. Was genau ist das Übel, das Kohlhaas dem Fürsten zufügt? Warum ist ihm diese Übelzufügung wichtiger als sein Leben? Welchen Nachteil erleidet der Fürst denn, wenn er nicht weiss, wer der letzte Regent seines Herrschergeschlechts sein wird, wann seine Herrschaft und durch wen sie enden wird?⁷⁴ Warum würde Kohlhaas ihm noch nicht einmal den Zettel aushändigen, wenn der Kurfürst seinen eigenen Tod und den Tod seines Hofstaates anböte?⁷⁵ Der Kern des Übels ist Unsicherheit, geistig, weil unklar ist, was geschehen wird, aber auch tatsächlich, weil keine Massnahmen ergriffen werden können, das Übel vielleicht abzuwehren. Der Kurfürst erlebt sich als wehrloses Opfer der Geschichtskräfte, der Handlungen anderer, die vielleicht schon ihn treffen werden. Er wird zum Objekt und ist nicht mehr Gestalter und Subjekt seines Lebens. Ihm widerfährt damit das, was Kohlhaas auf anderen Wegen, nämlich durch Verlust des Schutzes von Recht selbst erlebt hat: Kohlhaas ist der Willkür des Junkers und danach der Verwandten ausgeliefert worden, die seine Prozesse niederschlagen und ihn auch danach verfolgen. Kohlhaas wünscht, dass der Kurfürst am eigenen Leib erlebt, was dieses Ausgeliefertsein bedeutet, deswegen reicht ihm nicht dessen Tod.

Die Geschichte der versagten Enthüllung der Prophezeiung unterstreicht deswegen den Wert der Rechtssicherheit: Unter den Bedingungen, die die Gebrechlichkeit der Welt schafft, im Angesicht der vielen Unvollkommenheiten und Übel, die die menschlichen Verhältnisse auszeichnen, stehen Menschen sowieso auf schwankendem Boden, wie Kleist in seinen Texten ausführt. Sie sollten sich deshalb wenigstens das Mass an Sicherheit erhalten, das sie selbst schaffen können. Ein Mittel dazu ist das Recht, dessen Anwendung durch Institutionen garantiert wird – ein Recht natürlich, das nicht nur formal aufgefasst wird, sondern eines, das Gerechtigkeit dient.

X. Tragödie des Gewissens

Die moralische Beurteilung von Geschehnissen und die Konsequenzen, die sich daraus für die Urteilenden ergeben, können sehr einsam machen. Das haben viele Menschen erlebt, die sich durch Gewissensentscheidungen gegen eine Mehrheit, gegen politische oder religiöse Mächte gestellt haben. Dieses Mass an Einsamkeit ist unvermeidlich. Es ist sicher eine wichtige Maxime, um es mit Kant zu formulieren, eine erweiterte Denkungsart für verpflichtend zu halten, d.h. sich verbunden zu fühlen, eigene Urteile durch die kritische Auseinandersetzung mit anderen Menschen zu prüfen.⁷⁶ Am Ende muss aber jeder wiederum allein beurteilen, ob die Kritik oder auch Zustimmung von anderen überzeugt oder nicht und welche Konsequenzen daraus folgen. Deswegen kann niemand der Verantwortung für

⁷⁴ A.a.O., S. 92.

⁷⁵ A.a.O., S. 86.

⁷⁶ KANT, § 40, S. 293 f.

seine Urteile oder Handlungen entgehen. Selbst wenn man sich weltlichen oder religiösen Autoritäten unterordnet oder sich politischen Bewegungen oder Führern unterwirft, bleibt die Entscheidung, es zu tun, eine eigene und zu verantwortende. Nicht die Weltgeschichte ist das Weltgericht,⁷⁷ sondern das subjektive Gewissen, das die notwendig letzte Instanz der moralischen Urteilsbildung formt.

Menschen entscheiden aber selten in ungetrübter moralischer Klarsichtigkeit. Sie können irren, auch nach ehrlichsten Reflexionsbemühungen und intensivem Austausch mit anderen. Und nicht nur das: Menschliches Handeln wird nicht allein durch Denken bewegt, sondern auch und gerade durch die vielen Gefühle und Antriebe, die das menschliche Innere zu so einem labyrinthischen, manchmal zauberhaften, manchmal abstossenden, Übel ausbrütenden Ort machen. Ohne solche Gefühle und Antriebe kann man auch Kohlhaas' Handeln nicht verstehen.

Die unausweichliche Rolle des subjektiven Gewissens unterstreicht die Würde des moralisch urteilsfähigen Subjekts. Diese Rolle ist aber gleichzeitig eine dauernde Quelle individueller und politisch-kollektiver Tragödien, wenn sich das urteilende Subjekt in Irrtümer verstrickt und es unwiderstehliche Empfindungen unter ihre Herrschaft zwingen, die auf Abwege und manchmal in den Abgrund führt.

Kohlhaas' Verirrungen illustrieren dies: Er bestimmt seine Rechte mit Augenmass und verlangt nichts, was ihm nicht aus guten Gründen zusteht. Sein ursprünglicher Impuls für seine Rechte zu kämpfen ist legitim und mutig. Dass er sich sogar für eine gerechte Ordnung für alle einsetzen will, die gerade nicht besteht, zeigt die Ernsthaftigkeit seiner ethischen Orientierung.

Das Problem beginnt, wenn er seinen eigenen Gerechtigkeitsprinzipien untreu wird, weil er die Ungerechtigkeiten nicht mehr sieht, die er begeht, was sich schon vor Lisbeths Tod andeutet und mit ihrem Tod seinen blutigen Verlauf nimmt. Dabei bewegen ihn nicht nur die eigenen spezifischen Gerechtigkeitsforderungen und sein Ziel einer gerechten Gesamtordnung. Ihn halten bei seinem Geschäft der Rache widerstreitende Empfindungen gefangen: Verletztheit, Erniedrigung, aufbegehrender Stolz, Zorn, Trauer, vielleicht auch Scham, dass er Lisbeth in eine Sache verwickelt hat, die ihren Tod verursacht hat, Empörung über Unrecht, sich steigender Grössenwahn zerreißen, wie der Erzähler betont, sein eigentlich Gerechtigkeit suchendes Gemüt.

Diese Tragödie hat eine politische Dimension: Kohlhaas wird zum eschatologischen Revolutionär, der für eine bessere Ordnung kämpft, aber gerade nicht verwirklicht, sondern durch die Mittel, die er wählt, die bestehenden Ungerechtigkeiten nur vertieft.

Die Parallele zum Verlauf zentraler Ereignisse der Weltgeschichte wie der Französischen oder Russischen Revolution ist offensichtlich: Die berechtigte Forderung, das *Ancien Régime* und die zaristische Ordnung zu überwinden, motiviert die Revolutionäre, die aber

⁷⁷ Wie HEGEL, § 340, meinte.

selbst im weiteren Verlauf der Umwälzung und Etablierung eines neuen Herrschaftssystems Gerechtigkeitsprinzipien verletzen, im Fall des stalinistischen Terrors mit Millionen Toten. Diese Entwicklungen haben eine doppelte tragische Konsequenz: Sie verursachen erstens grosses, menschliches Leid und sie delegitimieren in den Augen vieler zweitens die Prinzipien und politischen Ziele der revolutionären Bewegungen auch in den Teilen, die völlig berechtigt sind. Umgekehrt können sie den bekämpften politischen Ordnungen eine neue Aura von Legitimität verleihen, mindestens weil diese als das kleinere Übel erscheinen. Diese Folgen stellen eine zutreffende historische Bewertung auf den Kopf, denn das Ancien Régime oder die zaristische Ordnung zu überwinden, war ein gerechtfertigtes Ziel. Daran ändern *Terreur* oder die stalinistischen Schauprozesse nichts.

Um es noch einmal zu betonen: Diese mögliche Tragik des individuellen Gewissens und seiner politischen Ausdrucksformen ist kein Monopol revolutionärer Bewegungen. Die Verteidiger des Status quo können sich in gleiche Schuld verwickeln, denn auch die Unterlassung einer gesellschaftlichen Veränderung kann Leid verursachen. Das Unterlassen des Widerstands gegen die zaristische Ordnung vor 1917 hat etwa grosse Ungerechtigkeiten ermöglicht. Nicht nur Revolutionäre, auch Konterrevolutionäre, Mitläufer und schweigende Mehrheiten können schuldig werden.

Die Geschichte von Michael Kohlhaas wird mit Recht als Erinnerung daran gelesen, wie wichtig es ist, dass einzelne Menschen ebenso wie politische, womöglich sogar revolutionäre Bewegungen, Rechte einfordern und Gerechtigkeit verteidigen.⁷⁸ Das gilt besonders, aber offensichtlich nicht nur für die deutsche Geschichte und ihren Sturz in den Nationalsozialismus als Negation einer Gesellschaft, in der die Rechte der Einzelnen geschützt werden, wie Kohlhaas fordert. Man darf nicht überlesen, dass nicht nur Kohlhaas kritisiert wird, sondern auch die Gesellschaft und politischen Verhältnisse, die diesen rechtschaffenden Mann in solche Verzweiflung und Empörung treiben, dass er seinen eigenen Gerechtigkeitsprinzipien durch Ausschweifung und Masslosigkeit untreu wird. Der Imperativ, der daraus ethisch und politisch folgt, lautet, Strukturen zu schaffen und zu erhalten, die solche Konflikte gar nicht erst entstehen lassen oder jedenfalls so weit entschärfen, dass tragische Folgen ausbleiben.

In Demokratien und Rechtsstaaten gibt es verschiedene Mechanismen, um die Folgen von Fehlschlüssen und zerstörerischen Gefühlen möglichst gering zu halten. Die politische Auseinandersetzung kann Sachfragen klären, das Institutionengefüge ist auf Rationalisierung von Entscheidungen angelegt, das Recht und die Verfassung schaffen einen im besten Fall wohlbegründeten Rahmen, in dem Entscheidungen und Handlungen sich zu halten haben und begrenzen dadurch die möglichen schädlichen Folgen falscher Entscheidungen, kon-

⁷⁸ «Sie ist, dünkt mich, nicht ganz unzeitgemäß und hat etwas von weckendem Aufruf in einem historischen Augenblick, wo Rechtsstumpfheit, Verhärtung gegen das Unrecht, die schlaaffe Geste des «That's one of those things» sich über die Welt verbreitet», kommentierte z.B. MANN, S. 823 ff., 835.

trolliert und gesichert durch Gerichte. In der Gegenwart wird diese nationalstaatlich gewachsene Ordnung noch durch internationale Rechtssysteme zusätzlich gestärkt.

Selbst in diesem System kommt es aber immer wieder zu Gewissenskonflikten, in denen Einzelne schwere Entscheidungen treffen müssen, wie z.B. die Auseinandersetzungen um zivilen Ungehorsam und seine zulässigen und unzulässigen Formen zeigen.

Eine gesellschaftliche Kultur, die es mit der Herrschaft von an Gerechtigkeitsprinzipien orientiertem Recht ernst meint und ihre Institutionen bleiben zudem immer gefährdet, nicht zuletzt, weil die zerstörerischen Kräfte, die diese Kultur bändigen will, sie überwältigen können, was das Verständnis der nicht leicht zu bestimmenden Quellen dieser Kräfte so wichtig macht.

XI. Kohlhaas' Nachkommen

Kohlhaas Kinder werden geadelt und der Chronist berichtet, dass noch lange «frohe und rüstige» Nachkommen von Kohlhaas in Brandenburg zu finden waren. Was das genau heisst, lässt er offen. Aus ihrer Abkommenschaft von Kohlhaas haben sie vielleicht den Gerechtigkeitsinn und das Bewusstsein der Wichtigkeit nicht nur gerechter Handlungen, sondern auch gerechter Ordnungen gewonnen. Vielleicht hat sie auch Lisbeths Erbe von den Ausschweifungen geschützt, die Kohlhaas Tragödie ausmachen: Die Fähigkeit, den Blick auf das Ganze nicht zu verlieren und so der Gefahr zu entgehen, die nicht darin besteht, dass Gerechtigkeitsansprüche übertrieben werden, sondern darin, dass der Blick nicht auf die vielen Gegenstände fällt, die in Ungerechtigkeiten verstricken können. Wie real diese Gefahr ist, mag Kleists eigenes Beispiel zeigen, der sich in seiner Verzweiflung über die napoleonischen Siegeszüge und die Zustände in den deutschen Staaten einem wilden, zügellosen Nationalismus ergab, der in der Apologie amoralischer zynischer Gewaltpolitik, wenn sie nur der nationalen Sache diene, in der *Herrmannschlacht* gipfelte, die Kleists Rezeption bis in den Nationalsozialismus hinein prägte.

Die Tragödie des Michael Kohlhaas ist die beste Warnung vor Ausschweifungen von Gerechtigkeit suchenden Menschen und den politischen Bewegungen, die sie formen, ohne sie dabei im Geringsten zu entmutigen, für ihre Rechte, die Rechte aller und eine Ordnung, die sie schützt, einzustehen. Nicht umsonst bildet die Berufung auf die Überzeugung von Kohlhaas, dass man nicht in einem Staat leben könne, in dem die Rechte des Einzelnen nicht geschützt werden, den Kern einer Kritik von totalitären Ideologien wie dem Nationalsozialismus, der sich ohne Berechtigung auf Kleist berief.⁷⁹

⁷⁹ Literarisch gestaltet findet man das in FEUCHTWANGER: Berthold Oppermann bezieht sich auf Kohlhaas' Einfordern von Rechten in seinem Abschiedsbrief.

In der Geschichte von Michael Kohlhaas wird die Frage nach dem Umgang mit seinen Taten, mit Ungerechtigkeiten aus ethischen Impulsen, mehrmals aufgeworfen. Verschiedene Möglichkeiten werden in der Novelle vor dem Ende seines Kampfes umrissen und erwogen.

Nach dem er den Brief Luthers erhalten hat, berät der Kurfürst mit seinen Räten, was zu tun sei.⁸⁰ «Schlichtes Recht tun», um die Kette der Freveltaten abreißen zu lassen und die Regierung aus dem «häßlichen Handel» zu befreien wird ebenso vorgeschlagen wie Bestrafung des schuldigen Höflings verbunden mit Gewalt gegen Kohlhaas, denn die «Ordnung des Staates sei, in Beziehung auf diesen Mann, so verrückt, daß man sie schwerlich durch einen Grundsatz, aus der Wissenschaft des Rechts entlehnt, werde einrenken können». Deswegen fordere die Notwendigkeit durch Gewalt «den Schleier vor dem Throne der Gerechtigkeit niederzulassen».

Letztere Art des Umgangs mit Kohlhaas findet sein Echo in den Gefühlen einiger Bewohner Dresdens, nachdem es zu einem Tumult wegen der Pferde von Kohlhaas gekommen ist, an dem Kohlhaas ganz unschuldig war, als diese im Rahmen des Prozesses nach Dresden zurückgebracht worden sind: Kohlhaas' Verhältnis zum Staat sei unerträglich, so eine öffentliche Empfindung, ein einzelner dürfe aus Starrsinn nicht seinen Willen ertrotzen, gerade bei einer Kleinigkeit wie den Pferden. Offenes Unrecht tun gegenüber Kohlhaas sei deswegen angemessen.⁸¹ Aber auch Täuschung von Kohlhaas und seine Inhaftierung wird vom Verwandten des Junkers dem Kurfürsten vorgeschlagen.⁸² Der Fürst will seinen intriganten Höfling nicht opfern und ihn bestrafen und nimmt deswegen am Ende Luthers Vorschlag an, Kohlhaas eine Amnestie anzubieten und ihm zu erlauben seinen Prozess zu führen – gewinnt er ihn, soll er begnadigt werden.

Welche Lösung ist die überzeugendste? Gibt es Taten, denen man mit den Sätzen der Rechtswissenschaft nicht beikommen kann? Muss man dann mit Gewalttaten einen «Schleier vor dem Thron der Gerechtigkeit» niederlassen, um in eine gesellschaftliche Ordnung zurückfinden zu können? Ist offenes Unrecht tun manchmal geboten? Oder gibt es unter Gerechtigkeitsprinzipien keine prinzipielle Alternative zum Ausgang von Kohlhaas' Rebellion, zu Befriedigung seiner Ansprüche und Strafe für seine Untaten, wenn auch besser nicht mit dem Henkersbeil?

Die Tragödie des Michael Kohlhaas lädt vor allem dazu ein, das Entstehen dieser Fragen zu verhindern, z.B. durch «schlichtes Recht tun» von Menschen, allein und in der Gemeinschaft, damit jemand wie Kohlhaas nicht zu Untaten gedrängt wird und niemand unschuldig in einem Kampf leidet, dessen Anlass eine berechtigte Gerechtigkeitsforderung ist, der aber in Ungerechtigkeiten mündet, weil Leidenschaften und soziale Kräfte entfesselt werden, die sich durch Gerechtigkeitsideen nicht mehr bändigen lassen.

⁸⁰ VON KLEIST, Michael Kohlhaas, S. 49 ff.

⁸¹ A.a.O., S. 63.

⁸² A.a.O., S. 50 ff.

XII. Literaturverzeichnis

- BLAMBERGER GÜNTER, Heinrich von Kleist, Biographie, Frankfurt am Main 2012
- FEUCHTWANGER LION, Die Geschwister Oppermann, Berlin 2013
- HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Moldenhauer Eva/ Michel Karl Markus (Hrsg.), Hegel Georg Wilhelm Friedrich, Werke, Bd. 7, 1986
- HORKHEIMER MAX/ADORNO THEODOR W., Die Dialektik der Aufklärung, in: Adorno Theodor W. (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. 3., Berlin 1997
- KAFKA FRANZ, Briefe an Felice, 1976
- KANT IMMANUEL, Kritik der Urteilskraft, in: Königliche preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften: Kritik der praktischen Vernunft, Kritik der Urteilskraft, Bd. 5, 1908/13, S. 165 ff.
- MANN THOMAS, Heinrich von Kleist und seine Erzählungen, in: Gesammelte Werke, Bd. IX., Frankfurt am Main 1990
- VON IHERING RUDOLF, Der Kampf um's Recht, 2. Aufl., Wien 1872
- VON KLEIST HEINRICH, Der Zerbrochene Krug, in: Sembdner Helmut (Hrsg.), Heinrich von Kleist, Sämtliche Werke und Briefe, Zweibändige Ausgabe in einem Band, 3. Aufl., München 2013, Bd. 1, S. 175 ff. (zit. KLEIST, Der Zerbrochene Krug)
- VON KLEIST HEINRICH, Michael Kohlhaas, in: Sembdner Helmut (Hrsg.), Heinrich von Kleist, Sämtliche Werke und Briefe, Zweibändige Ausgabe in einem Band, 3. Auflage, München 2013, Bd. 2, S. 9 ff. (zit. KLEIST, Michael Kohlhaas)
- VON SCHILLER FRIEDRICH, Wallensteins Tod, in: Schiller Friedrich von, Sämtliche Werke, Bd. II, München 1981, S. 269 ff.

Fangnetze für Eliten in der internationalen Strafrechtswissenschaft

Oliver Diggelmann*

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangspunkt: Furcht vor straflosen Drahtziehern	37
II.	Rechtssatz-Problematik: Unspezifität und vollständig fehlende Rechtsgrundlage	39
	A. Unspezifität und Ambiguität: «judge legislators»	39
	B. Fehlende explizite Rechtsgrundlage: Nähe zu <i>ad hoc</i> Fangnetzen	45
III.	Schuldprinzip-Problematik: Elitenverbrechen und weit gefasste Täterschaft	47
	A. Elitenverbrechen: Zurechnung qua Milieuzugehörigkeit?	47
	B. Weit gefasste Täterschaft: Nähe zu quasi-Schuldvermutungen	52
IV.	Schluss	56
V.	Literaturverzeichnis	57

I. Ausgangspunkt: Furcht vor straflosen Drahtziehern

Die grosse Sorge des geistigen Vaters des Nürnberger Kriegsverbrechertribunals, Oberst Murray C. Bernays, waren mögliche Freisprüche zentraler Figuren des nationalsozialistischen Regimes. Er ging davon aus, dass das Tribunal als Ganzes als Fehlschlag beurteilt werden würde, wenn nicht zumindest einige der noch lebenden wichtigen Figuren zur Rechenschaft gezogen würden. Die meisten Angehörigen des Führungsmilieus waren in die konkrete physische Verübung der Verbrechen und ihre Organisation nicht unmittelbar involviert. Bernays suchte deshalb nach Möglichkeiten, ihr Entkommen durch Schaffung entsprechenden Rechts zu verhindern. In seinen Überlegungen spielte früh schon die Idee eines – nur vage konturierten – Verbrechens der «Verschwörung» eine Rolle; es sollte Verurteilungen ermöglichen, wenn eine konkrete Involvierung in Kriegsverbrechen oder in den Massenmord an den Juden und anderen Minderheiten nicht nachweisbar sein sollte.¹ Pointierter: Es ging ihm um die Schaffung eines Fangnetzes für jene Eliten, die auf keinen Fall entkommen durften. Involvierung in das grosse Ganze der Nazi-Verbrechen, zumal an

* Professor für Völkerrecht, Europarecht, Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Universität Zürich. Ich danke meinem Assistenten Matthias Emery, MLaw, herzlich für die äusserst wertvolle Mitarbeit.

¹ BUSH, S. 1138.

bedeutender Stelle, so die Überlegung, sollte ebenso bestraft werden können wie die Beteiligung an den einzelnen konkreten Verbrechen.

Ein Grundcharakteristikum völkerrechtlicher Verbrechen ist, dass sie typischerweise von arbeitsteilig agierenden Menschengruppen begangen werden. Sie sind in der Regel Ergebnis eines komplexen Zusammenwirkens vieler Akteure. Diese Gruppen- oder gar Grossgruppendifferenz unterscheidet sie von «gewöhnlichen» Verbrechen wie Diebstahl oder Mord, wie sie normalerweise vor innerstaatlichen Straftribunalen verhandelt werden. Während des Bürgerkrieges in Syrien etwa wurde in verschiedenen Gefängnissen mit ähnlichen Methoden gefoltert.² Das Muster, das sich hinter den Taten offenbart, liess auf ein signifikantes Zusammenwirken der konkret handelnden Folterknechte mit den für die Koordination und den politischen Support zuständigen Personen in mittleren und oberen Chargen schliessen. Arbeitsteilung vergrössert die Handlungsspielräume oberer Chargen. Sie ermöglicht unter Umständen die Avisierung politischer Grossziele wie die Niederschlagung eines Aufstandes, die Eroberung von Territorien oder die Dezimierung einer Bevölkerungsgruppe. In Diktaturen werden die Spielräume der Oberen nicht zuletzt dadurch erweitert, dass untere Chargen für Fehlverhalten drakonischen Strafandrohungen ausgesetzt werden, die zuweilen exemplarisch vollstreckt werden. In der Gegenwart lässt sich der Mechanismus etwa auf Seiten Russlands im Krieg gegen die Ukraine beobachten. Berichten zufolge soll Russland seit 2022 dazu übergegangen sein, hohe Strafen zur Disziplinierung der Truppen einzusetzen, um so letztlich die Handlungsspielräume der Spitze möglichst aufrecht zu erhalten. Das Weisse Haus nimmt an, dass verschiedentlich Exekutionen wegen Ungehorsams stattgefunden haben.³

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Drahtziehern und der Systemspitze kann grundsätzlich auf zwei Wegen erreicht werden. Die erste Option ist das Schaffen eigentlicher Eliten-tatbestände. Sie stellen exklusiv oder im Schwerpunkt das spezifische Handeln der Eliten unter Strafe, ihren spezifischen Beitrag. Sie knüpfen an ganz konkrete Förderungshandlungen an. Ein Beispiel sind die Verbrechen gegen den Frieden in der Nürnberger Charta, deren zeitgenössischer Abkömmling das Verbrechen der Aggression im ICC-Statut darstellt.⁴ Beide werden von Personen begangen, die Zugang zu Entscheidungen über Krieg und Frieden haben, naturgemäss also Angehörige der Elite. Die zweite Grundoption ist eine weit gefasste Konzeption der Täterschaft. Sie kann je nach Ausgestaltung den Einbezug der aus der Distanz agierenden Drahtzieher ermöglichen oder erschweren. Ein wichtiges Beispiel ist das «Hineinlesen» der Täterschaftsform des «gemeinschaftlichen verbrecherischen Unternehmens», des «joint criminal enterprise» (JCE), in die im Statut für das Kriegs-

² Die Gesamtzahl der zu Tode gefolterten Personen wurde 2019 auf 14'000 geschätzt: Human Rights Council, No End in Sight: Torture and Ill-Treatment in the Syrian Arab Republic 2020–2023 A/HRC/53/CRP.5, 10. Juli 2023; SAFI.

³ MADHANI/LONG.

⁴ Art. 6 lit. a Statut für den Internationalen Militärgerichtshof (IMT-Statut, Nürnberger Statut); Art. 8^{bis} Römer Statut für den Internationalen Strafgerichtshof (IStGH-Statut).

verbrechertribunal für das frühere Jugoslawien (ICTY) erwähnte «commission», die «Tatbegehung».⁵ Die Ableitung dieser Form der Täterschaft (vielleicht müsste man sagen: die Erfindung) erlaubte die grosszügige Erfassung der Mitglieder von Kollektiven unterschiedlicher Grösse und Organisation – und vor allem der Eliten, wenn deren konkrete Beiträge an die Verbrechen nicht im Detail nachweisbar waren.

Mit dem vorliegenden Beitrag soll das für die internationale Strafjustiz fundamentale Bemühen um Elitenverantwortlichkeit aus rechtsstaatlicher Sicht beleuchtet werden. Es interessiert das Grundsätzliche, das «big picture», nicht eine einzelne Institution. Im Lauf der Entwicklung seit dem Nürnberger Tribunal wurde teilweise, populär formuliert, mit eigentlichen Fang- oder Schleppnetzen für Eliten operiert, wobei auch rechtsstaatlich rote Linien überschritten wurden. Im Folgenden soll dieser Befund spezifiziert, neuralgische Aspekte sollen näher beleuchtet werden. Zwei Problemkreise werden dabei unterschieden: die genügende Rechtssatzgrundlage und die Vereinbarkeit von Regelungen und Praxis mit dem Schuldprinzip. Bei Letzterem geht es um die Frage, ob jemand bloss für eigenes schuldhaftes Verhalten oder auch für fremdes, von ihm nicht beeinflussbares zur Rechenschaft gezogen wird. Zwischen den beiden Problemdimensionen bestehen Berührungspunkte; sie werden hier aber grundsätzlich auseinandergehalten. Letztlich gilt das Interesse – daher der diachrone Ansatz bei der Analyse – der Entwicklung und dem Funktionieren der internationalen Strafjustiz generell und in der Langzeitperspektive: den Tiefenstrukturen, den bleibenden Fragen und Dilemmata.

II. Rechtssatz-Problematik: Unspezifität und vollständig fehlende Rechtsgrundlage

A. Unspezifität und Ambiguität: «judge legislators»

Die Kritik einer ungenügenden Rechtssatzgrundlage zählt zu den klassischen Vorwürfen an die internationale Strafjustiz. Ein Teil gilt der Erfassung verbrecherischer Eliten. Grundsätzlich muss Rechtsunterworfenen möglich sein, so der rechtsstaatlich zentrale Gedanke, mit vernünftigem Aufwand das Strafrecht zu kennen und so strafbares Verhalten von nicht strafbarem unterscheiden zu können.⁶ Für den modernen Rechtsstaat einschliesslich der völkerrechtlichen Strafjustiz ist der Grundsatz fundamental.⁷ Er hat den Status eines gar

⁵ Zur Entwicklung der Figur insbesondere: HAAN.

⁶ Zur Bedeutung der Zugänglichkeit und Verständlichkeit des Strafrechts: BINGHAM, S. 37 f.

⁷ Das Kriegsverbrechertribunal für das frühere Jugoslawien (ICTY) nannte den Grundsatz der genügenden Rechtssatzgrundlagen einen «rechtsstaatlichen Grundpfeiler»: *Prosecutor v. Zejnail Delalić et al.*, IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16. November 1998, § 402.

kulturübergreifenden und zeitlosen Rechts- und Gerechtigkeitspostulats; seine Bedeutung wurde bereits von frühen Hochkulturen wie der römischen oder der chinesischen erkannt.⁸

Kritisch könnte man mit Blick auf völkerrechtliche Verbrechen einwenden, bei derart schwerkriminellem Verhalten verstehe sich Strafbarkeit von selbst. Wer etwa die Deportation ukrainischer Kinder organisiert und um die Herkunft der Kinder weiss, könnte sich niemals glaubwürdig mit Hinweis auf fehlendes Wissen um die Strafbarkeit entlasten. Am Einwand ist in solchen Konstellationen etwas dran. Seine Grenzen zeigen sich aber, wenn der Blick auf jene Verhaltensweisen gerichtet wird, die nicht unmittelbar die physische Verübung der Verbrechen betreffen, bei Beiträgen im Hintergrund, die vor allem der Unterstützung oder Ermöglichung der Verbrechen dienen. Bei Makroverbrechen existieren zahlreiche Formen solch indirekter Förderung. Sie reichen vom Stützen politischer oder ökonomischer Strukturen oder einer Mentalität bis zum Bekunden von Sympathie für Tatusführende. Die Gesamtheit aller Förderungshandlungen schafft eine «Grosswetterlage»; sie kann die Verbrechen begünstigen oder vielleicht gar entscheidend fördern. Wo aber liegt genau die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten? Eine Kultur des Gehorsams in Politik und Militär, ein Korpsgeist und das politische Absichern von Verbrechen wie Deportationen durch Propaganda können allesamt wichtige Erfolgsfaktoren sein. Immer gibt es zudem Formen der indirekten Förderung, die von vornherein nicht strafbar sein können. Ein Zustimmung signalisierender Kuss auf die Wange eines Kriegsverbrechers ist kein Verbrechen, auch wenn er moralisch vorwerfbar ist.⁹ Eine generell-abstrakte Trennlinie zwischen strafrechtlich relevantem und bloss moralisch schuldhaftem Verhalten zu ziehen, ist gerade beim Beitrag von Eliten oft schwierig. Teilweise wird deshalb – im Vergleich mit hochentwickelten staatlichen Strafrechtssystemen – eine Absenkung der Anforderungen an die *lex certa* verlangt.¹⁰ Die Vorstellungen in Bezug auf den erforderlichen Rigiditätsgrad bei den Anforderungen gehen beträchtlich auseinander.¹¹ Geringe Anforderungen bedeuten aber eine Verschiebung von faktischer Rechtsetzungsmacht auf das Richterergremium, was wiederum den Vorwurf von «judge legislators» provoziert. Dieser ist ebenfalls ein traditioneller Begleiter der internationalen Strafjustiz.

Bei den Pioniertribunalen nach dem Zweiten Weltkrieg war ungenügende Spezifität der Regelung ein genereller Mangel. Deutlicher: ein genereller und zugleich schwerer Mangel. Die Nürnberger Charta verweist etwa beim Straftatbestand der Kriegsverbrechen – dem

⁸ Zur Bedeutung im alten chinesischen Kaiserreich: MACCORMACK, S. 1 f.

⁹ Sinnbildlich für moralische Schuld durch Sympathiebekundung ist ein Foto geworden, das die spätere Präsidentin der bosnischen Serben und auch selbst angeklagte Biljana Plavšić zeigt, wie sie dem bosnisch-serbischen Warlord Željko Ražnatović Arkan einen Kuss auf die Wange drückt: SUBOTIĆ, S. 42.

¹⁰ VAN SCHAACK 2009, S. 134; CORSI, S. 1329; STEER, S. 36 f.

¹¹ Das Erfordernis hat zudem in den verschiedenen Rechtskulturen unterschiedliche Ausprägungen erfahren, was seine Übertragung auf die internationale Ebene erschwert. Dazu: CORSI, S. 1328; VAN SCHAACK 2009, S. 102; Prosecutor v. Zejnir Delalić *et al.*, IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16. November 1998, § 403.

einzigsten Tatbestand, dessen Aufnahme in den Verbrechenskatalog von vornherein feststand – pauschal auf die Gesetze und Gebräuche des Krieges. Sie nennt zwar etwa Mord, Deportation zu Sklavenarbeit und Misshandlung von Kriegsgefangenen als Beispiele (Art. 6 Abs. 1 lit. b). Es fehlt aber jeder Versuch einer generell-abstrakten Bestimmung der Trennlinie zwischen strafbarem und straflosem Verhalten. Die Charta ignoriert das Problem. Nicht jede Regel des Kriegführungsrechts ist jedoch fundamental. Art. 6 Abs. 5 der Haager Landkriegsordnung beispielsweise enthält eine Regel zur Verwendung des Verdiensts von Kriegsgefangenen. Diese Regelung kann nicht gemeint sein. Die Charta überlässt die Grenzziehung dem Gericht.

Das Elitenverbrechen der Verbrechen gegen den Frieden ist ähnlich unspezifisch geregelt. Art. 6 Abs. 2 lit. a erklärt die Planung, Vorbereitung und das Führen eines Angriffskriegs für strafbar. Sie stellt im Rahmen eines Subtatbestands das gemeinsame Planen des Krieges und die «Verschwörung» zu einer der genannten Begehungsweisen unter Strafe. Die Regelung hat ebenfalls generalklauselartigen Charakter. Jedes Handeln mit losem Bezug zu den deutschen Angriffskriegen liesse sich theoretisch erfassen, der Begriff der Vorbereitung insbesondere ist weit konzipierbar. Die Anklage in Nürnberg hatte zunächst vor, von der Bestimmung ausgiebig Gebrauch zu machen. Sie erwog, die ganze Zeit des Aufstiegs der NSDAP bis zum Kriegsende als einen einzigen riesigen Aggressionsplan zu behandeln.¹² Sie liess die Idee jedoch wieder fallen und unterschied schliesslich verschiedene Subpläne.¹³ Wegen Verbrechen gegen den Frieden verurteilt wurden nur hohe Chargen mit Einfluss auf die Politikformulierung (und in Kombination mit weiteren Anklagepunkten).¹⁴ Hermann Göring, ab 1935 Reichsluftfahrtminister und Oberbefehlshaber der Luftwaffe, und Alfred Jodl, Hitlers engster Berater für die Gesamtkriegsführung, waren die zwei wichtigsten Fälle.¹⁵ Kein einziger Angeklagter wurde ausschliesslich wegen Verbrechen gegen den Frieden schuldig gesprochen. Darin zeigt sich das Unbehagen gegenüber dem Tatbestand deutlich, das mit der Zeit immer grösser wurde. Das Schwestergericht in Tokio hatte generell weniger rechtsstaatliche Skrupel. Es wurde dem Nürnberger Tribunal nachgebildet und nutzte vor allem den Subtatbestand der Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden, um die politische Führung Japans zu erfassen.¹⁶ Das Ausweichen auf den Subtatbestand ersparte es dem Tokio-Tribunal, die Rollen der einzelnen Mitglieder der japanischen Führung in den komplexen Entscheidungsprozessen zu spezifizieren.

Die Nürnberger Charta sah zudem vor, dass auch die *Verschwörung* zu Verbrechen gegen den Frieden strafbar ist (Art. 6 Abs. 3) – wie auch die Verschwörung zu Verbrechen gegen

¹² CLARK, S. 543.

¹³ *Loc. cit.*, S. 543.

¹⁴ *Loc. cit.*, S. 544.

¹⁵ International Military Tribunal, Judgement of 1 October 1946, in: The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946), S. 515.

¹⁶ Im Einzelnen: BOISTER, S. 430 f.

die Menschlichkeit (Art. 6 Abs. 4). Die Möglichkeiten einer pauschalen Erfassung der Eliten wurden damit theoretisch noch einmal stark erweitert. Die Charta entsprach so Murray C. Bernays Wunsch nach einem subsidiären Auffangnetz für Fälle, in denen die Beweislage dürrig war.¹⁷ Kritisch wurde dagegen früh eingewendet, man solle die Nazi-Führungsebene nicht wegen blosser Planungen, sondern wegen Beteiligung an konkret begangenen Verbrechen anklagen.¹⁸ Die Praxis spiegelte die ambivalenten Haltungen. Tribunal und Anklage behandelten die Verschwörung weder eindeutig als eigenständiges Verbrechen noch eindeutig als Beteiligungsform.¹⁹ Sie hatten mit ihrer Einordnung Mühe, und das Gericht wies explizit auf seine Bedenken hin.²⁰ US-Chefankläger Robert H. Jackson, der als amerikanischer Richter noch hohe Anforderungen an Verschwörungen gestellt und die Notwendigkeit tatsächlicher Förderungshandlungen betont hatte, sah als Ankläger vor allem die Chancen.²¹ Der Tatbestand der Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden wurde gar auf Jacksons Initiative hin – und gegen den Willen der Sowjetunion sowie Frankreichs – in die Charta aufgenommen.²²

Auch in der Praxis des Tribunals von Tokio war der Tatbestand der Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden von Bedeutung. Verurteilt wurde gestützt auf ihn etwa der Heeresminister Itagaki Seishirō, der bei der Invasion in China ab 1937 eine zentrale Rolle gespielt hatte.²³

Mit der Schaffung der *ad hoc*-Tribunale ICTY und ICTR 1993 und 1994 begann die Phase sukzessiver und weitgehender Überwindung des Spezifitätsproblems bei der Rechtsgrundlage. Generalklauselartige Tatbestände wie in Nürnberg und Tokio waren in den Statuten von ICTY und ICTR nicht mehr zu finden und erst Recht im Statut des ICC nicht mehr. Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit nennt das ICTY-Statut in Art. 5 bereits neun Varianten, die über die ganz knappe Exemplifizierung in der Nürnberger Charta weit hinausgehen. Noch einmal deutlich spezifischer ist die Regelung im ICC-Statut. Es normiert eine Reihe von Teiltatbeständen, die durch die «Elements of Crime» – eine von der Staatenversammlung des ICC angenommene Interpretationshilfe – noch weiter präzisiert wurden.²⁴ Das ICC-Statut erklärt beispielsweise in Art. 8 Abs. 2 lit. e vii die Zwangsverpflichtung von Kindern zum Kriegsverbrechen, und die «Elements of Crime» präzisieren dies dahingehend, dass der Täter um das Alter der Kinder unter 15 Jahren und auch um den be-

¹⁷ BUSH, S. 1138.

¹⁸ YANEV, S. 431.

¹⁹ DANNER/MARTINEZ, S. 116.

²⁰ BUSH, S. 1139.

²¹ YANEV, S. 1137.

²² KING, S. 274 f.

²³ International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 49796–49799.

²⁴ Bei den «Elements of Crime» handelt es sich um ein unverbindliches Interpretationsangebot, von dem das Gericht flexibel Gebrauch machen kann: TRIFFTERER, S. 1430; KOCH, S. 150–154.

waffneten Konflikt gewusst haben muss, in dessen Rahmen die Kinder rekrutiert werden. Das Legalitätsprinzip hat sich seinen Raum erkämpft.

Nicht im gleichen Mass vom Bemühen um Spezifität erfasst wurde bei den *ad hoc*-Tribunalen das einzige aus der Pionierzeit übrige Elitenverbrechen: die Vorgesetztenverantwortlichkeit. Diese pönalisiert der Grundidee nach passives Verhalten von hierarchisch Übergeordneten, die ihre Möglichkeiten zur Verhinderung von Makroverbrechen nicht nutzen. Sie war weder in der Charta von Nürnberg noch in jener von Tokio enthalten, wurde vom Tokio-Tribunal aber als «command responsibility» von den US-Militärkommissionen übernommen, die sie entwickelt hatten.²⁵ (Wegen des vollständigen Fehlens einer Rechtsgrundlage in Tokio wird auf diese Übernahme unter II.B zurückzukommen sein.) Erstmals kodifiziert wurde sie als «command responsibility» erst im Zusatzprotokoll I von 1977 zu den Genfer Konventionen.²⁶ Die Statuten der *ad hoc*-Tribunale erweitern sie in Art. 7 Abs. 3 (ICTY) beziehungsweise Art. 6 Abs. 3 (ICTR) – mit knapper Formulierung – von der Kommando- zur Vorgesetztenverantwortlichkeit. Diese Bestimmungen in den beiden Statuten handeln allerdings von den Täterschaftsformen. Es geht grundsätzlich um Tatbegehung, Planung, Anstiftung etc., nicht um materielle Straftatbestände. Es existierte also, mit anderen Worten, bei ICTY und ICTR weiterhin kein Verständnis dafür, dass es sich bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit an sich um ein Verbrechen eigener Art handelt. Dies dürfte die geringe Spezifität der Regelung in den Statuten von ICTY und ICTR bis zu einem gewissen Grad erklären. In der Praxis des ICTY spielte die Vorgesetztenverantwortlichkeit eine nicht unerhebliche, allerdings nicht überragende Rolle.²⁷ Der Grund dafür dürfte sein, dass die vom Gericht geschaffene Täterschaftsform des «joint criminal enterprise» die Hauptlast bei der Erfassung der Eliten trug. Man «brauchte» die Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht in dem Masse. Im Statut des ICC wurde die Regelung dann spezifischer gefasst. Das Statut macht nun explizit einen Unterschied zwischen der strengeren militärischen und der etwas weniger strengen zivilen Vorgesetztenverantwortlichkeit.²⁸ Anders als in den Statuten von ICTY und ICTR ist sie nun in Art. 28 des ICC-Statuts erstmals abgesetzt von den Täterschaftsformen geregelt.²⁹

²⁵ International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 20, New York 1981, S. 49809–49810.

²⁶ Art. 87 Zusatzprotokoll I von 1977 zu den Genfer Konventionen von 1949; MELONI, S. 623.

²⁷ Dazu MELONI, S. 624–633.

²⁸ Zur Vorgesetztenverantwortlichkeit gemäss ICC-Statut: TRIFFTERER/ARNOLD, S. 1056–1106; NERLICH, S. 665–682.

²⁹ In der bisherigen, überschaubaren Praxis des ICC stand die Vorgesetztenverantwortlichkeit vor allem im Fall *Jean-Pierre Bemba-Gombo* im Vordergrund: Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/13, Trial Chamber Judgment, 19. Oktober 2016, §§ 170–213 (abstrakt zur Vorgesetztenverantwortlichkeit), §§ 398–620 (relevanter Sachverhalt), §§ 693–742 (Würdigung des Sachverhalts). Späterer Freispruch durch die Berufungskammer: Appeals Chamber Judgment, 8. Juni 2018, §§ 166–193.

Mit dem Tatbestand der Aggression wurde zudem in der jüngeren Vergangenheit ein zweiter neu-alter Elitetatbestand in das ICC-Statut eingefügt. Genealogisch handelt es sich um einen Abkömmling der Verbrechen gegen den Frieden. Die Grundidee ist dieselbe: Pönalisierung zwischenstaatlicher Gewaltanwendung. Die Regelung in Art. 8^{bis} dürfte den modernen Spezifitätsanforderungen genügen. Erfüllen kann den Tatbestand nur «a person in a position *effectively to exercise control* over or to direct the political or military action of a State» [Kursivsetzung OD]. Der Kreis möglicher Täter wurde bewusst eng gezogen. Der Tatbestand wird durch die «Elements of Crime» weiter spezifiziert. Allein auf der Ebene der Tatbestände darf das Spezifitätsproblem heute als weitgehend überwunden gelten.

Ein gravierendes Spezifitätsproblem stellte sich jedoch bei der Anerkennung des JCE durch das ICTY. Das Jugoslawientribunal schuf mit dieser Konstruktion – bis zu einem gewissen Grad gegenläufig zum Trend zu mehr Spezifität bei den modernen Tribunalen – eine ausgesprochen vage konturierte Form der Täterschaft mit einer gewissen Unberechenbarkeit für die Angeklagten. Das Gericht kam im berühmten Tadić-Berufungsurteil zum Schluss, die im Statut erwähnte «commission», die Tatbegehung, erfasse auch ein weit verstandenes «gemeinsames verbrecherisches Unternehmen». ³⁰ Dem ICTY trug die Weichenstellung viel Kritik ein. ³¹ Faktisch übernahm das JCE fortan die Funktion eines Netzes zur Erfassung von Eliten, das intensiv genutzt wurde. Von einer Gruppe begangene Verbrechen konnten dem Einzelnen grosszügig als eigene «commission» zugerechnet werden. Drahtzieher, die weder als Täter im engen Sinn noch als Anstifter in Frage kamen, liessen sich als Teil einer «Unternehmung» betrachten. Stellschrauben der Konstruktion waren das «Unternehmen» – worunter sich Gruppen unterschiedlicher Grösse und Organisation verstehen liessen – und der «Plan». An diesen konnte man ebenfalls unterschiedlich hohe Anforderungen stellen.

Der Fall *Radoslav Brđanin* sei zur Verdeutlichung näher betrachtet. ³² Er zeigt exemplarisch, wie weit man mit der JCE-Konstruktion gehen konnte und zu gehen bereit war. Brđanin spielte im Bosnienkrieg bei der Propagandakampagne gegen muslimische und kroatische Bosnier eine erhebliche Rolle. Er traf Entscheidungen für diskriminierende Massnahmen wie Entlassungen aus Beschäftigungen, Entwaffnung der nichtserbischen Bevölkerung oder zwangsweise Umsiedelung in der Autonomen Region Krajina. Er besass aber keine eigentliche Führungsmacht über militärische und paramilitärische Einheiten. Die Appeals Chamber des ICTY betrachtete sein Wirken als Teil eines grösseren kriminellen Unternehmens. Für die Annahme eines solchen Unternehmens mit entsprechendem Plan setzte sie keine ausdrückliche Übereinkunft zwischen den Teilnehmern und den unmittelbar die Verbrechen begehenden Tätern voraus. ³³ Musste Brđanin mit einer so weitgehenden Inter-

³⁰ Grundlegend: Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 15. Juli 1999, §§ 188–191.

³¹ VAN SLIEDREGT, S. 187.

³² Prosecutor v. Radoslav Brđanin, IT-99-36-A, Appeals Chamber Judgment, 3. April 2007.

³³ Wörtlich heisst es im Urteil: «[...] it is less important to prove that there was a more or less formal agreement between all the participants than to prove their involvement in the system.»; Prosecutor v. Radoslav Brđanin, IT-99-36-A, Appeals Chamber Judgment, 3. April 2007, § 416.

pretation der «commission» rechnen? Auch am ICTY existierte ein Unbehagen. Manifestation davon ist, dass die beiden Trial Chambers das JCE unterschiedlich handhabten.³⁴ Sie kritisierten sich gegenseitig.

Die extreme Strapazierung der Konstruktion zeigt auch der Fall *Miroslav Kvočka*.³⁵ Er betraf Vorgänge im berüchtigten Konzentrationslager Omarska in der Verwaltungseinheit (Opština) Prijedor in Bosnien. In diesem Lager wurden muslimische Bosnier systematisch misshandelt und getötet, etwa durch Folter, mangelnde und verdorbene Nahrung, prekäre hygienische Verhältnisse und Tötungen.³⁶ Das Tribunal nahm in einem Urteil von 2001 ein übergeordnetes JCE an, das mehrere untergeordnete JCE einschloss.³⁷ Man konstruierte also ein grosses generelles Fangnetz, mit dessen Hilfe man die verschiedenen kleineren Fangnetze zusammenfassen und so die gesamten Vorgänge zurechnen konnte.

Bei der derart extensiven Auslegung des JCE dürfte die die expansive Interpretation von Menschenrechtsnormen in den 1990er-Jahren eine gewisse Rolle gespielt haben. Sie wurde damals als «Arbeit» an den Menschenrechten und Teil des Fortschrittsprojekts «fight against impunity» verstanden. Rechtsstaatliche Überlegungen traten gelegentlich in den Hintergrund, und es ist gut möglich, dass hier ein gewisser Funke auf den ICTY übersprungen ist. Die aktivistisch angehauchte Aufbruchstimmung dauerte nicht lange an. Das ICC-Statut hat das JCE nicht übernommen. Es kennt nur die «gemeinsame Tatbegehung» («joint commission») und erwähnt auch die «mittelbare Tatbegehung». Eine Grundlage für die Annahme einer so weitreichenden Konstruktion wie das JCE enthält es aber nicht. Es ist unklar, was die zurückhaltende Normierung im Einzelnen zu bedeuten hat. Die Praxis des ICC hält zur grosszügigen JCE-Praxis des ICTY jedenfalls Distanz.³⁸

B. Fehlende explizite Rechtsgrundlage: Nähe zu *ad hoc* Fangnetzen

Ein noch schwererer rechtsstaatlicher Mangel als eine bloss ungenügende ist eine fehlende Rechtsgrundlage. In der Geschichte der internationalen Strafjustiz ist dieses Problem die Ausnahme. Dies gilt zumindest, wenn man vom generell gegen die Pioniertribunale erhobenen Vorwurf rückwirkender Strafgesetzgebung absieht. Dieses Problem betrifft jedoch

³⁴ Trial Chamber I neigte zu einer extensiven Auslegung und verlangte keinen gemeinsamen Tatentschluss, Trial Chamber II dagegen ging an sich von der Notwendigkeit eines solchen gemeinsamen Tatentschlusses aus, was zu einer teilweise inkonsistenten Rechtsprechung führte: HAAN, S. 196.

³⁵ Prosecutor v. Miroslav Kvočka *et al.*, IT-98-30/1-T, Trial Chamber Judgment, 2. November 2001.

³⁶ *Loc. cit.*, §§ 45–108.

³⁷ HAAN, S. 252.

³⁸ *Loc. cit.*, S. 252.

nicht spezifisch die Elitenverantwortlichkeit, die hier interessiert, und ist in der Literatur eingehend behandelt worden.³⁹

Der wichtigste Fall vollständigen Fehlens einer Rechtsgrundlage dürfte die Übernahme der «command responsibility» von den US-Militärkommissionen durch das Tokio-Tribunal sein.⁴⁰ Dieses zog – ohne jede Grundlage in der Charta – neben hohen Militärs etwa auch den japanischen Aussenminister Mamuro Shigemitsu für das Verhalten des Militärs gegenüber Kriegsgefangenen gestützt auf die Kommandoverantwortlichkeit zur Rechenschaft.⁴¹ Eine Rolle dürfte gespielt haben, dass sich die Schwächen der anderen beiden Elitenfangnetze – Verbrechen gegen den Frieden und Verschwörung – bereits in Nürnberg deutlich gezeigt hatten. Man beschritt einen neuen Weg, um Kriegsverbrechen oberen Char- gen grosszügig zurechnen zu können und nahm damit rechtsstaatliche Mängel in Kauf.⁴² Der bekannteste Anwendungsfall bei den Militärkommissionen, der Fall *Yamashita*, hatte die diesbezüglichen Möglichkeiten aufgezeigt.⁴³ Tomoyuki Yamashita hatte als General Kriegsverbrechen seiner Untergebenen auf den Philippinen nicht verhindert und war dafür mit dem Tod bestraft worden.⁴⁴ Das Tokio-Tribunal wies auf die besondere Verantwortung hoher Funktionsträger für Kriegsgefangene und die Verhinderung von Verbrechen hin.⁴⁵ Wie im Fall *Yamashita* schloss es die Möglichkeit einer Exkulpation weitestgehend aus. Anschaulich ist der Fall *Shunroko Hata*. Hata war Oberbefehlshabers der japanischen Expeditionsarmee in China und wurde nach dem Krieg mit dem Vorwurf konfrontiert, diese hätte unter seiner Ägide in China Gräueltaten begangen, von denen er gewusst und gegen die er keine Gegenmassnahmen getroffen habe.⁴⁶ Das Gericht interessierte sich nicht für Hatas konkretes Wissen. Es fragte auch nicht, welche Abklärungen möglich und geboten gewesen waren.

Neben diesem klaren Fall kann möglicherweise bei der JCE-Praxis des ICTY ebenfalls vom vollständigen Fehlen einer Rechtsgrundlage gesprochen werden. Das Problem wurde hier bereits eingehend beschrieben, und es kann offen bleiben, ob ein Fall einer ungenügenden oder gar fehlenden Rechtsgrundlage vorlag. Klar dürfte sein, dass zumindest ein Fall partieller «judge legislation» vorlag.

³⁹ Etwa: VAN SCHAACK 2008; GALLANT.

⁴⁰ Kapitel II des Urteils befasst sich auch für Angehörige der Regierung grundsätzlich mit der Vorgesetztenverantwortlichkeit, ohne den Begriff aber zu erwähnen: COHEN/TOTANI, S. 342.

⁴¹ International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 20, New York 1981, S. 48828–48832.

⁴² *Loc. cit.*, S. 48442–48447.

⁴³ In re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946), 4. Februar 1946; United Nations War Crimes Commission 4, Trial of General Tomoyuki Yamashita, 35 Law Reports of Trials of War Criminals 1948.

⁴⁴ *Loc. cit.*, S. 35.

⁴⁵ International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 48447.

⁴⁶ *Loc. cit.*, S. 49784.

III. Schuldprinzip-Problematik: Elitenverbrechen und weit gefasste Täterschaft

A. Elitenverbrechen: Zurechnung qua Milieuzugehörigkeit?

Der zweite Problemkreis betrifft die Beachtung des Schuldprinzips. Der Einzelne soll einer zentralen rechtsstaatlichen Idee zufolge nur für schuldhaftes eigenes und nicht für von ihm nicht beeinflussbares fremdes Verhalten zur Rechenschaft gezogen werden.⁴⁷ Andernfalls droht Kollektivbestrafung, die im Grundsatz Merkmal autoritärer Regime ist. Das Schuldprinzip verwirklicht die Forderung, den Menschen als selbstverantwortliches Subjekt ernst zu nehmen – und ihm nur das Selbstverantwortete zuzurechnen. Wenn der Einzelne keine Möglichkeit besitzt, Strafbarkeit durch Selbststeuerung abzuwenden, ist es verletzt. Das Schuldprinzip ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts.⁴⁸

Mit Blick auf Elitenverantwortlichkeit besteht jedoch ein Dilemma: Da die Dimensionen von Makroverbrechen massgeblich mit den Handlungsspielräumen der Eliten zusammenhängen, ist die Bestrafung der Eliten besonders vordringlich; weil sie aber oft fernab von den konkreten Verbrechen agieren und die Kausalitäten nicht selten komplex sind, ist ein Nachweis ihrer Schuld besonders schwierig. Wegen dieses Problems besteht seit den Anfängen der internationalen Strafjustiz eine Tendenz, auf «stellvertretende» Zurechnungskriterien auszuweichen, die eine Strafbarkeit eher ermöglichen.⁴⁹ Klassisch ist die Erfindung der «Verschwörung». Die Beweisprobleme sind in der Realität oft immens. MARK DRUMBL hat gar von einer «Schizophrenie» gesprochen. Er hatte den *Blaškić*-Fall des ICTY vor Augen, in dem es um Verantwortlichkeit des kroatischen Kommandanten Tihomir Blaškić für Kriegsverbrechen seiner Truppen in Zentralbosnien ging, als er die internationale Strafjustiz scharf kritisierte: Diese ermögliche Verurteilungen durch Rückgriff auf stellvertretende Kriterien, und mahne hinterher jeweils sorgenvoll an, eine Kriminalisierung dürfe nicht auf stellvertretender Verantwortlichkeit beruhen.⁵⁰

Zunächst sei das Elitenverbrechen der Verbrechen gegen den Frieden betrachtet. Dieses pönlisierte in Nürnberg und Tokio neben der Planung und Einleitung eines Angriffskriegs etwa auch die «Vorbereitung». Es erlaubte an sich, das Elitenmilieu sehr grosszügig zu erfassen, da sich als Vorbereitung im weiten Sinn bereits die Mitwirkung in Führungszirkeln verstehen liess. Diese bedeutete aber nicht notwendig auch realen Einfluss auf konkrete Entscheidungen betreffend die verschiedenen Angriffskriege. In Deutschland existierte ein solcher nur in einem engen Kreis von Vertrauten Hitlers. Die Entscheidungen wurden darüber hinaus zwar mitgetragen, ohne dass das Elitenmilieu aber über nennenswerte Möglich-

⁴⁷ ROBINSON, S. 132 f.

⁴⁸ DANNER/MARTINEZ, S. 79.

⁴⁹ DRUMBL, S. 1309.

⁵⁰ *Loc. cit.*, S. 1310.

keiten einer Einwirkung verfügt hätte. Das Tribunal erkannte das Problem, und es hielt fest, Kollektivbestrafungen («mass punishments») seien zu vermeiden.⁵¹ Verurteilt wurde kein einziger Angeklagter ausschliesslich wegen Verbrechen gegen den Frieden. Der zeitweilige Reichsbankpräsident Hjalmar Schacht, der mit den Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit offensichtlich nichts zu tun hatte, wurde wegen Verbrechen gegen den Frieden angeklagt, jedoch freigesprochen.⁵²

Das Unbehagen gegenüber der offenen Strafnorm war trotz der zunächst in sie gesetzten Hoffnungen beträchtlich. Sie wurde zwar insgesamt bei zwölf Hauptangeklagten als erfüllt betrachtet, dies aber wohl vor allem, weil die Idee der Verteidigung des Friedens mit dem Mittel des Strafrechts sowohl bei den Amerikanern als auch bei Sowjets auf einer grundsätzlichen Ebene Popularität genoss. In einer Publikation aus dem Jahr 1937 hatte ARON TRAININ, ein Schützling des berühmten sowjetischen Schauprozess-Anklägers Andrej Wyschinski, diesen Weg bereits empfohlen.⁵³ Die sowjetische Disposition traf auf amerikanische Sorgen wegen Beweisschwierigkeiten. In der Praxis hatte man dann aber dennoch erhebliche Skrupel wegen des Schuldprinzips.

Der zweite Nürnberger Elitentatbestand – die Verschwörung – war im Kern ein Instrument zur Überspielung des Schuldprinzips. Die Pointe des Tatbestands bestand darin, dass das Verhalten vieler Personen ohne Notwendigkeit des Nachweises präziser Kausalitäten verknüpft und breit zugerechnet werden konnte.⁵⁴ Murray C. Bernays wollte die Gräueltaten und Zerstörung auch bei fehlenden individualisierbaren Beweisen unbedingt zurechnen können.⁵⁵ Sowjets und Amerikaner hatten sich auch in diesem Punkt und trotz fundamental verschiedener rechtskultureller Hintergründe erstaunlich rasch einigen können.⁵⁶ Robert H. Jackson argumentierte bei der Schaffung des Gerichts mit dem Beispiel Hjalmar Schachts; dieser sei entweder ein grosser Verbrecher oder sonst nichts.⁵⁷ Der Verschwörungstatbestand

⁵¹ International Military Tribunal, Judgement of 1 October 1946, in: *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946)*, S. 469.

⁵² *Loc. cit.*, S. 504–507.

⁵³ Vgl. TRAININ: Dieser vertrat die Auffassung, Verbrechen gegen den Frieden umfassten insbesondere die Aggression selbst, Propaganda betreffend Aggression, den Abschluss von Verträgen mit Aggressionen als Zweck, Terrorismus und die Unterstützung fünfter Kolonnen. Dazu: HIRSCH, S. 706 f.

⁵⁴ BUSH, S. 1138.

⁵⁵ *Loc. cit.*, S. 1137.

⁵⁶ Trainin zufolge ist Komplizenschaft (complicity) ein fester Bestandteil des sowjetischen Rechts, im internationalen Strafrecht jedoch noch wichtiger, da sich die Täter hier komplexer Durchsetzungsstrukturen bedienen und die oberen Chargen die grösste Verantwortung tragen. Komplizenschaft und Verschwörung erschienen den Sowjets mit Blick auf Nürnberg insgesamt als geeignete Instrumente zur Schaffung strafrechtlicher Verantwortlichkeiten, zumal sie in den Moskauer und Charkiwer Schautribunalen ähnliche Instrumente benutzt hatten: HIRSCH, S. 707–710.

⁵⁷ Minutes of Conference on Military Trial, London 1945, Session of July 16, abrufbar unter: <<https://avalon.law.yale.edu/imt/jack30.asp>>.

sollte garantieren, dass Leute wie er nicht davonkommen – wozu es am Ende wegen Bedenken mit Blick auf das Schuldprinzip aber kam. Schacht wurde für «conspiracy» und Verbrechen gegen den Frieden angeklagt, verfügte aber offensichtlich über keinen Einfluss auf die Entscheidungen, die zu den konkreten Verbrechen führten. Die Distanz zu den Verbrechen – Schacht war bis 1939 Reichsbankpräsident und nachher ohne bedeutende Funktion gewesen – war zu gross gewesen. Das Tribunal in Nürnberg handhabte auch den Tatbestand der Verschwörung letztlich restriktiv.⁵⁸ 14 der 22 Angeklagten wurden vom Vorwurf freigesprochen.

Bei Hans Frank etwa, Generalgouverneur für das besetzte Polen und bedeutende Figur im System, sah das Gericht nicht genügend Beweise für seine Beteiligung an einem gemeinsamen Plan.⁵⁹ Bemerkenswert skrupulös heisst es im Urteil, es gebe keine Beweise für eine Teilnahme Franks an einer Besprechung zu Aggressionsplänen mit Hitler.⁶⁰ Auch beim «Stürmer»-Herausgeber Julius Streicher befand das Gericht, dieser habe nicht zum «inneren Kreise» um Hitler gehört, er sei nicht in die Politikformulierung involviert gewesen.⁶¹ Selbst bei Karl Dönitz, zu Kriegsende Hitlers Nachfolger als Staatsoberhaupt, nahm das Gericht keine Teilnahme an einer Verschwörung an.⁶² Auch Repräsentanten der Wirtschaft entkamen weitgehend. Man hoffte mit Blick auf sie und die Industrie zeitweilig auf einen zweiten internationalen Prozess.⁶³ Dazu kam es aber nicht.

In Tokio kollidierte die Handhabung der «command responsibility» mindestens teilweise mit dem Schuldprinzip. Sie war das dritte, spät hinzugekommene spezifische Elitenverbrechen der Pionierzeit (auch wenn man sie damals noch als Täterschaftsform begriff). Die Kommandoverantwortlichkeit schuf eine weit über die Verantwortlichkeit von mittelbaren Tätern und Anstiftern hinausreichende Elitenstrafbarkeit – von militärischen wie auch politischen Entscheidungsträgern. Aus Sicht des Schuldprinzips ist wichtig, dass die Anforderungen an eine Verurteilung auf der subjektiven Seite tief angesetzt wurden. Fahrlässige Unkenntnis der Verbrechen («negligence») reichte aus, vorausgesetzt wurde nur ein Hierarchieverhältnis.⁶⁴ Kontrolle über das Geschehen und die reale Möglichkeit, die

⁵⁸ Eine Verschwörung zu Verbrechen gegen den Frieden nahm es nur bei Personen an, bei denen ein Treffen mit Hitler zum Zweck der Invasionsplanung nachweisbar war: YANEV, S. 445; International Military Tribunal, Judgement of 1 October 1946, in: The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946), S. 447–449.

⁵⁹ *Loc. cit.*, S. 497.

⁶⁰ *Loc. cit.*, S. 499.

⁶¹ *Loc. cit.*, S. 501.

⁶² *Loc. cit.*, S. 507.

⁶³ Propagiert wurde ein solches zweites Tribunal etwa von Maxwell Fyfe, aber auch von Robert H. Jackson, der auf einen Nachfolgeprozess mit Fokus auf Geschäftsmännern wie Alfred Krupp, Hugo Stinnes, Albert Vogler, Kurt von Schröder, Paul Pleiger und Hermann Schmitz hoffte: BUSH, S. 1116 f.

⁶⁴ COHEN/TOTANI, S. 347 f.

Verbrechen zu verhindern, wurde nicht verlangt.⁶⁵ Das ist mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar. Besonders weit ging man bei Kabinettsmitgliedern. Die Begründung für ihren pauschalen Einbezug in die Strafbarkeit war, dass ein Kabinettsmitglied zurücktreten kann.⁶⁶ Als vorwerfbare Passivität (und Grundlage für die ersatzweise Zurechnung) wurde das Nichtverlassen der Regierung betrachtet.

Bei den *ad hoc*-Tribunalen der 1990er-Jahre existierte von den spezifischen Elitenverbrechen nur noch die Kommandoverantwortlichkeit. Die Statuten von ICTY und ICTR erweiterten sie offiziell zur Vorgesetztenverantwortlichkeit, zur «superior responsibility»; sie vollzogen den bereits in Tokio erfolgten Einbezug politischer Vorgesetzter nun auch auf der sprachlichen und regulatorischen Ebene.⁶⁷ Die Statuten fordern nun ausdrücklich Wissen um die begangenen Verbrechen der Untergebenen oder zumindest «reason to know», unterschieden aber nicht zwischen militärischer und ziviler Verantwortlichkeit. Im Licht des Schuldprinzips ist wichtig, dass unschuldig unwissende Vorgesetzte nicht mehr verantwortlich gemacht werden konnten. Der ICTY hat das Erfordernis subjektiver Vorwerfbarkeit im Fall *Delalic et al.* zudem weiter konkretisiert. Er verlangte, dass ein Vorgesetzter sich den Taten der Untergebenen gegenüber zumindest nicht absichtlich blind («willfully blind») gezeigt haben darf.⁶⁸ Bei Informationen, die Anlass zu näheren Untersuchungen geben, sollte Passivität vorwerf- und die Verbrechen zurechenbar sein, bei Fehlen solcher Informationen nicht.⁶⁹ Alles in allem respektierten die *ad hoc*-Tribunale das Schuldprinzip bei der Handhabung der Vorgesetztenverantwortlichkeit.⁷⁰ Einige Urteile betrafen zivile Vorgesetzte.⁷¹

Der ICC ging den bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit eingeschlagenen Weg weiter. Die von den Täterschaftsformen nun abgesetzte Regelung in Art. 28 des Statuts anerkannte bis zu einem gewissen Grad den selbständigen Charakter des Verbrechens. Sie unterscheidet nun militärische und zivile Vorgesetztenverantwortlichkeit mit unterschiedlichen Strafbarkeitsschwellen. Bei der militärischen liegt sie wegen der rigiden Gehorsamspflicht tiefer, womit den weit grösseren Möglichkeiten zur Verhinderung Rechnung getragen wird. Im

⁶⁵ *Loc. cit.*, S. 347.

⁶⁶ International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, in: John Pritchard/Sonia M. Zaide (Hrsg.), *The Tokyo War Crimes Trial*, Vol. 22, S. 48446.

⁶⁷ Art. 7 Abs. 3 ICTY-Statut; Art. 6 Abs. 3 ICTR-Statut.

⁶⁸ *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, IT-96-21-T, Trial Chamber Judgement, 16. November 1998, § 387.

⁶⁹ *Loc. cit.*, § 398.

⁷⁰ DANNER/MARTINEZ, S. 146.

⁷¹ Etwa: *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Trial Chamber Judgment, 25. Juni 1999, §§ 86, 93 (Direktor des Lagers in Kaonik); *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-A, Appeals Chamber Judgment, 24. März 2000, § 174 (Lagerdirektor); *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.*, ICTR-99-52-T, Trial Chamber Judgment, 3. Dezember 2003, § 5; *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.*, ICTR-99-52-A, Appeals Chamber Judgment, 28. November 2007, §§ 785–790 (betreffend den Angeklagten Ferdinand Nahimana, der als hoher ziviler Beamter [Director ORINFOR] Verbrechen beging).

Licht des Schuldprinzips ist die Regelung nicht zu beanstanden. In der Praxis hängt die Respektierung des Prinzips vor allem davon ab, wie weit den konkreten Einflussmöglichkeiten auch tatsächlich Rechnung getragen wird.

Der Fall *Bemba* am ICC verdeutlicht das Problem. Er betrifft die Verantwortlichkeit für militärische Untergebene. Die Trial Chamber kam in diesem Fall zu einem Schuldspruch, den sie mit Bembas Wissen um die Taten der ihm unterstellten Kämpfer begründete.⁷² Sie betonte seine Position in der Hierarchie, wies auf die ihm zur Verfügung stehenden technischen Kommunikationsmittel sowie die Medienberichterstattung über die von seiner Miliz begangenen Verbrechen hin und nahm auch zur Kenntnis, dass Bemba als Reaktion auf die Verbrechen Massnahmen ergreifen liess.⁷³ Die Schwelle für eine Entlastung durch Gegenmassnahmen setzte sie hoch an. Sie bewertete die getroffenen Massnahmen als bloss *pro forma* ergriffen und letztlich nicht entscheidend.⁷⁴ Die Appeals Chamber senkte die Schwelle wieder ab. Abstrakte Formulierungen von Anforderungen an effektive Gegenmassnahmen seien problematisch, befand sie, entscheidend seien die realen Umstände.⁷⁵ Bemba wurde freigesprochen. Das hier interessierende Problem ist, dass die Regelung im ICC-Statut zwar dem Schuldprinzip Rechnung trägt. Die Beachtung hängt letztlich an der Bereitschaft des Gerichts, eine Entlastungsmöglichkeit auch wirklich zuzulassen.

Die Aufnahme der Aggression als zweites Elitenverbrechen ins ICC-Statut wirft im Licht des Schuldprinzips – bisher – keine besonderen Probleme auf.⁷⁶ Straffbar ist die Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Ausführung eines Angriffskriegs durch Personen, die das politische und militärische Handeln eines Staates *kontrollieren* oder *lenken* können. Mit dieser beschränkten Zurechnung – Anknüpfung an die Möglichkeit zu kontrollieren oder zu lenken – wird sichergestellt, dass keine fremden, nicht beeinflussbaren Handlungen zugerechnet werden. Die Jurisdiktion wurde mit sehr hohen Zugangshürden verbunden, so dass der Tatbestand in der Praxis (zumindest vorderhand) kaum eine Rolle spielen dürfte.⁷⁷

⁷² Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/13, Trial Chamber Judgment, 21. Juni 2016, §§ 709–718.

⁷³ *Loc. cit.*, §§ 706–718.

⁷⁴ *Loc. cit.*, §§ 726, 728.

⁷⁵ Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/13, Appeals Chamber Judgment, 8. Juni 2018, § 170.

⁷⁶ Art. 8^{bis} ICC-Statut, in Kraft seit dem 17. Juli 2018.

⁷⁷ Die Jurisdiktion des ICC existiert zudem nur für diejenigen Staaten, die die Änderung ratifizieren, bisher sind dies 45 Staaten: Amendment to Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 10. Juni 2010, UN Treaty Collection, abrufbar unter: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XVIII-10-a&chapter=18&clang=_en->.

B. Weit gefasste Täterschaft: Nähe zu quasi-Schuldvermutungen

Bei der Regelung der Täterschaft stellen sich ebenfalls Fragen zur Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip. Täterschaft weit zu konzipieren, so dass Eliten grosszügig erfasst werden können, stellt eine Alternativstrategie zur Schaffung von Elitentatbeständen dar. Beim ICTY insbesondere spielte sie in Form des JCE eine zentrale Rolle beim Bemühen um Elitenverantwortlichkeit. Ausgangsproblem bei seiner Anerkennung war allerdings nicht das Elitenproblem. Schwierigkeiten hatte vielmehr bereitet, dass bei in Gruppen agierenden Personenmehrheiten – wie militärischen Trupps – nicht ohne weiteres Mittäterschaft angenommen werden kann, wenn das einzelne Mitglied nicht nachweislich substantielle Unterstützungshandlungen vorgenommen hat.

Der Fall *Duško Tadić*, der den Weg zur Anerkennung des JCE freimachte, betraf einen «kleinen Fisch».⁷⁸ Tadić war ein bosnischer Serbe, der an einem Überfall auf das Dorf Jaskici beteiligt gewesen war, bei dem fünf Personen getötet wurden. Mittäterschaftliche Verantwortlichkeit im Sinne der «accomplice liability» nach Art. 7 Abs. 1 des Statuts schied mangels gemeinsamen Tatentschlusses aus.⁷⁹ Erstinstanzlich wurde Tadić freigesprochen. Die Appeals Chamber stiess das Urteil um. Sie stützte sich auf die sogenannte «common purpose»-Doktrin und sah eine Strafbarkeit.⁸⁰ Sie betrachtete ihr Vorgehen als implizit durch das Statut wie auch Völkergewohnheitsrecht gedeckt. Tadić wurde der willentlichen Tötung und des Mordes schuldig gesprochen.⁸¹ Der Terminus «joint criminal enterprise» wurde in diesem Urteil noch nicht verwendet, er etablierte sich erst später.⁸² Die Anklage bezeichnete die «common purpose»-Doktrin explizit als Verwandte der «klassischen Verschwörung».⁸³ Damit war der Horizont der Schwierigkeiten im Licht des Schuldprinzips im Grunde bereits benannt. Kernidee bei JCE wie Verschwörung ist die gegenseitige Zurechnung ohne Notwendigkeit des Nachweises genauer Kausalitäten.

Der ICTY berief sich sowohl auf nationale Rechtsprechungen als auch auf die Nürnberger Nachfolgeprozesse.⁸⁴ Die «common purpose»-Doktrin hatte im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess noch keine nennenswerte Rolle gespielt, war in den Nachfolgeprozessen aber zu einer zentralen Zurechnungskonstruktion aufgestiegen.⁸⁵ Britische und amerikani-

⁷⁸ DANNER/MARTINEZ, S. 104.

⁷⁹ Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-T, Trial Chamber Opinion and Judgment, 7. Mai 1997, § 361.

⁸⁰ Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 15. Juli 1999, § 193.

⁸¹ *Loc. cit.*, §§ 235–238.

⁸² Die Terminologie war im Tadić-Berufungsurteil noch uneinheitlich. Das Gericht sprach von «common criminal plan», «common criminal purpose», «common design or purpose» und von «common purpose»: *Loc. cit.*, §§ 185, 187 f., 191, 193, 204, 225; HAAN, S. 96.

⁸³ Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgment, 15. Juli 1999, § 175.

⁸⁴ DANNER/MARTINEZ, S. 117.

⁸⁵ BUSH, S. 1165.

sche Militärtribunale beriefen sich in Prozessen gegen höhere Chargen in Konzentrationslagern durchgängig und erfolgreich auf Konzepte wie «common enterprise» oder das aus dem englischen Strafrecht stammende «common design», um SS-Angehörige wegen ihrer Mitwirkung bei der Planung und ihrer sonstigen Teilnahme an den Verbrechen anzuklagen. In subjektiver Hinsicht hatten sie ein Bewusstsein um die Förderung der kollektiven Tat durch den eigenen Beitrag verlangt, objektiv einen sehr weit gefassten Effekt auf die gemeinsame Tat – ein «real bearing».⁸⁶

Die Appeals Chamber des ICTY befand im *Tadić*-Fall, Makroverbrechen würden durch Gruppen in Verwirklichung eines Planes begangen – und genau dies *erfordere* eine auf kollektive Tatbegehung ausgerichtete Zurechnung.⁸⁷ Die Hürden für eine grosszügige Einbeziehung auch der Eliten waren damit der Idee nach abgesenkt. Die Konstruktion musste nur noch auf die Beiträge der Eliten übertragen werden. Der Fokus verschob sich mit diesem Urteil aber grundsätzlich von der Teilnahme an den konkreten Verbrechen auf die Beeinflussung und Schaffung der sie ermöglichenden Rahmenbedingungen, die primär in den Händen der Eliten liegen.

Der erste Fall, in dem politisches Führungspersonal via JCE belangt wurde, war das Berufungsurteil im *Stakić*-Fall.⁸⁸ Die Bedeutung des Falls für die Thematik liegt darin, dass erstmals über grössere geographische und zeitliche Räume verteilte Taten via JCE zusammengefasst und zugerechnet wurden.⁸⁹ Milomir Stakić war nach der bosnisch-serbischen Übernahme der Gemeinde Prijedor zum Präsidenten der Gemeinderegierung ernannt worden und stand an der Spitze des Krisenstabs und der kommunalen Regierung.⁹⁰ Die Trial Chamber war noch davon ausgegangen, er sei Mittäter bei den in der Region begangenen Verbrechen gewesen.⁹¹ Die Appeals Chamber aber nahm Tatbegehung im Rahmen eines JCE an – obschon Stakić keine Befehlsgewalt über die unmittelbar an den Taten beteiligten militärischen und paramilitärischen Einheiten besessen hatte.⁹² Es wurde ihm Verhalten Dritter zugerechnet, das er real nicht hätte beeinflussen können.

Das JCE entwickelte sich zum Instrument schlechthin, um vor dem ICTY Anklage gegen militärische und politische Eliten zu erheben.⁹³ Es war funktional der Nachfolger der Ver-

⁸⁶ VAN SLIEDREGT, S. 185.

⁸⁷ Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-I-A, Appeals Chamber Judgment, 15. Juli 1999, §§ 185–229; HAAN, S. 82 f.

⁸⁸ Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-A, Appeals Chamber Judgment 22. März 2006, §§ 58–104.

⁸⁹ HAAN, S. 143.

⁹⁰ *Loc. cit.*, S. 149.

⁹¹ Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgment, 31. Juli 2003, §§ 468–498.

⁹² Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-A, Appeals Chamber Judgment 22. März 2006, § 104; HAAN, S. 154.

⁹³ DANNER/MARTINEZ, S. 107. Ein markantes Beispiel ist auch der Fall des bosnisch-serbischen Politiker *Momčilo Krajišnik*, der von der Appellationskammer zu 20 Jahren Gefängnis verurteilt wurde: SLIEDREGT, S. 187.

schwörung,⁹⁴ was ihm die Bezeichnung einer «Schleppnetz-Konzeption» eingetragen hat.⁹⁵ Das Grundproblem im Licht des Schuldprinzips liegt darin, dass die Schaffung von Verbrechensvoraussetzungen zu Verbrechen führen kann, aber nicht notwendigerweise führen muss. In der Literatur wurde gar befürchtet, das JCE könnte das Völkerrecht an einen Punkt führen, an dem die rechtliche Verantwortlichkeit über die moralische Schuld hinausreichen würde.⁹⁶ Der ICTR hat die Konstruktion vom ICTY übernommen, aber kaum angewandt.⁹⁷

Der ICC dagegen hat das JCE nicht übernommen – weder im Statut noch in der Praxis. Das Statut erwähnt lediglich die «joint commission», die «gemeinsame Täterschaft»; die Formulierung deutet auf einen gewissen Willen zum Einbezug konkret arbeitsteiligen Zusammenwirkens, des Zusammenbringens unterschiedlicher «Fertigkeiten» bei der Verübung von Verbrechen. Eine vage konturiertes «Unternehmen» konnte aber nicht mehr gemeint sein. Das erste Urteil des ICC im Fall *Lubanga* bestätigte, dass für eine «joint commission» ein unverzichtbarer Beitrag zum Taterfolg erforderlich ist.⁹⁸ Das Urteil formulierte das durch das Schuldprinzip Gebotene aus: Mitgliedschaft in einer vage konturierten Gruppe reicht nicht. Die Trial Chamber konstatierte, dem Angeklagten sei als Kommandanten seiner Milizen eine Schlüsselrolle als Planer der Militäroperationen zugefallen, und er sei auch in der Lage gewesen, die Aktivitäten seiner Mittäter zu lenken. Sie stellte auf die Fähigkeit zur Lenkung ab, zur Steuerung. Diese engere Konzeption der Täterschaft im Vergleich mit dem JCE stütze sich auf die «Tatherrschaftslehre», die der deutsche Strafrechtler Claus Roxin entwickelt hatte. Damit sollte das Schuldprinzip – nach den Erfahrungen mit dem JCE – wieder ernster genommen werden. Erwähnung verdient, dass Roxins Lehre bereits einmal vom ICTY erstinstanzlich (im *Stakić*-Fall) herangezogen worden war.⁹⁹ Die Appeals Chamber in diesem Fall hatte die tatherrschaftliche Konstruktion von Mittäterschaft dann aber wieder verworfen und bei Führungspersonen ein JCE angenommen.¹⁰⁰ Im Fall *Lubanga* war der Beitrag des Angeklagten – am gemeinsamen Tatplan gemessen – offensichtlich essentiell.¹⁰¹ Die Appeals Chamber bestätigte das Urteil.¹⁰²

⁹⁴ SLIEDREGT, S. 200.

⁹⁵ DANNER/MARTINEZ, S. 111 f.

⁹⁶ OSIEL, S. 1772.

⁹⁷ DANNER/MARTINEZ, S. 108.

⁹⁸ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14. März 2012, § 1270.

⁹⁹ Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, Trial Chamber Judgement, 31. Juli 2003, Dispositiv, S. 253 f. (Dispositiv nicht paragrafisiert).

¹⁰⁰ Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-A, Appeals Chamber Judgement, 22. März 2006, Dispositiv, S. 141 f.

¹⁰¹ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14. März 2012, §§ 999 f.

¹⁰² Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Appeals Chamber Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction, 1. Dezember 2014, S. 6 (Dispositiv nicht paragrafisiert).

Das Hochhalten des Schuldprinzips durch den ICC bedeutete kleinere Spielräume bei der Erfassung von Eliten. Im Licht des bisher Ausgeführten kann nicht überraschen, dass Gegenbewegungen nicht ausblieben. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang der Fall *Katanga/Chui*. Die Anklagebehörde versuchte hier, die «joint commission» wieder näher am JCE zu konstruieren. Es ging in diesem Fall um Angriffe zweier aus unterschiedlichen Ethnien rekrutierter Milizen auf das Dorf Bogoro in der demokratischen Republik Kongo im Jahr 2003. Die Gruppen bestanden aus Angehörigen der Ngiti und der Lendu und wirkten zusammen, verfügten aber über je separate Hierarchien. Es wurden Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen begangen, einschliesslich Tötung von mindestens 200 Zivilpersonen sowie sexueller Versklavung. Die Anklagebehörde erhob gegen die beiden Anführer Germain Katanga und Mathieu Chui Anklage. Sie warf ihnen nicht nur die Verbrechen der jeweils eigenen Gruppe vor, die sie befehligten, sondern – im Sinne einer weit verstandenen «joint commission» – auch jene der jeweils anderen Gruppe.¹⁰³ Die Anführer hätten durch koordinierte Zusammenarbeit wesentlich zur Tat beigetragen, wobei die Teilbeiträge entweder von ihnen selbst oder anderen von ihnen gesteuerten Personen stammten. Sie hätten gemeinsam die Kontrolle über den Tatplan ausgeübt und seien sich bewusst gewesen, dass die Umsetzung des Plans in die Verbrechen münden würde.¹⁰⁴

Die Pre-Trial Chamber bestätigte die sehr weite Lesart der «joint commission» der Anklagebehörde bei der Anklagezulassung im Grundsatz. Sie sah einen Fall von «joint commission» in Verbindung mit mittelbarer Täterschaft.¹⁰⁵ Als Tatmittler betrachtete sie die Angehörigen der beiden Milizen, die Chui respektive Katanga unterstanden. Aus Sicht des Schuldprinzips war diese umfassende Zurechnung aber hochproblematisch. Die Frage nach dem konkreten Einfluss auf die einzelnen Verbrechen wird in der Frage nach dem Bewusstsein für die eigene essentielle Rolle gewissermassen aufgelöst. Im Kern wird hier – wie beim JCE – der gemeinsame Plan zur Grundlage für die Zurechnung, nicht der konkrete eigene Beitrag an die Taten. Die Trial Chamber folgte der Pre-Trial Chamber nicht. Sie trennte die Verfahren.¹⁰⁶ Sie sprach Chui frei, da nicht zweifelsfrei geklärt werden konnte, ob er zur fraglichen Zeit auch tatsächlich Kommandant und Teilnehmer am gemeinsamen Plan gewesen war.¹⁰⁷ Katanga wurde wegen Beihilfe zu Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit schuldig gesprochen, nicht aber für die ihm ebenfalls vor-

¹⁰³ Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber Decision on the Confirmation of Charges, 30. September 2008, § 521.

¹⁰⁴ *Loc. cit.*, § 35.

¹⁰⁵ *Loc. cit.*, §§ 492–494; CRYER/ROBINSON/VASILIEV, S. 354.

¹⁰⁶ Procureur c. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première Instance II, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, 21. November 2012, S. 32.

¹⁰⁷ Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/12, Chambre de Première Instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18. Dezember 2012, § 516 und S. 215 (Dispositiv nicht Teil der Paraphierung).

geworfenen Massenvergewaltigungen.¹⁰⁸ Der Fall illustriert das Ringen mit den geringeren Zurechnungsmöglichkeiten infolge Ernstnehmens des Schuldprinzips. Insgesamt agiert der ICC mit Blick auf das Schuldprinzip vorsichtiger als der ICTY.

Folge davon war jedoch – unter anderem – der von vielen als Schock erlebte Teilfreispruch Katangas in Bezug auf die bei den Angriffen auf Bogoro begangenen Sexualverbrechen.

IV. Schluss

Dieser Beitrag hat die Bemühungen der internationalen Strafjustiz um Erfassung verantwortlicher Eliten aus rechtsstaatlicher Sicht beleuchtet. Dabei wurden die Problemebenen der genügenden Rechtssatzgrundlage und der Beachtung des Schuldprinzips unterschieden. Die ungenügende Rechtssatzgrundlage war vor allem in der Pionierphase ein durchgehend schwerer Mangel. Die Gebote der Präzision und Unzweideutigkeit der Strafnorm wurden massiv verletzt. Seit den *ad hoc*-Tribunalen der 1990er-Jahre hat das Legalitätsprinzip – die Ausnahme war die JCE-Praxis des ICTY – massiv an Boden gewonnen. Das Spezifitätsproblem darf heute als weitestgehend überwunden gelten.

Beim Schuldprinzip lautet der zentrale Befund, dass die frühen Tribunale die Fangnetze für Eliten in Form spezifischer Elitenverbrechen – Verbrechen gegen den Frieden und Verschwörung – weit spannten. Die Netze wurden wegen rechtsstaatlicher Skrupel aber nur bedingt genutzt. Eine Ausnahme war die Handhabung der Kommandoverantwortlichkeit durch das Tokio-Tribunal; sie wurde intensiv für Verurteilungen von Führungspersonen genutzt. Bei den *ad hoc*-Tribunalen hebelte die JCE-Praxis des ICTY das Schuldprinzip partiell aus.

Es hat sich folgendes Dilemma gezeigt: Strikte Beachtung von Rechtssatzerfordernis und Schuldprinzip ziehen bedeutende Beschränkungen der Möglichkeiten nach sich, Eliten für ihre Rolle bei den Verbrechen zur Verantwortung zu ziehen; zugleich erzeugen aber entkommene Eliten Druck zum Abweichen von den Prinzipien, da Freisprüche tendenziell als Indizien für ein Scheitern von Tribunalen wahrgenommen werden. Die Tribunale können diesem Dilemma nicht entkommen. Sie können nur bewusster oder weniger bewusst mit ihm umgehen. Die Permanenz der Kritik an internationalen Straftribunalen dürfte wesentlich mit der Unentrinnbarkeit dieses Dilemmas zu tun haben.

Man kann sich im Licht des Ausgeführten fragen, ob das moderne Strafrecht auf der Grundlage des Schuldprinzips mit einer angemessenen Verantwortlichkeit der Eliten für Makroverbrechen vereinbar ist. Es wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass Strafrechtssysteme auf der Grundlage dieses Prinzips bei der Erfassung von Makroverbrechen an

¹⁰⁸ Procureur v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, Chambre de Première Instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7. März 2014, S. 709 f.

Grenzen stossen. MARK DRUMBL hat die Idee ins Spiel gebracht, für das völkerrechtliche Strafrecht eine eigene Straflehre zu entwickeln, ebenso eine alternative Kriminologie und Opferlehre.¹⁰⁹ Seine Leitidee ist, dass es sich bei völkerrechtlichen Verbrechen bis zu einem gewissen Grad um ein *aliud* handelt (im Vergleich mit «normalen» Verbrechen), so dass die etablierten rechtsstaatlichen Grundsätze nicht im selben Mass verwirklicht werden können. Der Preis für ein solches Projekt dürfte liberalen Gesellschaften aber – so ist zumindest zu vermuten – zu hoch sein. Zu fundamental ist der Grundsatz individueller Strafbarkeit.¹¹⁰ Zu sehr widerspricht die Zurechnung nicht beeinflussbaren fremden Verhaltens unserer Grundintuition hinsichtlich Gerechtigkeit. Das Ringen mit den rechtsstaatlichen Grenzen der Elitenverantwortlichkeit bei Makroverbrechen gehört vielmehr zu den strukturellen Besonderheiten der internationalen Strafjustiz.

V. Literaturverzeichnis

- BINGHAM TOM, *The Rule of Law*, London 2010
- BOISTER NEIL, *The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at the Tokyo International Military Tribunal*, 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), S. 425–448
- BUSH JONATHAN, *The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said*, 109 *Columbia Law Review* (2009), S. 1094–1262
- CLARK ROGER S., *Nuremberg and the Crime against Peace*, 6 *Washington University Global Studies Law Review* (2007), S. 527–550
- COHEN DAVID/TOTANI YUMA, *The Tokyo War Crimes Tribunal: Law, History, and Jurisprudence*, Cambridge 2018
- CORSI JESSICA LYNN, *An Argument for Strict Legality in International Criminal Law*, 49 *Georgetown Journal of International Law* (2018), S. 1321–1381
- CRYER ROBERT/ROBINSON DARRYL/VASILIEV SERGEY, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4. A., Cambridge 2019
- DANNER ALLISON MARSTON/MARTINEZ JENNY S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, 93 *California Law Review* (2005), S. 75–169
- DRUMBL MARK A., *Pluralizing International Criminal Justice*, 103 *Michigan Law Review* (2005), S. 1295–1328
- GALLANT KENNETH S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge 2009
- HAAN VERENA, *Joint Criminal Enterprise: Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht*, Berlin 2008
- HIRSCH FRANCINE, *The Soviets at Nuremberg: International Law, Propaganda, and the Making of the Postwar Order*, 113 *The American Historical Review* (2008), S. 701–730

¹⁰⁹ DRUMBL, S. 1310.

¹¹⁰ ROBINSON, S. 135.

- KING HENRY T., Nuremberg and Crimes against Peace, 4 Case Western Reserve Journal of International Law (2009), S. 273–280
- KOCH ARND, Über den Wert der Verbrechenselemente («Elements of Crime») gem. Art. 9 IStGH Statut, 4 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (2007), S. 150–154
- MACCORMACK GEOFFREY, Traditional Chinese Penal Law, Edinburgh 1990
- MADHANI AAMER/LONG COLLEEN, White House Says Russia Is Executing its Own Soldiers for not Following Orders, Associated Press 27. Oktober 2023 (<<https://apnews.com/article/russia-ukraine-executions-soldiers-white-house-8b36f37068f3d0d1dfcb27e924b459c3>>)
- MELONI CHANTAL, Command Responsibility, 5 Journal of International Criminal Justice (2007), S. 619–637
- NERLICH VOLKER, Superior Responsibility under the Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?, 5 Journal of International Criminal Justice (2007), S. 665–682
- OSIEL MARK, The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity, 105 Columbia Law Review (2005), S. 1751–1862
- ROBINSON DARRYL, A Cosmopolitan Liberal Account of International Criminal Law, 26 Leiden Journal of International Law (2013), S. 127–153
- SAFI MICHAEL, Syrian Regime Inflicts 72 Forms of Torture on Prisoners, Report Finds, The Guardian 23. Oktober 2019
- STEER CASSANDRA, Translating Guilt: Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes, Den Haag 2017
- SUBOTIĆ JELENA, The Cruelty of False Remorse: Biljana Plavšić at The Hague, 36 Southeastern Europe (2012), S. 39–59
- TRAININ ARON, Zashchita mira i ugolovnyi zakon (The Defense of Peace and Criminal Law), Moskau 1937
- TRIFFTERER OTTO, Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender «Elements of Crimes» für alle Tatbestände des Völkermordes, in: Schünemann Bernd et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin/New York 2001, S. 1415–1445
- TRIFFTERER OTTO/ARNOLD ROBERTA, Art. 28, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, München 2016, S. 1056–1106
- VAN SCHAACK BETH, Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals, 97 Georgetown Law Journal (2008), S. 119–192
- VAN SCHAACK BETH, Legality & International Law, in: Proceedings of the Annual Meeting 2009 of American Society of International Law, S. 101–104
- VAN SLIEDREGT ELIES, Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide, 5 Journal of International Criminal Justice (2007), S. 184–207
- YANEV LACHEZAR, A Janus-Faced Concept: Nuremberg’s Law on Conspiracy vis-à-vis the Notion of Joint Criminal Enterprise, 26 Criminal Law Forum (2015), S. 419–456

Der «Rechtsstaat» – ein Instrument von Recht und Politik

*Andreas Kley**

«Ich sehe mich heute ausserstande zu definieren, was «Demokratie schlechthin», was der «Rechtsstaat überhaupt» oder was «Sozialstaat an und für sich» sei. Das sind unergiebigste Fragestellungen. Nötig sind gesellschaftliche und historische Analysen. Wir müssen uns darum bemühen, festzustellen, was diese Begriffe in der Vergangenheit bedeutet haben, welche Begriffswandlungen sie durchgemacht haben und wie diese zu erklären sind. Wer hat definiert, wie wurde definiert, welche gesellschaftlichen Interessen, welche Macht standen jeweils dahinter?»

Richard Bäuml (1927–2022)
am Schweizerischen Juristentag 1984¹

Inhaltsverzeichnis

I. Ein schillernder Begriff	60
II. Der bürgerlich-liberale Rechtsstaatsbegriff und die christliche Gegenposition	62
III. Der formal-obrigkeitsstaatliche Begriff am Ende des 19. Jahrhunderts	64
IV. Der nationalsozialistische «Rechtsstaat» des Dritten Reiches	65
V. Der sozialistische Rechtsstaat der DDR	66
VI. Der vernunftbestimmte Rechtsstaat des deutschen Grundgesetzes	68
VII. Rezeption des «Rechtsstaates» in der Schweiz	70
VIII. Der Rechtsstaat bleibt ein rechtlicher und politisch-kommunikativer Begriff	75
IX. Literaturverzeichnis	77

* Prof. Dr. rer. publ. Dr. iur. h. c., Bern.

¹ Protokoll vom 22. September 1984, ZSR 103 (1984) II, S. 635 f.

I. Ein schillernder Begriff

Die Spiegelausdrücke «Rechtsstaat» – «Staatsrecht» gehören primär der juristischen Begriffswelt an. Es fällt auf, dass im deutschen Sprachraum die politischen Akteure in den alltäglichen Auseinandersetzungen den Rechtsstaat anrufen. Bundeskanzlerin Angela Merkel hatte den nordafrikanischen Immigranten, die in der Silvesternacht 2015/16 Übergriffe auf Frauen begingen, angekündigt, «der Rechtsstaat werde mit aller Härte reagieren»². Joachim Herrmann, der bayerische Innenminister, sagte nach den Terroranschlägen in München, Würzburg und Ansbach im Juli 2016³: «Wir kämpfen für mehr Befugnisse für den Rechtsstaat, damit er nicht hinter den Möglichkeiten seiner Feinde zurückbleibt». Nach diesen Äusserungen scheint der Rechtsstaat ein Kampfinstrument zu sein, das gefährliche Individuen hart anpackt und unschädlich macht. Umgekehrt hat vor etwa hundertfünfzig Jahren der Jurist Friedrich Julius Stahl unter der Überschrift «Rechtsstaat» gefordert, das Recht solle die Grenzen und Bahnen der staatlichen Wirksamkeit begrenzen, damit die Bürger stets eine freie Sphäre besitzen⁴. Stahl forderte die Herrschaft von Normen mit dem Zweck, dass die Bürger frei bleiben. Er wollte die Wirksamkeit des Staates begrenzen, wogegen Bundeskanzlerin Merkel und der bayerische Innenminister Herrmann diese ausdehnen wollten. Der Rechtsstaat begründet im Fall dieser Aussagen also gegenteilige Forderungen. Für den Empfänger der Botschaften vom Rechtsstaat wäre es wichtig zu wissen, welchen Begriff des Rechts jemand mit dem «Rechtsstaat» anspricht.⁵

Der Rechtsstaat besitzt im Rahmen des Europarates eine wichtige Fürsprecherin⁶, nämlich die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, kurz genannt «Venedig-Kommission». Diese ist im Zuge der rechtlichen Transformation der mittel- und osteuropäischen Staaten seit 1989 entstanden. Die Kommission unterstützte anfänglich diese Staaten, demokratische Verfassungsordnungen einzurichten, welche die Prinzipien des Europarates respektieren. Später konzentrierte sich die Kommission auf die Beratung der Mitgliedstaaten des Europarates im Bereich der Gesetzgebung. Für die Entwicklung von Massstäben waren die Europäische Menschenrechtskonvention und die darauf aufbauende Rechtsprechung des Gerichtshofes von entscheidender Bedeutung.

² Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9. Januar 2016, Nr. 7, S. 1. Der deutsche Innenminister Thomas de Maiziére drohte Randalierern: «Jedem, der so handelt, treten wir mit der gesamten Härte des Rechtsstaates entgegen», Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 1. November 2015, Nr. 44, S. 2. Für die Forderung von Politikern jeglicher Parteizugehörigkeit, die ein «hartes Durchgreifen des Rechtsstaates» fordern, gibt es Tausende von Belegstellen, zuletzt vor Abgabe dieses Beitrags z.B. NZZ vom 4. Oktober 2023, S. 2.

³ Heute-Journal des ZDF am 28. Juli 2016, 19.00 Uhr.

⁴ Anm. 27.

⁵ Dazu die grundlegende Darlegung des Philosophen NELSON LEONARD, Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts, insbesondere über die Lehre von der Souveränität, Leipzig 1917.

⁶ Regina Kiener amtiert seit 2013 als von der Schweiz entsandtes Mitglied der Venedig-Kommission, vgl. HUG PETER, Regina Kiener: Einsatz für elementarste Rechte, Plädoyer 2/2018, S. 18 f.

Diese konkrete Beratungsarbeit konnte selbstverständlich nicht mit einem nebulösen und vieldeutigen Rechtsstaatsbegriff angegangen werden. Die Kommission entwickelte für ihre Arbeit anhand der Europäischen Menschenrechtskonvention vielmehr konkrete und klar definierte Kriterien, welche die «Demokratie durch Recht» ausmachen. Der Rechtsstaatsbegriff im Sinn der Herrschaft von generell-abstrakten Normen fächert sich also in konkrete Teilgehalte auf. Damit lässt sich deren Vorhandensein konkret überprüfen. Es handelt sich um folgende Elemente: Gesetzmässigkeit, Rechtssicherheit, Verhinderung von Machtmissbrauch, Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot, Zugang zur Justiz und Korruptionsbekämpfung.⁷

Die Kriterien der Venedig-Kommission stehen am Ende einer langen Entwicklung der Idee des «Rechtsstaates». Diese Entwicklung hat sich in allen demokratischen Verfassungsstaaten in unterschiedlichen Ausprägungen ergeben. Im deutschen Sprachraum hat sich der schwer übersetzbare Ausdruck «Rechtsstaat» durchgesetzt. In den deutschsprachigen Ländern bedeutet Rechtsstaat nicht nur wie eingangs erwähnt Härte und Normherrschaft allein, sondern die Begriffsgeschichte deckt zahlreiche weitere Gehalte auf. Die politischen Akteure gebrauch(t)en in Gegenwart und Vergangenheit den Begriff in allen möglichen Feldern mit ganz unterschiedlichen Bedeutungen. Sein Inhalt geht weit über das Juristische hinaus und hat eine längere Geschichte.

Die politische Publizistik des monarchischen Deutschlands hatte den Begriff am Ende des 18. Jahrhunderts erfunden⁸. Die Wandlungsfähigkeit und Lebendigkeit des Begriffs erweist sich darin, dass ihn alle Regime Deutschlands (Deutscher Bund, Kaiserreich, Weimarer Republik, Drittes Reich, Deutsche Demokratische Republik, Bundesrepublik Deutschland) verwendet haben. Das hat auch auf die deutsche (nicht aber auf die französische) Schweiz zurückgewirkt. Die Deutschschweiz begegnete ihm zunächst mit Zurückhaltung, und erst nach dem Ende des Kaiserreichs und vor allem mit dem Beginn der Bundesrepublik Deutschland ab 1949 setzte die Rezeption des «Rechtsstaates» in der deutschen Schweiz ein.

Die erste Verwendung des Begriffs ist aufschlussreich. Der Autor Johann Wilhelm Placidus (eigentlich Petersen, 1758–1815), ein Bibliothekar, unterschied in seiner «Literatur der Staatslehre» von 1798 zwei Ausrichtungen. Die erste sei die Schule der Staatsglückseligkeitslehrer oder der politischen Eudämonisten, welche alles aus dem Zuträglichen oder dem Nützlichen herleiteten. Placidus spricht damit die alte aristotelische Lehre an. Diese sah im Staat eine sittliche Einrichtung, die das Recht hat, sich für die physische Wohlfahrt

⁷ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist. Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016), Strasbourg 2016.

⁸ Zuerst wohl: PLACIDUS, S. 73 («Schule der Rechts-Staats-Lehrer»), dazu: CONZE WERNER, Sicherheit, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 5, Stuttgart 1984, S. 854; VON UNRUH GEORG-CHRISTOPH, Die «Schule der Rechts-Staats-Lehrer» und ihre Vorläufer in vorkonstitutioneller Zeit, in: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, S. 251–281. Der Beitrag zeigt die tiefe Verwurzelung des Begriffs in der deutschen Geschichte und den Anfängen der Staatslehre.

und die Erhöhung des Wohlstandes einzusetzen. Der Staat darf also zu diesem Zweck in die individuelle Sphäre eingreifen, weil er weiss, was für die Individuen gut ist. Diese bevormundende Haltung des Eudämonismus hatte über das ganze Mittelalter geherrscht, verlor nun mit der Aufklärung an Bedeutung. Als zweite Richtung bringt Placidus die «kritische oder die Schule der Rechts-Staats-Lehrer»⁹ vor. Diese sei ungleich philosophischer als die erste und frage: «Was ist das zweckgemässe Verhältnis unter freien Wesen und wie ist es in der Welt einzuführen?»¹⁰ Auf der Auflösung dieser Aufgabe beruhe die gesamte Staatslehre. Diese gehe zu Beginn von der Allgemeinheit und Notwendigkeit aus. Das Lehrgebäude baue auf den «bloss formalen Principien der Freiheit und des Rechts»¹¹ auf. Placidus behandelt ausgiebig die Staatsphilosophie Kants und bezieht sich mit dem Ausdruck «Staats-Rechts-Lehrer» darauf. Es lag deshalb nahe, dass die ersten juristischen Autoren, die sich zum Rechtsstaat äusserten, an diesem Punkt einsetzten.

Carl Theodor Welcker¹² und Johann Christoph Freiherr von Aretin¹³ gebrauchten den Begriff in der Folge 1813 und 1824. Für Welcker handelt es sich beim Rechtsstaat um den «Staat der Vernunft» oder für von Aretin um den Staat, «in dem der vernünftige Gesamtwillen regiert». Die beiden Autoren schlossen an das aufklärerische Staatsdenken Kants und der Französischen Revolution an; die Prinzipien der Vernunft leiten den Rechtsstaat an¹⁴.

II. Der bürgerlich-liberale Rechtsstaatsbegriff und die christliche Gegenposition

Den juristischen Ausdruck prägte in der Staatsrechtswissenschaft Robert Mohl (1799–1875) im Jahr 1829¹⁵. Mohl verwendet «Rechtsstaat» in aufklärerisch-liberalen Andeutungen, wonach «die Einrichtungen für das irdische Zusammenleben der Menschen nur auf dieses Leben und seine Zwecke berechnet seyn müssen»¹⁶. Der Verstand fordere die möglichst «allseitige Ausbildung der Naturkräfte des Menschen», aber dem stellten sich der «unrecht-

⁹ PLACIDUS, S. 73.

¹⁰ PLACIDUS, S. 73.

¹¹ PLACIDUS, S. 73 f.

¹² WELCKER CARL THEODOR, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, Giessen 1813, S. 25.

¹³ VON ARETIN JOHANN CHRISTOPH, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, Band 1, Altenburg 1824, S. 163.

¹⁴ BÖCKENFÖRDE, S. 143 ff., S. 145.

¹⁵ MOHL, Staatsrecht, S. 8 f. unterscheidet die vier Staatsgattungen des Patriarchats, der Theokratie, des Rechtsstaates und der Despotie; MOHL nimmt den Rechtsstaat in seinem «Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates», I. Band, Tübingen 1832, wieder auf; STERN, S. 769 Anm. 30 m.w.H.

¹⁶ MOHL, Staatsrecht, S. 8.

liche Willen anderer Menschen und die Übermacht äusserer Hindernisse»¹⁷ entgegen. Der Rechtsstaat entferne diese beiden Hindernisse mittels Justiz und Polizei. «Die übersinnlichen Tendenzen des Menschen, Sittlichkeit und Religion, liegen ausserhalb des Befugnis-kreises des Rechtsstaats»¹⁸. Mohl bemüht für seinen Rechtsstaat das aufklärerische Natur-recht; Anleihen bei Kant sind erkennbar¹⁹, obwohl Kant diesen Ausdruck nie verwendete. Es handelt sich um den Versuch, die monarchische Herrschaft zu mildern, um dem Einzel-nen die Entfaltung zu ermöglichen. In der «Polizei-Wissenschaft» von 1832 wiederholt Mohl diese Grundsätze und stellt klar, dass der Rechtsstaat auch in einem Königreich oder einer Aristokratie bestehen kann. Aber «Forderungen, welche man an die materiellen Lei-stungen des Staates macht, bleiben immer dieselben»²⁰. Freilich lässt Mohl der Obrigkeit eine wichtige Aufgabe: «Unbedingte Aufrechterhaltung alles Rechtes ist der erste Grund-satz in einem Rechtsstaate.»²¹ Trotz liberalen Anwendungen bleibt obrigkeitliches Denken und Treue zum König als Haupt des Rechtsstaates präsent. Mohl verwendet eine milde ma-terielle Auffassung vom Rechtsstaat, die versucht, die Herrschaft der deutschen Fürsten und Könige sanft an die in der Französischen Revolution entwickelten Prinzipien anzubinden. Damit erhält der Ausdruck Rechtsstaat einen ersten, nachgerade verborgen aufklärerisch-liberalen Sinn; er steht für ein Bündel von Prinzipien wie Freiheit und Selbstentfaltung der Bürger, Gewaltenteilung, Gesetzesherrschaft und Verfahrensfairness.

Der Berner Schriftsteller Jeremias Gotthelf, der in Deutschland grossen Erfolg hatte, be-kämpfte den Rechtsstaat heftig. Gotthelf lehnte den Individualismus und die Ideen der fran-zösischen Aufklärung strikte ab. Er zog in seiner republikanischen Staatsauffassung das gemeinschaftsbezogene, den Werten des Protestantismus verhaftete Menschenbild vor: Ihm war der vernunftrechtliche Rechtsstaat lediglich die «legale Sanktion der Selbstsucht»²² und damit eine Quelle des Unheils. Gotthelf klagte: «Man will weg mit dem Christentum, man will abschaffen den christlichen Staat mit allem, was ihm angehört, man will weg mit der Unsterblichkeit, man will fleischlich leben für diese Welt. Advokaten soll man mästen, sie wollen die Herrgötter sein, wollen die Regenten sein des sogenannten Rechtsstaates»²³. Exakt diese Kritik findet sich auch in der katholischen Publizistik, die den «Rechtsstaat» als

¹⁷ MOHL, Staatsrecht, S. 8, beide Zitate.

¹⁸ MOHL, Staatsrecht, S. 8.

¹⁹ KOSELLECK REINHART, Staat und Souveränität III, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Histori-sches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 6, Stuttgart 1990, S. 59 f.

²⁰ MOHL, Polizei-Wissenschaft, S. 8; MOHL, Staatsrecht, S. 99, S. 176 (speziell zum Königreich Württemberg, das ein Rechtsstaat sei).

²¹ MOHL, Polizei-Wissenschaft, S. 19.

²² GOTTHELF JEREMIAS, Erlebnisse eines Schuldenbauers, in: Sämtliche Werke, Band XIV, Zürich 1924, S. 383.

²³ GOTTHELF JEREMIAS, Die Versöhnung des Ankebenz und des Hunghans, vermittelt durch Profes-sor Zeller, in: Sämtliche Werke, Band XIII, Zürich 1926, S. 521 ff., S. 569. Siehe zur Kritik am Rechtsstaat: LAUENER MICHAEL, Jeremias Gotthelfs Kampf gegen die Rechtsstaatsidee der jun-gen Rechtsschule Wilhelm Snells, in: Hafner Felix/Kley Andreas/Monnier Victor (Hrsg.), Com-mentationes Historiae Iuris Helveticae VIII, Bern 2012, S. 83–128.

Schlagwort in einem Gotthelf'schen Sinn verwendet: «Ein Rechtsstaat im natürlichen Sinne des Wortes ist ein Staat, in dem [...] die Gesetze gerecht, d.h. nach christlicher Idee ein Abbild der göttlichen Gesetze sind». Der im Sinne von Legalität gedeutete Rechtsstaat sei das geeignetste Mittel, «um ein Volk gewissenlos zu machen»²⁴. Die christliche Umdeutung des Begriffs zeigte das später sich erweisende weitreichende Potential des Rechtsstaatsbegriffs.

III. Der formal-obrigkeitsstaatliche Begriff am Ende des 19. Jahrhunderts

Der Versuch, die deutschen Fürsten und Könige mit dem liberalen Rechtsstaatsbegriff zu binden, gelang nur begrenzt. Die deutschen Oberhäupter sahen sich ausserhalb der Rechtsordnung ihrer Länder und liessen sich das auch in ihren Verfassungen mit Klauseln bestätigen, die etwa lauteten: «Die Person des Königs, als des Trägers der gesamten Staatsgewalt ist heilig und unverletzlich»²⁵. Die Bindung der Krone liess sich nicht erreichen. Das führte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu einer Betonung formaler Elemente; namentlich die Bindung an das Gesetz wird als Kern des Rechtsstaates verstanden. Dabei richtet sich der Blick auf die bekannte, aber nebensächliche Auseinandersetzung zwischen den Autoren Rudolf Gneist (1816–1895) und Otto Bähr (1817–1895), die beide ein Buch «Der Rechtsstaat» (Gneist 1872, Bähr 1884) verfasst haben. Beide forderten die Durchsetzung des Gesetzmässigkeitsprinzips im Staat und verlangten insbesondere die Bindung des Staates an das Gesetz. Das sollte durch Verwaltungsgerichte (Bähr) bzw. durch die allgemeinen Gerichte (Gneist) sichergestellt werden. Bähr verlangte, «dass der Staat das Recht zur Grundbedingung seines Daseins erhebe; dass alles in ihm rege Leben [...] in den Grundangelegenheiten des Rechts sich bewege»²⁶. Der so geforderte Rechtsstaat passte als formales Phänomen zum Obrigkeitsstaat der deutschen Monarchen. Diese liessen den Rechtsstaat zu, da er sie in ihrem Regiment nicht störte.

Friedrich Julius Stahl (1802–1861) hat dem Ausdruck Rechtsstaat durch seine berühmte Definition Glanz verliehen und den Begriff in die monarchische Ordnung Deutschlands eingepasst. Sein Staat «soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern [...]»²⁷. Das ist freilich nicht liberal und individualistisch gedacht, denn der Staat soll die Förderung der Wohlfahrt der Menschen, die «Offenbarung der Fülle schöpferischer und gestaltender Gedanken», die «Herrschaft der Heiligkeit und Gerechtigkeit» als

²⁴ Schweizerische Kirchenzeitung 1875, Heft 38, S. 308, beide Zitate. Vielfach spricht die Kirchenzeitung auch den liberalen Rechtsstaatsbegriff an.

²⁵ MOHL, Staatsrecht, S. 152.

²⁶ BÄHR OTTO, Der Rechtsstaat, Kassel/Göttingen 1864, S. 2.

²⁷ STAHL, S. 137 f.

Ziele verfolgen²⁸. Dieses Verständnis von Rechtsstaat verträgt sich mit den religiösen und sittlichen Vorstellungen eines Jeremias Gotthelf. Stahls Rechtsstaat ist konservativ-christlich und obrigkeitstgläubig eingefärbt²⁹. Diese Rechtsstaatslehren haben die Herrschaft der deutschen Oberhäupter bekräftigt. Der deutsche Reichskanzler Bernhard Fürst von Bülow (1849–1929, im Amt 1900–1909) stellte am 25. Januar 1906 in einer Reichstagsrede fest: Er habe immer wieder auf die «Bedrohung unseres Rechtsstaates» durch die Sozialdemokratie hingewiesen, aber er werde «der Revolution den starken Arm des Staates» zeigen³⁰. Der Ausdruck Rechtsstaat bekommt damit einen anderen Sinn, er erhält eine obrigkeitstaatliche Prägung. Er wird zu einem Argument der Regierung und der Herrschenden, die Kritik und politische Infragestellungen so zu bekämpfen suchen.

Der Ausdruck Rechtsstaat war in aller Munde und in Deutschland enorm erfolgreich. Am Ende des 19. Jahrhunderts bestanden nebeneinander viele Interpretationen, sodass «der Rechtsstaat keine Gegner mehr [hatte], sondern nur noch Befürworter, die je Grundverschiedenes darunter verstanden»³¹. Der juristische und politische Sprachgebrauch hatte den Boden für ein vielfältig, wenn nicht beliebig einsetzbares Argument geschaffen. In der Weimarer Republik setzte sich diese Art von vielfältigem Begriffsverständnis nahtlos fort.

IV. Der nationalsozialistische «Rechtsstaat» des Dritten Reiches

Die nationalsozialistischen Autoren bezeichneten die von ihnen abgelehnte Idee des liberalen Rechtsstaates zunächst als den «bürgerlichen Rechtsstaat»³². Im juristischen Schrifttum setzte seit dem Ende der 1920er-Jahre eine kämpferische Publizistik ein, die den liberalen Rechtsstaat und damit die politische Philosophie der französischen Aufklärung als schädlich und überholt bezeichnete. In der Schweiz gab der damalige Bundesrichter Hans Huber 1941 dieser Denkweise Ausdruck: «Morsch ist der sogenannte bürgerliche Rechtsstaat. Darunter versteht man eine staatliche Organisation mit Gewaltentrennung, mit möglichst absoluter Gewährleistung individueller Freiheiten und mit parlamentarischer Gesetzgebung.»³³ In Deutschland erhielt der Rechtsstaat der nationalsozialistischen Bewegung andere Adjektive hinzugefügt. Der wirkliche Rechtsstaat erhalte seinen Gehalt durch die

²⁸ STAHL, S. 131 ff.

²⁹ HAVERKATE GÖRG, Staat und Souveränität IV, in: Geschichtliche Grundbegriffe (Anm. 19), S. 76.

³⁰ Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1906, S. 572.

³¹ HAVERKATE GÖRG, Staat und Souveränität IV, in: Geschichtliche Grundbegriffe (Anm. 19), S. 74.

³² Anstelle vieler: LARENZ KARL, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., Berlin 1935, S. 141.

³³ HUBER HANS, Die neue Ordnung in der Schweiz, Schweizerische Hochschulzeitung, Drittes Heft, Zürich August 1940, S. 149–157, S. 151; siehe auch Anm. 87.

Rechtsidee und den Blick auf die Wirklichkeit des Staates, der willensmässig handle. Der nationalsozialistische Staatsrechtslehrer Otto Koellreutter beschrieb 1936 den Wandel so: «Jeder Rechtsstaat erhält sein Gepräge durch die politischen Ideen seiner Zeit»³⁴. Das ungeheure Erleben des Weltkrieges habe in der jungen Generation das individualistische Denken durch das Gemeinschaftserlebnis ersetzt und damit die «Grundlage für die Errichtung des nationalsozialistischen Rechtsstaats geschaffen»³⁵. Für Letzteren sei nicht die Rechtsform, sondern die Rechtsidee das Entscheidende. Sie findet «im Rechtsgefühl des Volkes»³⁶ ihren Ausdruck. «Erst kommt das Recht, dann kommt das Gesetz.»³⁷ Koellreutter verwirrt die Leser durch tautologische Spiegelungen und leere Worthülsen. Er «[erobert] im geistigen Kampf», um Carl Schmitts Beschreibung aufzunehmen, «wirksame Formeln und eindrucksvolle Worte»³⁸ und deutet den schillernden Rechtsstaatsbegriff um. Am Ende erscheint nach diesen argumentativen Pirouetten um Worte der «Rechtsstaat im wahren Sinne»³⁹. Die Gewaltherrschaft kleidet sich damit in das Gewand rechtlicher Korrektheit. Die Theoriedebatte um den nationalsozialistischen Rechtsstaat verebbt noch vor dem Zweiten Weltkrieg und das Thema verschwindet. Nach der Festigung der Herrschaft sind keine legitimierenden Worte und Theorien mehr nötig. Die unangefochten die Herrschaft ausübenden Nationalsozialisten benötigen die Worthülse des «Rechtsstaats» nicht mehr⁴⁰. Die physische Gewalt hat das Scheinargumentieren ganz ersetzt.

V. Der sozialistische Rechtsstaat der DDR

Die Deutsche Demokratische Republik (DDR) entdeckte den Rechtsstaatsbegriff nicht gleich zu Beginn der SED-Diktatur, sondern benötigte einige Jahre, um den Begriff in den Dienst ihrer Herrschaft zu stellen. 1956 schrieb der damalige DDR-Staatssekretär Wilhelm Girnus, die DDR sei «der einzige existierende deutsche Rechtsstaat, dessen Rechtsordnung normative Kraft für den einheitlichen deutschen Staat der Zukunft

³⁴ KOELLREUTTER, S. 14.

³⁵ KOELLREUTTER, S. 14 f.

³⁶ KOELLREUTTER, S. 55.

³⁷ KOELLREUTTER, S. 15. Siehe zu weiteren nationalsozialistischen Autoren über den Rechtsstaat: KOELLREUTTER OTTO, Der nationale Rechtsstaat, Deutsche Juristen-Zeitung 1933, Sp. 517; HELFRITZ HANS, Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat, Deutsche Juristen-Zeitung 1934, Sp. 428; SCHMITT CARL, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, Juristische Wochenschrift 63 (1934), S. 713 ff.

³⁸ SCHMITT, S. 197.

³⁹ VON SCHWEINICHEN OTTO, in: Krauss Günther/von Schweinichen Otto, Disputation über den Rechtsstaat, Hamburg 1935, S. 33; siehe ferner die Worthülsen von FRANK, S. 120 ff.

⁴⁰ BOLLER, S. 122; BÖCKENFÖRDE, S. 168 stellt richtig fest, dass der Rechtsstaat gegenüber dem Phänomen politischer Herrschaft «verlegen» sei.

besitzt»⁴¹. Weitere Funktionäre nahmen den Begriff auf, und 1963 verabschiedete der VI. Parteitag der SED das erste Parteiprogramm, das die DDR als Rechtsstaat bezeichnete: «Unser Staat, der Gerechtigkeit gegenüber jedermann übt, der – zum ersten Mal in der deutschen Geschichte – Freiheit, Gleichberechtigung und Menschenrechte seiner Bürger achtet und sichert, ist der deutsche Rechtsstaat»⁴². Der Ausdruck kommt nun immer mehr in Gebrauch, wobei der damalige Sprecher der SED-Fraktion und Staatsrat Karl Polak die DDR als den «wahren deutschen Rechtsstaat»⁴³ bezeichnete. Dieser Ausdruck erschien auch in der Präambel des Strafgesetzbuches der DDR vom 12.1.1968. Er erinnert unangenehm an den «Rechtsstaat im wahren Sinne»⁴⁴ der Nationalsozialisten. Er unterstellt einen «unwahren» Rechtsstaat und macht damit den binären Charakter des Rechtsstaatsbegriffs deutlich. Der Ausdruck ist nach wie vor ein Mittel des politischen Kampfes, der nur zwei Ergebnisse kennt: Wahrheit oder Unwahrheit bzw. Sieg oder Niederlage.

Den DDR-Funktionären war klar, dass der Rechtsstaatsbegriff viele Facetten beinhaltete und sie fassten den Begriff, wie etwa Carl Schmitt, als vielseitig einsetzbares Mittel «im geistigen Kampf» auf⁴⁵. Sie sahen die DDR im Recht und die Bundesrepublik Deutschland im Unrecht⁴⁶. Walter Ulbricht erklärte: «Wer die Rechtmässigkeit der DDR in Zweifel zieht, der bezweifelt auch die Rechtmässigkeit des Kampfs der Völker gegen das mörderische Regime des Hitlerfaschismus, dessen Politik vom westdeutschen Unrechtsstaat fortgesetzt wird»⁴⁷.

In den 1970er-Jahren war vom «sozialistischen Rechtsstaat» die Rede. Der Ausdruck hatte freilich seine Gefahren, denn der liberale Rechtsstaatsgedanke war stets anwesend und die DDR-Ideologen taten ihn als den «bürgerlichen Rechtsstaat» ab. Dieser erlebte in Westdeutschland in seiner liberalen Ausprägung eine Wiedergeburt. Die spätere Diskussion ab 1968 verlagerte sich unter die Überschrift der «sozialistischen Gesetzlichkeit», die den gefährlich schillernden Ausdruck Rechtsstaat ablöste. Das Autorenkollektiv der «Marxistisch-leninistischen Staats- und Rechtstheorie»⁴⁸ hielt alle Angriffe auf die sozialistische Gesetzlichkeit für zerstörerisch, «gleich ob sich die Wortführer solcher Tendenzen auf Gesetz und Recht berufen und vielleicht sogar auch bestimmte institutionelle

⁴¹ Zit. in: SIEVEKING, S. 51. LOHMANN ULRICH, Zur Staats- und Rechtsordnung der DDR, Berlin 2015, beurteilt die DDR aus dem Blick des Grundgesetzes und gelangt zu einer Verneinung der Rechtsstaatlichkeit der DDR, ohne sie indessen als «Unrechtsstaat» zu klassieren (S. 405 ff.).

⁴² Zit. bei SIEVEKING, S. 63.

⁴³ POLAK KARL, Die Deutsche Demokratische Republik – der wahre deutsche Rechtsstaat, Neue Justiz 1963, S. 260–263, zit. bei SIEVEKING, S. 65.

⁴⁴ Anm. 39.

⁴⁵ MEISTER ROLAND, Die Funktion der bürgerlichen Rechtsstaatsideologie in der formierten Gesellschaft des staatsmonopolistischen Kapitalismus und der Kampf für einen demokratischen und sozialen Rechtsstaat in Westdeutschland, Staat und Recht 1967, S. 1483 ff.

⁴⁶ SIEVEKING, S. 67 ff., insb. S. 70 Anm. 54.

⁴⁷ SIEVEKING, S. 70.

⁴⁸ Berlin (Ost) 1975, S. 397, auch nachstehendes Zitat.

Garantien für die rechtliche Kontrolle fordern. Hier soll die sozialistische Gesetzlichkeit durch bürgerliches Rechtsdenken ersetzt werden, und das öffnet in jedem Falle den Weg für Spontaneität, Subjektivismus und anarchische Erscheinungen.» Das Konzept der sozialistischen Gesetzlichkeit war ähnlich mehrdeutig wie der «bürgerliche» Rechtsstaat und diente Legitimationszwecken. Die sozialistische Gesetzlichkeit hatte freilich keine solche Geschichte wie der Rechtsstaat und war angesichts des wiedererstandenen liberalen Rechtsstaats im Westen ungefährlicher, aber auch weniger wirkmächtig.

VI. Der vernunftbestimmte Rechtsstaat des deutschen Grundgesetzes

Die Katastrophe mit dem Ende des Krieges 1945 schuf in Westdeutschland die Grundlage für die Rückbesinnung auf den aufklärerischen Rechtsstaat. Der Schrecken und das Grauen des Dritten Reiches bildeten den Hintergrund, vor dem die Idee des liberalen Rechtsstaates wiedererstehen konnte. Der Rechtsstaat der Juristen wie Robert Mohl, Otto Bähr, Rudolf Gneist oder Friedrich Julius Stahl war auf die Herrschaft der deutschen Fürsten und Könige angewiesen; er liess sich nicht ohne sie denken. Für den wiederbelebten liberalen Rechtsstaat nach 1945 verschob sich der Hintergrund: Seine negative Basis war die Gewaltherrschaft der Nationalsozialisten. 1948 veröffentlichte Andreas Brunner den rechtspolitischen Teil seiner Dissertation «Rechtsstaat gegen Totalstaat».⁴⁹ Er erfasste damit das Programm des Rechtsstaats der Bundesrepublik Deutschland. Dieses setzte den Rechtsstaat als Gegenbegriff zur Gewaltherrschaft der Nationalsozialisten und zum Unrechtsregime der deutschen Kommunisten in der DDR ein. Die deutschen Könige und Fürsten wurden historisch und fielen als Kontrastmittel zum Rechtsstaat weg.

Das deutsche Grundgesetz bezeichnet die Bundesrepublik als solche nicht als Rechtsstaat⁵⁰, aber es widmet sich ausgiebig dessen Teilelementen, so den Grundrechten, dem Rechtsweg, der Gesetzesbindung und der Herrschaft des formellen Gesetzes. Es handelt sich um das vernunftbestimmte Rechtsstaatsmodell, das Kant in seiner Staatsphilosophie skizziert hat. Das Grundgesetz von 1949, so darf man feststellen, beruht auf der kantischen Staatsphilosophie, denn es beantwortet nach der Erfahrung der Gewaltherrschaft die Frage nach dem besten Staat. «Unter Verfassungen wie dem Grundgesetz, das alle Gewalten an die Grundrechte bindet», bleibt den Menschen die grosse staatsphilosophische Frage nach der Gerechtigkeit erspart. Es galt bereits damals: «Jede Gerechtigkeitsanforderung lässt sich als grundrechtliche Gleichheits- oder Freiheits- oder grundrechtlich gesicherte Rechtsstaatsanforderung fassen, und damit lässt sich jeder Konflikt zwischen positivem Recht

⁴⁹ BRUNNER ANDREAS, Rechtsstaat gegen Totalstaat. Rechtspolitischer Teil, Zürich 1948.

⁵⁰ Art. 28 Abs. 2 GG spricht immerhin bei den Verfassungen der Länder vom «sozialen Rechtsstaat».

und Gerechtigkeit in einen Konflikt zwischen positivem Recht und den Grundrechten übersetzen»⁵¹. Im Deutschland der Bundesrepublik kam der Rechtsstaat inhaltlich und juristisch zur vollen Blüte und strahlte als Vorbild weltweit aus. Das zeigt sich darin, dass der Ausdruck in Lehnübersetzungen wie «Etat de droit», «Stato di diritto», «Estado de derecho» oder sogar «Lawstate»⁵² in anderen Sprachen erscheint. Der letztere, englische Ausdruck wird in der angelsächsischen Rechtswissenschaft kaum verwendet. Der Gehalt von «rule of law» ist indessen keinesfalls mit dem Rechtsstaat identisch und er kann nicht mit einem einfachen Ausdruck übersetzt werden. Der liberale «Rechtsstaat» ist der Oberbegriff für Normherrschaft, Grundrechte, Gerichtskontrolle, Gewaltenteilung, Parlamentarismus und viele weitere Einrichtungen. Diese Ideen bestehen – wie etwa im Fall der Normherrschaft und der Gewaltenteilung – seit der Antike.⁵³ Mit der Anknüpfung an diese alten politischen Ideen erhält der Rechtsstaat eine mehr als zweitausendjährige Geschichte⁵⁴, obwohl der juristische Begriff erst 1829 bei Robert Mohl auftaucht. Der emphatische Begriff erobert die Welt rückwirkend, ohne dass die Welt dies realisiert: Er bleibt ein deutscher Begriff, der im Lauf der unsteten deutschen Geschichte immer wieder umgedeutet worden ist⁵⁵, was aber nichts daran ändert, dass er nur Befürworter und keine Gegner kennt⁵⁶.

Es war daher nur folgerichtig, dass sich die EU ihrerseits der Rechtsstaatlichkeit annahm. Die Rechtsstaatlichkeit ist nach den Verträgen und den Deklarationen der EU-Organe ein zentrales Anliegen der Europäischen Union. Der EU liegen die Werte Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit zugrunde (Art. 2 EUV, in der englischen Fassung: «rule of law»). Verletzt ein Mitgliedstaat diese Werte, so sieht Art. 7 EUV einen Sanktionsmechanismus vor. Am 11. März 2014 hat die EU-Kommission diesem förmlichen Verfahren einen Mechanismus vorgeschaltet, sollte ein Mitgliedstaat systematische Defizite in der Rechtsstaatlichkeit aufweisen. Sie hebt damit diesen «Wert» sozusagen an die erste Stelle. Das belegt die Beliebtheit und hohe Anerkennung, welche die Rechtsstaatlichkeit nicht nur in Deutschland, sondern in ganz Europa besitzt⁵⁷. Am Beispiel von Polen und Ungarn⁵⁸ exerzierte die EU-Kommission 2022 die Wirksamkeit dieser Mechanismen, nachdem die polnische Regierung die Kompetenzen des Verfassungsgerichts beschnitten hatte.

⁵¹ SCHLINK BERNHARD, Jurist sein, in: Ders. (Hrsg.), Erkundungen, Zürich 2015, S. 169 ff., S. 179, beide Zitate.

⁵² STERN, S. 765.

⁵³ Vgl. BOLLER, S. 52 ff.

⁵⁴ STERN, S. 768.

⁵⁵ SCHMITT, S. 197.

⁵⁶ Anm. 29.

⁵⁷ Mitteilung der Kommission: Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, 11. März 2014, COM (2014) 158 final; siehe dazu: OESCH MATTHIAS, Europarecht, Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU, 2. Aufl., Bern 2019, S. 54 ff.

⁵⁸ NZZ vom 17. Februar 2022, S. 3; NZZ vom 14. Dezember 2022, S. 20.

VII. Rezeption des «Rechtsstaates» in der Schweiz

Die kantische Staatsphilosophie findet in der Regeneration ab 1830 Eingang in die schweizerische Staatsauffassung⁵⁹. Die beiden Brüder Wilhelm und Ludwig Snell lehren an den von Republiken und nicht von Monarchen oder der Kirche gegründeten Universitäten von Zürich (1833) und Bern (1834). Diese haben von den beiden Kantonen die Aufgabe erhalten, wissenschaftlich gebildetes Personal für die freiheitlichen Demokratien heranzubilden. Die repräsentative Demokratie, die Gewaltenteilung, der Schutz der Freiheit oder die Gesetzesherrschaft bilden die Ecksteine dieser neuen staatsrechtlichen Gebäude auf der Grundlage kantischen Vernunftrechts. Die geflüchteten Intellektuellen aus Deutschland werben zwar auch in der Schweiz mit dem Ausdruck «Rechtsstaat», das war insoweit fehl am Platz, als es keine Monarchen gab, denen die liberale Bewegung den Rechtsstaat entgegenhalten konnte. In der Schweiz des 19. Jahrhunderts stiess der deutsche Rechtsstaatsbegriff deshalb auf Ablehnung und spielte bis etwa 1950 kaum eine Rolle⁶⁰. So kritisierten die Linksfreisinnigen den Begriff, weil er nur formal sei, zum Obrigkeitsstaat gehöre und sich nicht um die soziale Wohlfahrt des Volkes kümmere⁶¹. Der liberale Autor und freisinnige Solothurner Nationalrat Simon Kaiser begründet diese vorherrschende Ansicht. Er hält den «Rechtsstaat» für eine «willkürliche Erfindung». Recht und Staat seien Begriffe, «die durchaus nicht so notwendig zusammengehören und dass die, welche sie zusammenbringen, es immer mit besondern, polizeilichen Hintergedanken tun, als wenn der Staat nicht ohne Recht und das Recht nicht ohne Staat bestehen könnte»⁶². Der Ausdruck trägt noch immer den «Kammergeruch»⁶³ seiner Herkunft von Staaten, in denen «der gemeinsame Wille nicht durch alle Bürger gebildet, sondern von oben oktroyiert wird»⁶⁴. Für Kaiser ist der Rechtsstaat bloss formal und damit unzureichend, denn er «wahrt die verschiedensten Interessen der Menschen; aber wie man die eine Rücksicht hauptsächlich hervortreten lassen will, so werden die andern vernachlässigt»⁶⁵. Man könne nicht einseitig vom Rechtsstaat sprechen, ohne nicht mit ebenso guten Gründen den «christlichen Staat», «Gesundheitsstaat», «national-ökonomischen Staat», «Wissenschaftsstaat» hervorzuheben⁶⁶. Es sei eben das Bedeutungsvolle im Staat,

⁵⁹ KLEY ANDREAS, Kants republikanisches Erbe. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Band 46, Baden-Baden 2013, S. 7 ff.

⁶⁰ Richard Bäumlin setzt in seinem Votum (ZSR 103 [1984] II, S. 635 f., S. 636) die Grenze bei 1940 an. Eine wirkliche Häufung des Gebrauchs tritt erst ab 1970 ein.

⁶¹ Siehe Anm. 68.

⁶² KAISER, Staatsrecht I. Buch, S. 2, beide Zitate. Auch DUBS JAKOB, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft, I. Teil, 2. Aufl., Zürich 1878, S. 17 lehnt den Begriff als bloss historische Durchgangsstation (S. 15, S. 89) und damit zu begrenzt (S. 17) ab; VON ORELLI ALOIS, Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Freiburg i.Br. 1885, S. 58 sieht in ihm lediglich eine historische Durchgangsstation.

⁶³ KAISER, Staatsrecht I. Buch, S. 2.

⁶⁴ KAISER, Staatsrecht II. Buch, S. 82.

⁶⁵ KAISER, Staatsrecht II. Buch, S. 87.

⁶⁶ KAISER, Staatsrecht II. Buch, S. 87 f.

dass er alle menschlichen Interessen zu berücksichtigen habe, «ohne deshalb nach einem Einzelnen sich taufen zu lassen»⁶⁷.

Kaiser gibt hier den Stand der schweizerischen Rechtsanschauung wieder, wie sie auch der Bundesrat und beide Räte vertreten haben. In der deutschen Ausgabe des Bundesblatts von 1849 bis 1950 wird der Begriff 37-mal verwendet. In der französischen Fassung des Bundesblatts wird er in den parallelen Textpassagen mit «état», «état fondé sur légalité», «état constitutionnel» oder weiteren Umschreibungen übersetzt⁶⁸. Die Lehnübersetzung «état de droit» kommt im selben Zeitraum nicht vor. Als vergleichbares Konzept existiert der Rechtsstaat in der Westschweiz bis heute nicht⁶⁹, allenfalls wird im französischen Text der deutsche Ausdruck «Rechtsstaat»⁷⁰ verwendet. In den juristischen Debatten fand sich der Begriff bis nach dem Zweiten Weltkrieg selten⁷¹. So gebraucht etwa Fritz Fleiner den «Rechtsstaat» nicht als eigenes Konzept⁷². Er verwendet den Ausdruck beiläufig, weil er

⁶⁷ KAISER, Staatsrecht II. Buch, S. 88.

⁶⁸ Im Einzelnen: BBl 1879 III 1159, FF 1879 III 1108 (État libre); BBl 1881 III 402 und 405, FF 1881 III 498 und 501 (état/pays fondé sur légalité); BBl 1883 II 577, FF 1883 II 521 (état constitutionnel progressiste); BBl 1884 II 893, FF 1884 II 949 (état ne s'occupant que des questions de droit); BBl 1887 III 299, FF 1887 III 315 (état doit se confiner dans le rôle de justicier); BBl 1893 III 137 (Rechtsstaat darf keine Ausnahmeverfügung machen), FF 1893 III 201 (un état ne doit recourir qu'à la dernière extrémité); BBl 1895 I 205, FF 1895 I 325 (l'état basé exclusivement sur des principes de droit); BBl 1895 II 94, FF 1895 II 816 (un état constitutionnel); BBl 1901 III 744, FF 1901 III 690 (la notion du Rechtsstaat); BBl 1908 II 415, FF 1908 II 480 (l'Etat constitutionnel); BBl 1911 IV 344, FF 1911 IV 371 (un Etat); BBl 1919 IV 2, FF 1919 IV 2 (l'Etat juridique); BBl 1933 II 499, FF 1933 II 495 (les Etats libéraux modernes); BBl 1936 III 43, FF 1936 III 42 (un Etat régi par le droit); BBl 1937 II 876, FF 1937 II 873 (un Etat policé); BBl 1945 I 15, FF 1945 I 15 (un Etat régi par le droit); BBl 1945 II 591 (demokratischer Rechtsstaat), FF 1945 II 559 (notre Etat démocratique); BBl 1947 II 689, FF 1947 II 717 (un Etat régi par le droit); BBl 1947 II 327, FF 1947 II 320 (un Etat régi par le droit); BBl 1907 VI 1007, FF 1907 VI 952 (keine Übersetzung).

⁶⁹ AUER ANDREAS, L'Etat de droit: sens et non-sens d'un concept prétentieux, Plädoyer 2/1990, S. 55 ff.; AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz, 2 Bände, Basel/Frankfurt a.M. 1991/1995, kommt ohne das Konzept des Rechtsstaates aus. Der Begriff erscheint nur in Form von Zitaten aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. z.B. Band I N. 311. MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, Vol. I et II, 3e édition, Basel 2014/2015, verwendet den Begriff ebenso wenig wie FAVRE ANTOINE, Droit constitutionnel suisse, 2e édition, Fribourg 1970.

⁷⁰ Einzige Fundstelle: FF 1901 III 690.

⁷¹ Die 1946 gegründete «Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte» verwendete den Rechtsstaat als politischen Kampfbegriff, indem sie sich gegen die kollektivistischen Anschauungen des Sowjetkommunismus einsetzte.

⁷² FLEINER FRITZ, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, verwendet den Ausdruck weder in den Überschriften noch im Stichwortregister. Dagegen scheint in der Überarbeitung des Bandes durch ZACCARIA GIACOMETTI von 1949 (siehe FLEINER/GIACOMETTI) der Begriff oftmals auf und dient als liberales Konzept. Selbst in FLEINERS Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Neudruck für die Schweiz, Zürich 1939, erscheint der Ausdruck nur einmal im historischen Zusammenhang (S. 240). Fleiner arbeitet durchwegs mit den Teilelementen des Rechtsstaates und nicht mit dem abstrakten Begriff.

sich am deutschen Verwaltungsrecht orientiert. Fleiner stützt sich auf die einzelnen Konzepte des liberalen Rechtsstaatsbegriffs, die Herrschaft der Gesetze, die Gerichtskontrolle, die Gewaltenteilung und dergleichen mehr. Er wusste um die Mehrdeutigkeit des Begriffs und war zweifellos von Simon Kaiser beeinflusst⁷³.

In den deutschsprachigen Schweizer Zeitungen kommt der Begriff im Zeitraum von 1848 bis 1959 selten vor⁷⁴. Hier folgt die Begriffsverwendung den entsprechenden Konjunkturen in Deutschland, insbesondere in der Zeit um die Mitte des 19. Jahrhunderts und vor allem nach 1930. In den Debatten von National- und Ständerat kommt der Ausdruck «Rechtsstaat» unter deutschem Einfluss nach dem Ersten Weltkrieg vermehrt in Gebrauch. Mit der Machtergreifung Hitlers setzt in der nationalsozialistischen Staatsrechtslehre die Umdeutung des Begriffs ein, was noch vor dem Zweiten Weltkrieg im «nationalsozialistischen Rechtsstaat Adolf Hitlers»⁷⁵ endet. Die Schweizer Politiker nehmen diese Diskussionen zur Zeit der Weimarer Republik und des Dritten Reiches wahr und bringen in den Debatten die unterschiedlichsten Verständnisse von Rechtsstaat ein. Im Vordergrund steht der obrigkeitstaatliche Rechtsstaatsbegriff, der von den Parlamentariern immer wieder angerufen wird. In einer Debatte um die Durchsetzung des Jesuitenverbots sagt der Interpellant, Nationalrat Werner Schmid, am 30. März 1949: «Entweder sind wir ein Rechtsstaat: dann ist die Bundesverfassung für alle Bürger dieses Rechtsstaates verbindlich, oder wir sind es nicht. Wo kämen wir hin, wenn ein Teil des Volkes sich nicht mehr an die Bestimmungen der Verfassung gebunden fühlte?»⁷⁶ Zahlreiche Voten gehen in diese Richtung, die für die Herrschaft des Staates und die unbedingte Durchsetzung des Rechts votiert. Hier aktualisiert sich «jenes grosse Recht [des Staates, A.K.] auf Gehorsam»⁷⁷. Auf der Gegenseite stehen die Äusserungen, die ein Teilelement des liberalen Rechtsstaates, etwa die Gewaltenteilung, die Freiheitsrechte, die Gesetzesbindung usw., hervorheben⁷⁸. In einer dritten Bedeutungsvariante bildet der Begriff im Sprachgebrauch eine hochwertige Leerformel ohne spezi-

⁷³ Siehe zur Rolle von Fleiners Schüler Zaccaria Giacometti Anm. 86.

⁷⁴ In der Neuen Zürcher Zeitung ergeben sich nur wenige Fundstellen: 15.4.1851, Nr. 109 (liberaler Rechtsstaat und Wohlfahrtsstaat); 30.5.1922, Nr. 709, 1. Abendblatt (Zaccaria Giacometti über Ausstandsgründe und Rechtsstaat); 23.5.1933, Nr. 931, Blatt 4 (Rechtsstaat und Verwaltungspflege); 14.12.1934, Blatt 3, S. 2 (Bericht über einen Vortrag von DIETRICH SCHINDLER SEN. über den Rechtsstaat, siehe dazu: Über den Rechtsstaat, in: Dietrich Schindler sen., Recht, Staat, Völkergemeinschaft, Zürich 1948, S. 163); 20.2.1936, Nr. 292, Blatt 1, Morgenausgabe (Disputation an der Berliner Universität, Anm. 39). Die Nennungen in der NZZ beginnen sich ab den 1930er-Jahren angesichts der Rechtsstaatsdebatten im Dritten Reich zu häufen.

In der Satirezeitschrift «Nebelspalter» erscheint der «Rechtsstaat» dreimal: 1880 (6) Heft 22, 1881 (7) Heft 5, 1889 (15) Heft 22. Auch in anderen Druckerzeugnissen wird erkennbar, dass der Begriff bekannt ist, aber eine geringe Rolle spielt.

⁷⁵ FRANK, S. 120 ff.

⁷⁶ Sten Bull 1949 N 477.

⁷⁷ MAYER OTTO, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 105.

⁷⁸ Protokolle der Bundesversammlung (Maschinenschrift), Nationalrat vom 29.9.1943, Ordentliche Herbstsession (20.9.1943–30.9.1943), S. 405.

fischen Bezug zu Gehorsam oder zu liberalen Rechten⁷⁹. Im geistigen Kampf kommt «ein eindrucksvolles Wort»⁸⁰ ohne Inhalt zum Einsatz.

Der Ausdruck ist strikte auf die deutsche Sprachwelt begrenzt; er fehlt in den Voten der französischsprachigen Abgeordneten weitestgehend⁸¹. Die Unübersetzbarkeit dieses deutschen Konzepts zeigt sich auch darin, dass die welschen Parlamentarier in ihren Voten allenfalls den deutschen Ausdruck unübersetzt verwenden⁸². Der Ausdruck «Rechtsstaat» hatte in der republikanischen Schweiz bis 1950 keine grosse Bedeutung⁸³. Denn die Schweiz hatte sich schon im 19. Jahrhundert mit den Ideen der Aufklärung und nicht zuletzt den Ideen Immanuel Kants mehrheitlich angefreundet. Die Schüler und Anhänger Kants vertrieb das monarchische Preussen im 19. Jahrhundert ins Ausland, manche, wie etwa die Gebrüder Snell, kamen in die Schweiz. Die verschiedenen Postulate des Rechtsstaates setzte man unter diesem Einfluss einzeln, allerdings zu ganz unterschiedlichen Zeiten, um. Der Ausdruck «Rechtsstaat» war nicht ohne Monarchie zu denken, und die Forderung nach dem «Rechtsstaat» war daher schlicht überflüssig.

Mit dem Erlass des Grundgesetzes 1949 erhält Deutschland eine Verfassungsordnung, die die Freiheit und die Demokratie umfassend schützt. Das aufklärerische und kantische Staatsdenken erhält in den politischen Institutionen Deutschlands eine Heimat⁸⁴. Der Begriff «Rechtsstaat» im Sinne von Robert Mohl steht bereit, er erfährt damit eine Anerkennung und später eine unerhörte Aufwertung. Das Grundgesetz ist, wie dargestellt, ein Erfolg und ein Vorbild. Die Schweizer Juristen beschäftigen sich wieder mit deutschem Staatsrecht. Über Zaccaria Giacometti⁸⁵, seine Schüler⁸⁶, weitere Autoren⁸⁷ sowie das bundesdeutsche

⁷⁹ Bundesrat von Steiger am 2.6.1942 im Nationalrat: «Sie haben mir die Ehre und die Verantwortung erwiesen, über Recht und Gerechtigkeit zu hüten und dafür zu sorgen, dass die Schweiz ein Rechtsstaat bleibt» (Protokolle der Bundesversammlung, Ordentliche Sommersession vom 01.6.1942–13.6.1942, S. 120 f.).

⁸⁰ Anm. 38.

⁸¹ Der «état de droit» kommt 1891 bis 1950 fünfmal vor, z.B. Sten Bull 1936 IV N 1296.

⁸² Sten Bull 1910 N 28, 1918 S 115, 1943 S 92, 1946 N 179, 1948 N 652, 1949 S 500, 629.

⁸³ Ab 1950 erscheint er vereinzelt in den Botschaften des Bundesrates, z.B. BBl 1951 I 251 (Botschaft zum Landwirtschaftsgesetz), 1951 II 6 (Wohnbauförderung im Berggebiet), 1952 II 30 (Verabschiedung von Bundesrat von Steiger), 1956 I 637 (Schiffbarmachung des Hochrheins), 1956 I 1414 (Bezüge der Richter), usw.

⁸⁴ DREIER HORST, Kants Republik, Juristen-Zeitung 59 (2004), S. 745 ff., insb. S. 753.

⁸⁵ FLEINER/GIACOMETTI, S. 20, S. 31, S. 33 usw.; GIACOMETTI ZACCARIA, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. und einziger Band, Zürich 1960. Siehe zu Fleiner Anm. 72.

⁸⁶ KÄGI WERNER, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR 71 (1952) I, S. 173 ff.; IMBODEN MAX, Rechtsstaat und Verwaltungsorganisation, in: Ders. (Hrsg.), Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 447 ff. (mit weiteren Beiträgen, siehe z.B. S. 3 ff.: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung).

⁸⁷ An der Universität Bern hat Hans Huber, nachdem er bis 1945 den «bürgerlichen Rechtsstaat» totgesagt hatte (Anm. 33 und dazu KLEY ANDREAS, Geschichte des öffentlichen Rechts der

rechtswissenschaftliche Schrifttum gelangt der Rechtsstaatsbegriff ab 1950 allmählich in die deutschschweizerische Lehre.

In den politischen Diskussionen kommt der obrigkeitsstaatliche Gehalt des Begriffs in den 1970er- und 1980er-Jahren zum Vorschein. Verschiedene, meist ausserparlamentarische Oppositionsbewegungen kritisieren in der Deutschschweiz den Bau von Atomkraftwerken und die Flüchtlingspolitik heftig und rufen zum Widerstand auf⁸⁸. Die bürgerlichen Parteien greifen in dieser Lage zum obrigkeitsstaatlichen Rechtsstaatsbegriff und behaupten, ähnlich wie Kanzler von Bülow⁸⁹, der Rechtsstaat sei in Gefahr und man müsse den Rechtsstaat gegen die linken Opponenten durchsetzen. Sie erklären den Widerstand für illegal und fordern Gehorsam, aber sie übersehen, dass sich der Begriff in sein Gegenteil verkehrt, wenn die Vertreter der Staatsmacht solche Erklärungen abgeben. Der liberale und aufklärerische Rechtsstaatsbegriff kann nicht gegen die Zivilgesellschaft gewendet werden, da er die Freiheit der Individuen schützen und nicht die Handlungsfähigkeit der Staatsmacht sichern soll. Es fällt ideologiekritischen Intellektuellen in jenen Jahren auf, dass mit diesem andern Sprachgebrauch die Bedeutung des liberalen Rechtsstaates in das Gegenteil verkehrt wird⁹⁰.

Der Begriff setzt sich in der politischen Kommunikation und in der Rechtssprache der Schweiz fest und erhält in Praxis und Lehre einen festen Platz. Es ist folgerichtig, dass ihn 1999 Art. 5 der neuen Bundesverfassung mit den «Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns» in differenzierter Weise übernimmt.

Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 173 ff.), das Thema wieder aufgenommen: HUBER HANS, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in: Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 59 ff. Hubers Schüler Richard Bäumlín beschäftigte sich intensiv mit dem Rechtsstaat: BÄUMLIN RICHARD, Die rechtsstaatliche Demokratie, Diss. Bern, Zürich 1954, S. 43 ff.

⁸⁸ Siehe namentlich die Interpellation Sager, die verschiedene derartige Aufrufe aufgriff und fand, «unabdingbare Grundlagen des schweizerischen Rechtsstaates» würden damit in Zweifel gezogen, Amtl Bull N 1985 1851 ff., S. 1852. Die Diskussion führte zu keiner Klärung, Amtl Bull N 1986 656 ff.; KÖLZ ALFRED, Was kann der Rechtsstaat heute leisten?, in: Manifest zur Verteidigung des Rechtsstaates, herausgegeben von der Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte, Zürich 1983, S. 15 ff., S. 16.

⁸⁹ Anm. 30.

⁹⁰ BÄUMLIN, Votum (ZSR 103 [1984] II, S. 635 f., S. 636); NOLL PETER, Wer gefährdet den Rechtsstaat?, Neue Wege 79 (1985), S. 79 ff.; SPIELER WILLY, Zeichen der Zeit. Widerstand für den Rechtsstaat, Neue Wege 84 (1990), S. 188 ff.

VIII. Der Rechtsstaat bleibt ein rechtlicher und politisch-kommunikativer Begriff

Die europäischen Staaten haben im 19. Jahrhundert das Monopol der Erzeugung allgemeinverbindlicher Gesetze erworben. Der Staat ist der hauptsächlichste Rechtsetzer geworden, und das Recht besitzt in der Gesellschaft eine ausschliessliche Geltung⁹¹: Die zuständigen Behörden und Gerichte legen fest, was Recht und was Unrecht ist. Bezeichnet man dieses Staatsmodell als Rechtsstaat, so erklärt das nichts. Die Rechtserzeugung und -anwendung ist ein entscheidendes Merkmal des modernen Staats geworden. Zudem bleibt offen, wie «Recht» definiert wird. In diesem Sinne bestätigt das Gebot des Rechtsstaates das, was ohnehin gilt⁹²; der Rechtsstaatsbegriff ist eine Tautologie. Das ist ein ungewöhnlicher Sachverhalt, weshalb man es nötig findet, «die Tautologie emphatisch zu bestätigen»⁹³. Die Tautologie eröffnet im politischen Diskurs eine andere Dimension: «Sie beruht darauf, dass das politische System das Recht als Instrument benutzt und sich in der Folge diesem Instrument ausgeliefert findet.»⁹⁴ Rechtsstaatliche Argumente dienen im politischen Diskurs dazu, den Spielraum des politischen Gegners und damit der Politik zu beschränken oder in eine bestimmte Richtung zu drängen. Der Rechtsstaat wollte die staatliche Machtausübung bändigen, und er hat das Recht zu seinem wichtigsten Instrument gemacht. Er findet sich jetzt «dadurch, dass ihm das Recht als Instrument zu Gebote steht, in das Recht verstrickt»⁹⁵. Die Staatsmacht wird an ihre eigenen Fesseln gebunden⁹⁶. Die Sachlage ist zirkulär: «Die Macht stellt sich unter das Recht, das sie selbst schafft und das somit doch wiederum als Werkzeug der Macht sich unter die Macht stellt.»⁹⁷ Der Staatsmacht eröffnet sich ein Ausweg, wenn sie den Rechtsbegriff entleert und jeden beliebigen Akt des Staates als Recht erklärt.

Der Rechtsstaatsbegriff ist kommunikativ gesehen ein «Hochwertwort» und geniesst grosses Ansehen. Es liegt deshalb nahe, dass Politiker den Begriff instrumentell-kommunikativ als Floskel nutzen⁹⁸. Der inhaltsleere, tautologische Rechtsstaatsbegriff verschafft der Politik die Möglichkeit, vielfältigen Anliegen im politischen Diskurs zum Erfolg zu verhelfen. Niemand kann sich gegen den Rechtsstaat aussprechen. Denn damit würde diese Person den Unrechtsstaat wählen. Der emphatische Ausdruck «Rechtsstaat» funktioniert als ein

⁹¹ LUHMANN, S. 495.

⁹² LUHMANN, S. 494.

⁹³ LUHMANN, S. 494.

⁹⁴ LUHMANN, S. 499; Kelsen HANS, Reine Rechtslehre, Leipzig/Wien 1934, S. 38 sieht die normative Ordnung des Rechts als «Ideologie».

⁹⁵ LUHMANN, S. 501.

⁹⁶ LUHMANN, S. 500.

⁹⁷ THOMA RICHARD, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1910, S. 196 ff., S. 201.

⁹⁸ KUNIG, S. 231 ff., insb. S. 238.

binärer Kontrastbegriff, da er stets an das Gegenteil erinnert. Jedes Anliegen, das mit dem Ausdruck Rechtsstaat verknüpft wird, verneint den Unrechtsstaat und erscheint deshalb als berechtigt und richtig. Das Rechtsstaatsprinzip und seine tabuisierten Kontraste schlagen jede andere Ansicht zu Boden⁹⁹. Der Einsatz des Begriffs als Floskel überträgt sich auch in die juristische Sphäre. Dort verzichtet man angesichts dieses Begriffswandels «auf eine genaue Analyse und die Darlegung nachprüfbarer Argumentationsschritte»¹⁰⁰ und proklamiert stattdessen die Ergebnisse, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben würden.

Katharina Sobota nennt für den bundesdeutschen Rechtsstaatsbegriff insgesamt 25 unterschiedliche Teilgehalte, die ihn konstituieren¹⁰¹. «Den» Rechtsstaat gibt es nicht, da jeder demokratische und auf Normherrschaft beruhende Staat unterschiedliche Formen seiner Staatsorganisation ausbildet.

Es handelt sich um ein Zauberwort, das, kaum ausgesprochen, das Gegenüber in seinen Bann zieht. Die Wirkung des Zaubers besteht darin, dass er den effektiven Spielraum der Politik einschränkt und eine vorgegebene Lösung als alternativlos darstellt. Freilich ist die Zauberei mit dem Rechtsstaat unberechenbar. Niemand hat ihre Wirkung ganz in der Hand. Der Begriff nimmt, je nach Kontext, jede Bedeutung an: liberale Freiheit, obrigkeitsstaatliche Knebelung, sittliche Führung in eine beliebige Richtung oder wohlklingende Leerformel. Jedes politische Regime dieser Welt könnte mit dem Rechtsstaatsbegriff für sich werben. In Deutschland haben es die fünf bestehenden Regime seit 1870 denn auch getan. Der Ausdruck «Rechtsstaat» ist einer der erfolgreichsten politischen Begriffe der deutschen Geschichte. Der beliebige Gebrauch des Begriffs mahnt zur Vorsicht. Der Empfänger der Botschaften des Rechtsstaats sollte fragen: Welche Absichten verfolgt der Sender der Botschaft vom Rechtsstaat? Auf welches Recht bezieht sich der angerufene Rechtsstaat, das Recht als Macht- und Gewaltakt (obrigkeitsstaatlicher Begriff) oder das Recht als generell-abstrakte Regel? Bezieht sich der Rechtsstaat auf die Gesetzherrschaft, so ist immer noch zu klären, welches Element aus dem vielfach zusammengesetzten Oberbegriff gemeint ist.

Es führt kein Weg an dem aus konkreten Elementen zusammengesetzten Rechtsstaatsbegriff vorbei. Die Venedig-Kommission hat Pionierarbeit geleistet. Ihre Rezeption wird die Diskussionen entschärfen und versachlichen.

⁹⁹ KUNIG, S. 233; man kann dieses Vorgehen auch als Methode der Sakralisierung bezeichnen, KLEY ANDREAS, Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Bern 2005, S. 95 ff.

¹⁰⁰ KUNIG, S. 233.

¹⁰¹ SOBOTA KATHARINA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen 1997, S. 27–262.

IX. Literaturverzeichnis

- BÖCKENFÖRDE WOLFGANG, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Ders. (Hrsg.), Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M. 1991
- BOLLER MARCEL, Rechtsstaat und Rechtsweggarantie, Diss. Zürich 2016
- FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
- FRANK HANS, Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers, Deutsches Recht IV, 1934
- KAISER SIMON, Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern, I. Buch, St. Gallen 1858 (zit. KAISER, Staatsrecht I. Buch)
- KAISER SIMON, Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern, II. Buch, St. Gallen 1859 (zit. KAISER, Staatsrecht II. Buch)
- KOELLREUTTER OTTO, Deutsches Verfassungsrecht. Ein Grundriss, 2. Aufl., Berlin 1936
- KUNIG PHILIP, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986
- LUHMANN NIKLAS, Zwei Seiten des Rechtsstaates, in: Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today, The 40th anniversary of the Institute of Comparative Law in Japan, Chuo University, Tokyo 1989, S. 493 ff.
- MOHL ROBERT, Staatsrecht des Königreiches Württemberg, Tübingen 1829 (zit. MOHL, Staatsrecht)
- MOHL ROBERT, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, I. Band, Tübingen 1832 (zit. MOHL, Polizei-Wissenschaft)
- PLACIDUS JOHANN WILHELM (J. W. Petersen), Literatur der Staatslehre. Ein Versuch, Strassburg 1798
- SCHMITT CARL, Was bedeutet der Streit um den «Rechtsstaat»? , Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 95 (1935), S. 189 ff.
- SIEVEKING KLAUS, Die Entwicklung des sozialistischen Rechtsstaatsbegriffs in der DDR. Eine Studie zur Auseinandersetzung mit dem Rechtsstaat in der SBZ-DDR zwischen 1945 und 1968, Berlin 1975
- STAHL FRIEDRICH JULIUS, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 2 Bände, 5. Aufl., Tübingen/Leipzig 1878, 2. Band
- STERN KLAUS, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984

Technologische Voraussetzungen der Meinungsfreiheit – Grundrechtsanreicherung rechtssoziologisch betrachtet

*Christoph Beat Graber**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	79
II.	Grundrechte und normative Erwartungen	81
III.	Genese von normativen Erwartungen an digitale Technologie	83
IV.	Technologische Voraussetzungen der Meinungsfreiheit – normative Evidenzen	85
V.	Grundrechtswandel und Verfassungsstabilität	89
VI.	Literaturverzeichnis	93

I. Einleitung

Mit Parlamentarischer Initiative vom 1. März 2018 verlangte Nationalrat Reynard, die Bundesverfassung (BV) mit einem Grundrecht auf Netzneutralität zu ergänzen.¹ Begründet wurde der Vorstoss mit dem Argument, dass die Netzneutralität nicht einmal im Fernmeldegesetz erwähnt werde, obwohl es sich dabei um ein «ungeschriebenes Gesetz» handle. «Als Konsequenz aus der Meinungsfreiheit und dem Recht auf Information einerseits und der Wettbewerbsfreiheit andererseits sollte die Netzneutralität als verfassungsmässig garantiertes Grundrecht betrachtet werden.»² Die Initiative wurde später zurückgezogen, weil das Parlament in der Zwischenzeit das Fernmeldegesetz (FMG) geändert und den Grundsatz des offenen Internets (und der damit verbundenen Netzneutralität) im neuen Art. 12e FMG verankert hatte.³

* Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Lehrstuhl für Rechtssoziologie mit besonderer Berücksichtigung des Medienrechts. Für hilfreiche Kommentare zu früheren Fassungen dieses Textes und weiterführende Hinweise danke ich Frau MLaw Camilla Dul.

¹ MATHIAS REYNARD, Parlamentarische Initiative vom 1. März 2018 (18.407 «Netzneutralität in der Verfassung verankern»); abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180407>> (16. Januar 2024).

² Ebd.

³ Eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 22. März 2019, in Kraft seit dem 1. Januar 2021, AS 2020 6159, BBl 2017 6559.

Mit Parlamentarischer Initiative vom 29. September 2022 forderte Nationalrat Bendahan, das Recht auf digitale Unversehrtheit ausdrücklich als Grundrecht in der BV zu verankern.⁴ Konkret sollte Art. 10 Abs. 2 BV mit den Worten «digitale Unversehrtheit» ergänzt werden, so dass die Grundrechtsnorm neu wie folgt lauten würde: «Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche, geistige und digitale Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.» Begründet wurde der Vorstoss damit, dass die technologisch-wirtschaftliche Entwicklung im Internet «neue Gefahren für die Unversehrtheit der Bevölkerung» berge, welche nach einem verstärkten Grundrechtsschutz riefen. Auf Antrag seiner Staatspolitischen Kommission⁵ beschloss der Nationalrat am 11. Dezember 2023 mit 118 zu 65 Stimmen, dem Geschäft keine Folge zu geben.⁶ Laut der Kommissionssprecherin handelt es sich beim Recht auf digitale Unversehrtheit um den «Anspruch, zu verstehen und zu wissen, welche Daten unseres digitalen Lebens von wem gesammelt werden – zum einen Informationen, die wir explizit weitergeben, zum andern Informationen, die von Websites, die wir besuchen, oder von Dritten aufgrund unserer Aktivitäten zusammengestellt oder berechnet werden.» Die digitale Integrität sei grundrechtlich bereits durch die körperliche und geistige Unversehrtheit geschützt, womit die Verfassungsänderung nicht über eine symbolische Wirkung hinausgehen würde. Bestehende «Lücken und Schwierigkeiten beim Schutz der Bürger» seien «eher auf der Ebene der Rechtsanwendung oder der Umsetzung des geltenden Rechtes zu verorten.»⁷

Die beiden Initiativen liegen mehr als vier Jahre auseinander – was verbindet sie? Beide verlangen die Aufnahme eines neuen Grundrechts in die BV. Beide verfolgen das Ziel, die Freiheit der Kommunikation auch unter den Bedingungen zu schützen, die sich aus der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung des Internets ergeben. Beide gehen von einem Verständnis der Grundrechte aus, das sich in zweierlei Hinsicht nicht mit dem in Lehre und Rechtsprechung vorherrschenden Verfassungsverständnis deckt: Erstens, weil sie auch dort von Grundrechten sprechen, wo es nicht um *staatliche* Freiheitseingriffe geht, die abgewehrt werden sollen. Zweitens, weil sie die technologische Infrastruktur im Internet als selbständiges Grundrechtsthema verstehen. Das Parlament hat auf der Linie des rechtlich geltenden Verfassungsverständnisses geantwortet, indem es beide Anliegen nicht als Grundrechtsfragen, sondern als Aufgaben des Gesetzgebers interpretierte, die durch Revision des FMG (Netzneutralität) bzw. eine Verstärkung des Datenschutzrechts (digitale Unversehrtheit) zu erfüllen sind.

⁴ SAMUEL BENDAHAN, Parlamentarische Initiative vom 29. September 2022 (22.479 «Das Recht auf digitale Unversehrtheit in die Verfassung aufnehmen»); abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20220479>> (17. Januar 2024).

⁵ Parlamentarische Initiative (22.479), Das Recht auf digitale Unversehrtheit in die Verfassung aufnehmen: Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 9. November 2023; abrufbar unter <https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2022/Kommissionsbericht_SPK-N_22.479_2023-11-09.pdf> (16. Februar 2024).

⁶ AB 2023 N 2326.

⁷ Votum Steinemann, AB 2023 N 2325.

Für die Rechtssoziologie sind die beiden Initiativen spannend, weil sie Ausdruck eines Verfassungsverständnisses sind, das Grundrechte als *soziale Institutionen* konzipiert. Rechtspraxis und Rechtsdogmatik befassen sich mit der Form des Rechts. Es interessiert die systematische Beziehung zwischen verschiedenen abstrakten Grundsätzen, deren Anwendung in konkreten Fällen zu logisch begründeten Entscheidungen führt. Im Unterschied dazu geht es in der Rechtssoziologie um die Erforschung des gesellschaftlichen Kontextes des Rechts und um Fragen wie: Weshalb gibt es eine Norm? Was bewirkt diese? So ermöglicht die soziologische Sicht auf die Verfassung, Fragen grundrechtlicher Normproduktion auch ausserhalb des Rechtssystems (und der Politik) zu erkennen, an gesellschaftlichen Orten, wo die Rechtsdogmatik diese nicht vermuten würde. Die Soziologie sieht aber nicht mehr als das Recht, sondern etwas anderes. Jede Perspektive hat ihren blinden Fleck, da jede Beobachtung eine Unterscheidung verwendet, um ihren Gegenstand zu beobachten. Der blinde Fleck ist diese Ausgangsunterscheidung, welche die Beobachtung leitet.⁸ Er liegt dort, wo die Linie gezogen wird, die die beiden Seiten der Unterscheidung trennt.⁹ Weil die Beobachtung die Einheit ihrer Unterscheidung nicht beobachten kann, «ohne damit auf die Paradoxie der Einheit des Differenten aufzulaufen», ist sie ihrem eigenen Operieren gegenüber blind.¹⁰

Die beiden Vorstösse sind Belege für ein sich aus der Mitte der Gesellschaft heraus veränderndes Verfassungsverständnis. Rechtssoziologisch lassen sie sich auf einer Entwicklungslinie einordnen, auf der zunehmend die *technologischen Voraussetzungen* der Meinungsfreiheit als selbständiges Grundrechtsthema diskutiert werden. Es handelt sich hier um Prozesse, die ihren Ursprung oft in zivilgesellschaftlichen Dynamiken haben, die auf technologische Veränderungen im Internet reagieren. Im Falle der genannten Initiativen haben Parlamentarier die aus der Gesellschaft herauswachsenden Erwartungen an einen wirksameren Schutz der Meinungsfreiheit aufgespürt und zu einem verfassungspolitischen Thema gemacht. Im Spannungsfeld von technologiebedingter gesellschaftlicher Veränderung, Grundrechtswandel und Verfassungsstabilität stellen sich damit schwierige Fragen, die ich in diesem Beitrag rechtsoziologisch untersuchen will.

II. Grundrechte und normative Erwartungen

Aus soziologischer Sicht stehen Grundrechte als soziale Institutionen im Vordergrund. Niklas Luhmann definiert «Institution» als «Komplex faktischer Verhaltenserwartungen, die im Zusammenhang einer sozialen Rolle aktuell werden und durchweg auf sozialen Konsens rechnen können».¹¹ Grundrechte «symbolisieren institutionalisierte Verhaltens-

⁸ LUHMANN, Gesellschaft, S. 69 f.

⁹ LUHMANN, Gesellschaft, S. 426.

¹⁰ LUHMANN, Gesellschaft, S. 538.

¹¹ LUHMANN, Grundrechte, S. 12 f.

erwartungen und vermitteln ihre Aktualisierung in konkreten Situationen». ¹² Erwartungen sind die Strukturen eines sozialen Systems: ¹³ Die moderne Gesellschaft hat im Zuge ihrer Differenzierung kognitive und normative Erwartungen entwickelt. Während kognitive Erwartungen im Falle einer Enttäuschung an die Wirklichkeit angepasst werden, gilt für normative Erwartungen das Gegenteil: An der Erwartung wird kontrafaktisch festgehalten mit der «Entschlossenheit, aus Enttäuschungen nicht zu lernen.» ¹⁴ Das Recht ist dasjenige soziale System, das normative Erwartungen gesellschaftsweit stabilisiert und generalisiert. ¹⁵

Mit Blick auf die technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit stellt sich die Frage, wie normative Erwartungen an *Technologien* entstehen. Vorab ist zu klären, wie sich der Begriff der Normativität zu Theorien der Rechtsentstehung verhält. Bei der Entstehung neuer Rechtsnormen denken viele Juristinnen zunächst an die Tätigkeit des Gesetzgebers. Die Rechtssoziologie sieht dies jedoch differenzierter. Seit ihren Anfängen bei Eugen Ehrlich, Emile Durkheim oder Max Weber postuliert sie einen Rechtspluralismus, der auch die Möglichkeit der Entstehung von Recht aus nicht-legislativen Quellen anerkennt. Gesellschaftliche und parlamentarische Prozesse befruchten sich oft wechselseitig. Weil geteilte Werte in einer hyperkomplexen Gesellschaft prekär sind, ist die Stabilisierung und Generalisierung normativer Erwartungen eine Herausforderung. In seiner Evolution hat das Recht die Lösung dafür in der Positivierung gefunden. ¹⁶ Positives Recht ermöglicht eine flexible Anpassung der Rechtsnormen an den sozialen Wandel und schafft gleichzeitig Mechanismen, welche die Rechtssicherheit gewährleisten. Allerdings wird auch in der modernen Gesellschaft nur ein kleiner Teil aller normativen Erwartungen in Form von positivem Recht institutionalisiert und im Alltag wachsen solche weiterhin direkt aus der Mitte der Gesellschaft hervor. Das gilt insbesondere für Erwartungen an neue Technologien im Internet. In einem frühen Stadium der Einführung einer Technologie sind die normativen Erwartungen daran meist diffus. Dies liegt an der enormen Komplexität solcher Technologien, deren gesellschaftliche Auswirkungen erst mittel- oder langfristig sichtbar werden.

¹² LUHMANN, Grundrechte, S. 13.

¹³ BORA, S. 300.

¹⁴ LUHMANN, Rechtssoziologie, S. 42 f.

¹⁵ LUHMANN, Recht, S. 131.

¹⁶ LUHMANN, Recht, S. 280.

III. Genese von normativen Erwartungen an digitale Technologie

Wie müssen wir uns die Genese von Erwartungen an das Verhalten neu eingeführter digitaler Technologien vorstellen? Zunächst sind *instrumentelle Technologievorstellungen* zu korrigieren, die im Recht vorherrschen.¹⁷ Instrumentelle Theorien betrachten Technologie als neutrales Werkzeug, das den Anwendern zur Nutzung zur Verfügung gestellt wird, ohne dass die mit der Technologie verfolgten Ziele oder ihre sozialen, politischen oder rechtlichen Auswirkungen kritisch hinterfragt werden.¹⁸ Illustrativ ist diesbezüglich der Begriff «Netzneutralität», dessen Semantik die Vorstellung des Netzwerks als neutrales Werkzeug evoziert, das zur Erfüllung beliebiger Aufgaben zur Verfügung steht. Ein solcherart instrumentelles Technologieverständnis lehnt die als «Science and Technology Studies» (STS) bekannte Richtung der Technologiesoziologie ab.¹⁹ Für die STS ist es auch falsch, Technologie deterministisch als etwas zu sehen, das sich, einer eigenen Logik folgend, unabhängig von sozialen Einflüssen entwickelt.

An die Stelle von Instrumentalismus und Determinismus setzen die STS die These, dass Technologien, weil sie mit der Gesellschaft verbunden sind, in den Prozessen ihrer Entwicklung und Einführung auf dem Markt gestaltbar sind. Zentral sind hier zwei Begriffe: Affordanzen und Koproduktion. *Affordanzen* sind Möglichkeiten oder Limitationen einer Technologie.²⁰ Der Begriff der *Koproduktion* erklärt, wie Affordanzen in eine Technologie hineingelangen.²¹ Die STS postulieren, dass die Affordanzen einer Technologie interpretationsbedürftig sind. Der bei der Interpretation einer Technologie bestehende Spielraum manifestiert sich im Koproduktionsprozess doppelt: Erstens bei der Entwicklung der Technologie durch Softwareprogrammierer («design constituency») und zweitens bei deren Aufnahme durch Anwender («impact constituency».)²² In einem mehrstufigen Dialog zwischen «design constituency» und «impact constituency» werden die Affordanzen eines einzelnen Artefakts oder gar eines ganzen technischen Systems kodeterminiert, wobei materiale ebenso wie kommunikative Aussagen bzw. Gegenaussagen möglich sind.²³

Die Theorie der Koproduktion von Technologie erlaubt es, Ideologien zurückzuweisen, die KI-basierte Anwendungen und andere «smart technologies»²⁴ als undurchdringbar und deren Wirkungen als unvermeidbar erscheinen lassen möchten. Stattdessen betont sie die

¹⁷ Für eine Kritik vgl. COCKFIELD/PRIDMORE, S. 476.

¹⁸ FEENBERG, S. 5 f.

¹⁹ Vgl. SISMONDO.

²⁰ Vgl. GRABER, Artificial Intelligence, S. 196 ff.

²¹ GRABER, Artificial Intelligence, S. 199 ff.

²² Dazu im Detail PFAFFENBERGER.

²³ Vgl. GRABER, Konzept, S. 123 f.

²⁴ HILDEBRANDT unterscheidet verschiedene Stufen von «smartness». Vgl. HILDEBRANDT, S. 22 ff.

Möglichkeit gesellschaftlicher Kritik und der Mitgestaltung von technologischen Affordanzen. In der Tat können sich auf der Seite der Anwenderinnen *peu à peu* Erwartungen an das «Verhalten» eines bestimmten technologischen Artefakts oder Systems entwickeln.

In Bezug auf neu entwickelte und auf dem Markt eingeführte digitale Technologien hängt die Fähigkeit von Nutzerinnen, Erwartungen zu bilden oder anzupassen, davon ab, ob sie mit einer «trivialen Maschine» oder einer «nicht-trivialen Maschine» konfrontiert sind. Nach der Definition Heinz von Foersterns folgt eine *triviale Maschine* bei der Umwandlung von Inputs in Outputs immer der gleichen Transformationsfunktion, ohne dabei ihren internen Zustand zu ändern.²⁵ Folglich kann der Output einer trivialen Maschine vorausgesagt werden. Eine *nicht-triviale Maschine* dagegen kann auch ihren internen Zustand ändern.²⁶ Weil ihre Operationen nicht vorhersehbar sind, kann der Output nicht vom Input abgeleitet werden.

Das Verhalten hochkomplexer Technologien erscheint Durchschnittsnutzern oft als undurchdringbar. Die Wissenschaft spricht hier von Technologie als einer «Black Box»,²⁷ deren Wände den Blick auf Funktionsweise und Wirkung der Technologie verstellen. Anders sieht dies für Technologieexpertinnen aus. Kraft ihres Wissens sind sie oft in der Lage, über «leaks, cracks, and ruptures» in die Box hineinzuschauen.²⁸ Die so erlangten Erkenntnisse über die Funktionsweise der neuen Technologie können Bürgerrechtsorganisationen, NGOs, Konsumentenschützer etc. nutzen, um vor allfälligen negativen Auswirkungen zu warnen, zum Widerstand aufzurufen oder konkrete Forderungen für eine staatliche Regulation zu formulieren. Wie die beiden eingangs erwähnten parlamentarischen Initiativen aufzeigen, kann das zunächst in Expertenkreisen generierte Wissen über die neue Technologie via zivilgesellschaftliche Intermediäre in den Fokus der Gesetzgebung gelangen. Manchmal sind es auch Gerichte, die sich als erste mit den gesellschaftlichen Auswirkungen einer neuen Technologie befassen. Solange eine gesetzliche Regelung fehlt, steht Gerichten meist nur der Weg über eine weite Auslegung bestehender Rechtsvorschriften zur Verfügung, um (vorläufige) Antworten auf dringliche Fragen zu finden.²⁹

²⁵ VON FOERSTER, S. 245 ff.

²⁶ VON FOERSTER, S. 247 ff.

²⁷ Vgl. PASQUALE.

²⁸ BUCHER, S. 60.

²⁹ Illustrativ dazu die Vorschau-Bilder-Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs. Vgl. GRABER, Law, S. 12.

IV. Technologische Voraussetzungen der Meinungsfreiheit – normative Evidenzen

Rechtssoziologisch gesehen verfolgen die beiden Initiativen zur grundrechtlichen Anerkennung der Netzneutralität bzw. der digitalen Unversehrtheit dasselbe Ziel: die technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit im Internet besser zu schützen. Meine These ist, dass es sich hier um einen Entwicklungstrend handelt und meine Frage, welche normativen Evidenzen hierfür empirisch feststellbar sind. Die folgende Auflistung ist illustrativ zu verstehen und beansprucht keine Vollständigkeit.

Das digitale Zeitalter hat die Kommunikationsbedingungen für Bürgerinnen radikal verändert. Sie haben nun Zugang zu einem immens breiten Angebot unterschiedlichster Informationen, können sich einfach vernetzen und direkt – ohne Vermittlung durch Massenmedien – in den Kommunikationsprozess eingreifen. Mit Telekommunikationsunternehmen, Plattformbetreibern und Geräteherstellern ist eine neue Art von Intermediären auf den Plan getreten, die über die Kontrolle informationstechnologischer Systeme die freie Kommunikation beeinflussen können. Unter diesen Bedingungen wird ein effektiver Schutz der Privatsphäre zur wichtigsten Voraussetzung der Meinungsfreiheit. Nur wenn die Bürgerin darauf vertrauen kann, dass ihre Privatsphäre auch unter den technologischen Bedingungen des Internets geschützt ist, kann sie ihre Meinungen frei bilden und frei äussern.

Der Schutz der Privatsphäre umfasst viele unterschiedliche Aspekte, die als Grundrechtsanliegen in nationalen Verfassungen und internationalen Menschenrechtsabkommen umfassend geschützt sind. Für die Zwecke dieses Beitrags stehen jene Anliegen der Privatsphäre im Vordergrund, die mit den für die Kommunikation im Internet verwendeten Technologien besonders eng zusammenhängen. Sie artikulieren sich als Forderungen eines effektiven Schutzes der Datenintegrität und der Netzintegrität.

Auf der Suche nach normativen Evidenzen für den Schutz der *Datenintegrität* im Internet werden wir eher auf Gesetzes- denn auf Verfassungsstufe fündig. Sprechender Beleg hierfür ist die Parlamentarische Initiative Bendahan, deren Anliegen, die digitale Unversehrtheit verfassungsrechtlich zu schützen, vom Parlament als Aufgabe des Gesetzgebers eingeschätzt wurde. Weil ein Grundrecht auf digitale Unversehrtheit kaum justiziabel wäre, ist die Legislative besser geeignet als die Justiz, um einen effektiven Schutz der Datenintegrität zu gewährleisten. Eingriffe in die Integrität von Nutzerdaten sind nicht nur vom Staat, sondern auch von privaten Unternehmen zu erwarten, welche die für die Kommunikation notwendigen Plattformen und Geräte kontrollieren. Da die Grundrechtsjustiz *ex post* tätig wird, kann sie bei Blockierungen, Löschungen oder Manipulationen von Meinungsäusserungen nicht alle durch den Eingriff entstandenen Schäden beheben. Somit erfordert ein effektiver Schutz der Datenintegrität generell-abstrakte Regeln, die für sämtliche (staatliche und nichtstaatliche) Akteure bindend sind und den fraglichen Sachzusammenhang *ex ante* regeln. Die Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union

(DSGVO)³⁰ ist weltweit eines der am weitesten entwickelten Datenschutzgesetze. Die DSGVO ist auch für die kürzlich abgeschlossene Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes³¹ wegleitend gewesen.³² Dem Ziel der Parlamentarischen Initiative Bendahan kommt der in Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO statuierte Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit von Nutzerdaten am nächsten. Die Bestimmung verlangt, dass personenbezogene Daten «in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet, einschliesslich Schutz vor unbefugter oder unrechtmässiger Verarbeitung». Das mit dem Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit verfolgte Ziel besteht darin, sicherzustellen, dass Nutzerdaten nur von Personen eingesehen oder verändert werden können, die dazu befugt sind. Damit trägt Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO zum Schutz der Privatsphäre von Kommunikationsteilnehmerinnen und damit indirekt auch zur Umsetzung der Meinungsfreiheit bei.

Normative Evidenz für den Schutz der *Netzintegrität* als Grundrecht finden wir bislang erst in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG). In einem vielbeachteten Urteil vom 27. Februar 2008 hat das BVerfG ein neues Grundrecht anerkannt, das die Erwartung an die Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme schützt.³³ Als «informationstechnisches (IT) System» ist das Zusammenwirken von Software und Hardware in einem System vernetzter Computer zu verstehen. Komplexe IT-Systeme ermöglichen eine Vielzahl von Anwendungen, die mit der Erstellung, Verarbeitung und Speicherung von Daten verbunden sind. Das neue Grundrecht soll, sofern keine ausserordentlichen Umstände vorliegen, den Staat daran hindern, Spionage- oder Überwachungssoftware zur Infiltration von IT-Systemen einzusetzen. Unter Infiltration ist ein heimliches Eindringen in ein IT-System zu verstehen, um die darin gespeicherten Daten auszuspähen und das System als Ganzes aus Distanz zu steuern.³⁴ Das BVerfG hat das neue Grundrecht aus dem in Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG) gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) abgeleitet.³⁵ Mit der Ausdehnung des Persönlichkeitsschutzes auf neue Gefährdungen trägt das Gericht dem technischen Wandel Rechnung. Die Integrität des eigengenutzten IT-Systems soll im Rahmen der Abwehrfunktion von Grundrechten Individuen vor staatlichen Eingriffen schützen. Mangels Justiziabilität muss der Schutz objektiver Aspekte der freien Kommunikation im Internet oder der Schutz vor privaten Eingriffen in die Netzintegrität jedoch auf dem Wege der Gesetzgebung erreicht werden.³⁶

³⁰ Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABl. L 119/1 vom 4. Mai 2016.

³¹ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020, SR 235.1.

³² BBl 2017 6941, S. 6943, 6996 ff.

³³ BverfGE 120, 274.

³⁴ BverfGE 120, 274, N 5.

³⁵ HOFFMANN-RIEM, S. 1009.

³⁶ HOFFMANN-RIEM, S. 1013 f., 1016.

Der Begriff der *Netzneutralität* wird oft mit dem Verbot assoziiert, bei der Verbreitung von Daten in digitalen Netzwerken zwischen verschiedenen Inhalten zu diskriminieren. Art. 12e Abs. 1 FMG formuliert den Grundsatz der Netzneutralität als Verpflichtung von Anbietern von Zugangsdiensten zur Gleichbehandlung beim Datentransport: «Die Anbieterinnen von Internetzugängen übertragen Informationen, ohne dabei zwischen Sendern, Empfängern, Inhalten, Diensten, Diensteklassen, Protokollen, Anwendungen, Programmen oder Endgeräten technisch oder wirtschaftlich zu unterscheiden.» Die Bestimmung ist bisher noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung geworden. Die Lehre versteht die von Art. 12e FMG gewährleistete Möglichkeit, Daten neutral zu übertragen, als infrastrukturelle Voraussetzung der grundrechtlich gebotenen kommunikativen Chancengleichheit im Internet.³⁷

In der EU sind die Anliegen der Netzneutralität seit 2015 in der Verordnung zum Schutz des offenen Internets (OIVO) geregelt.³⁸ Gemäss den Erwägungsgründen 6, 8 und 9 der OIVO sollen Endnutzer «das Recht haben, über ihren Internetzugangsdienst ohne Diskriminierung Informationen und Inhalte abzurufen und zu verbreiten und Anwendungen und Dienste zu nutzen und bereitzustellen.» Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat die Verordnung in verschiedenen Urteilen vor allem im Zusammenhang mit sogenannten «Nulltarifen» konkretisiert. Er hat solche Geschäftspraktiken verboten, soweit sie intransparente Anreize für die Nutzung bestimmter Anwendungen und Dienste schaffen und damit die Endnutzer in der freien Ausübung ihrer durch Art. 3 Abs. 1 OIVO garantierten Rechte auf Zugang zum Internet beschränken.³⁹

Worin besteht der Zusammenhang zwischen Netzneutralität und Meinungsfreiheit? Entscheidungen von Telekommunikationsunternehmen, bestimmte Inhalte hinsichtlich ihrer Verbreitungsgeschwindigkeit zu diskriminieren, setzen Kenntnis dieser Inhalte bzw. der zu ihrer Verbreitung verwendeten Dienste und Anwendungen voraus.⁴⁰ Im Rahmen einer weit verstandenen Meinungsfreiheit, die auch ihre technischen Voraussetzungen einschliesst, wird dieser Zusammenhang damit zu einem Grundrechtsthema.⁴¹

Angesichts des beschränkten Raums, der für diese Publikation zur Verfügung steht, muss ein kurzer Hinweis auf zwei weitere Bereiche genügen, wo sich eine Produktion von technologiebezogenen Normen beobachten lässt, die direkt oder indirekt für die Meinungsfreiheit von Bedeutung sind: 1) die Tätigkeiten der Internet Corporation for Assigned Names

³⁷ SCHEFER, S. 1426.

³⁸ Verordnung (EU) 2015/2120 über Massnahmen zum Zugang zum offenen Internet, ABl. L 310/1 vom 26. November 2015.

³⁹ EuGH-Urteil vom 2. September 2021, Rs. C-854/19, *Vodafone GmbH v. Bundesrepublik Deutschland*.

⁴⁰ GARTON ASH, S. 358.

⁴¹ Ähnlich sieht das auch das Ministerkomitee des Europarats. Vgl. Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to Member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality vom 13. Januar 2016.

and Numbers (ICANN) und 2) die Anstrengungen zur Entwicklung technischer Standards für das Internet, die im Rahmen des Internet Architecture Board (IAB) bzw. der Internet Engineering Task Force (IETF) stattfinden.

Eine der Aufgaben der ICANN ist die Verwaltung des *Domain Name Systems* (DNS) des Internets. Zu diesem Zweck akkreditiert sie Domain-Registrierungsstellen, die u.a. Domainnamen verkaufen. Jede Person, die im Internet surft oder E-Mails versendet, verwendet Domainnamen, um zu kommunizieren. Damit die zwischen den Computern ausgetauschten Datenpakete ihr Ziel erreichen, müssen die alphabetischen Domainnamen in numerische IP-Adressen übersetzt werden. Diese Übersetzungsarbeit leistet ein hierarchisch organisiertes System sogenannter «Root-Server», das von der ICANN verwaltet wird.⁴² An der Spitze dieser Root-Hierarchie steht eine Datei, die alle Server auflistet, auf denen die Hauptregistrierungslisten für die *Top-Level-Domains* gespeichert sind.⁴³ Damit sitzt die ICANN gewissermassen am Hauptschalter für die gesamte Kommunikation im Internet.⁴⁴ Von 1998 bis 2016 bildete ein Vertrag mit der US-Regierung die rechtliche Grundlage der ICANN, womit die USA über einen Hebel zur Beaufsichtigung der ICANN verfügten.⁴⁵ Im Jahr 2016 haben die USA ihre Kontrolle über die ICANN aufgegeben. Seitdem ist die ICANN privatrechtlich organisiert und wird von Regierungen, der Industrie, technischen Experten und der Zivilgesellschaft gemeinsam getragen.⁴⁶ Heute ist also ein privates, gemeinnütziges Unternehmen für Aufgaben zuständig, die für die Kommunikation aller Menschen, Nationen und Organisationen auf der Welt von grösster Bedeutung sind. Rechtsgrundlage für alle Handlungen der ICANN sind ihre Statuten, die sogenannten Bylaws. Gemäss Art. 4 Bylaws ist die Gesamtheit aller ICANN-Stakeholder dafür zuständig, Konflikte beizulegen, die sich aus Behauptungen ergeben, die ICANN habe ihre statutarischen Kompetenzen überschritten. Unter dem bis 2016 geltenden Regime stellten sich Fragen der Meinungsfreiheit in Fällen, in denen sich die ICANN weigerte, bestimmte Domainnamen zu registrieren, weil diese von der US-Regierung als pornographisch eingeschätzt worden waren.⁴⁷ Eine offene und in der Literatur diskutierte Frage ist, wie die ICANN unter der heute gegebenen Multistakeholder-Struktur solche Konflikte bewältigen könnte.⁴⁸

Das IAB und die IETF sind global organisiert und operieren ganz oder in erheblichem Masse staatsunabhängig. Die Aufgaben des IAB bestehen in der Administration, Überprüfung und Validierung von Entscheidungen, welche die Architektur des Internets betreffen.⁴⁹ Dazu gehört auch die Koordination zwischen Netzwerkorganisationen und die Wahl der Personen,

⁴² Vgl. MUELLER, Ruling.

⁴³ FROMKIN, S. 42.

⁴⁴ GARTON ASH, S. 354.

⁴⁵ POST/KEHL, S. 17.

⁴⁶ TEN OEVER, Contestation, S. 38.

⁴⁷ MUELLER, Networks, S. 202.

⁴⁸ WEBER, S. 55.

⁴⁹ IAB, Role of the IAB <<https://www.iab.org/role/>> (26. Februar 2024).

welche für die Herausgabe der *Requests for Comments* (RFC) verantwortlich sind. RFCs sind Dokumente, die für die Entwicklung technischer Standards für das Internet relevant sind. Die mehr als 9500 RFCs, die bis heute archiviert worden sind,⁵⁰ werden als offizielle Quelle der für das Internet massgeblichen technischen Standards bezeichnet.⁵¹ Die IETF ist jene Netzwerkorganisation unter dem Dach des IAB, welche die meisten RFCs produziert. Die IETF ist aus Softwareentwicklern, Geräteherstellern und Vertretern von Dienst Anbietern zusammengesetzt. Die Entwicklung der für das Internet massgeblichen technischen Standards erfolgt in einem staatsunabhängigen, informell organisierten Prozess der Selbstregulierung und äussert sich in der Form der RFCs. Obwohl die Teilnahme an Treffen der IETF grundsätzlich jedermann offensteht, sind es faktisch vor allem Vertreter transnationaler IT-Unternehmen, welche bei der Genese von Werten, Regeln und Verfahren betreffend die technologischen Standards des Internets bestimmend sind.⁵² Die Relevanz des Standardisierungsprozesses für die Meinungsfreiheit ergibt sich daraus, dass in der IETF der Schutz der Privatsphäre als ein Problem technischen Designs diskutiert wird. Auch hier geht es vor allem um Auswirkungen von Entscheidungen technologischer Natur auf Netzintegrität und Datenintegrität.⁵³ Angesichts der Dominanz grosser Technologiekonzerne im IETF ist der Schutz öffentlicher Interessen eine Herausforderung.⁵⁴

V. Grundrechtswandel und Verfassungsstabilität

In seiner Praxis zu Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) misst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit bisher keine selbständige Bedeutung zu. Der Gerichtshof unterscheidet wohl, ob eine Meinung über das Medium der Presse, des Fernsehens oder des Internets verbreitet wird. So anerkennt er, dass audiovisuelle Medien durch die Kombination von Ton- und Bildnachrichten beim Publikum eine besondere Wirkung entfalten, die unmittelbarer und eindringlicher ist als jene der Presse.⁵⁵ Der EGMR hebt die allgemeine Zugänglichkeit und die Möglichkeit, grosse Datenmengen zu speichern, als Besonderheiten des Mediums Internet hervor.⁵⁶ Alles in allem dominiert ein oberflächliches Verständnis, das Technologie als neutrales Werkzeug behandelt.⁵⁷ Symptomatisch hierfür ist etwa, dass

⁵⁰ RFC, RFC Index <<https://www.rfc-editor.org/rfc-index.html>> (16. Januar 2024).

⁵¹ BRAMAN, Path, S. 65.

⁵² BRAMAN, Interpenetration.

⁵³ BRAMAN, Privacy, S. 801 f.

⁵⁴ TEN OEVER, Affordances, S. 349.

⁵⁵ EGMR-Urteil vom 22.12.2020, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft und Publisuisse SA v. Switzerland*, Nr. 41723/14, N 85, mit Hinweisen.

⁵⁶ EGMR-Urteil (Grosse Kammer) vom 16. Juni 2015, *Delfi AS v. Estonia*, Nr. 64569/09, N 133.

⁵⁷ Vgl. oben, III.

der Gerichtshof im Zusammenhang mit sozialen Medien von «Tools» des Internets spricht, die für die Teilnahme an öffentlichen Debatten bedeutsam seien.⁵⁸ Mag ein instrumentelles Technologieverständnis im Zeitalter der Presse und des Rundfunks noch unproblematisch gewesen sein, so ist dieses unter den Bedingungen des Internets als Leitmedium revisionsbedürftig. Notwendig wäre eine vertiefte Analyse der Wechselwirkung zwischen technischem Medium und Kommunikation bei der Übermittlung oder beim Empfang von Informationen. Zu erkennen wäre dann beispielsweise, dass der Algorithmus von *YouTube* nicht bloss Videos empfiehlt, sondern auch die Art und Aufmachung der Inhalte beeinflusst, die über die Plattform ausgetauscht werden. Um mehr Aufmerksamkeit zu erhalten, passen die Produzentinnen von Inhalten ihre Strategien den erwarteten Präferenzen des Algorithmus an. Die Nutzer wiederum werden in ihren Wahrnehmungen und Überzeugungen von den Empfehlungen des Algorithmus beeinflusst.

Als ein seltener Entscheid jenseits des instrumentellen Technologieverständnisses kann *Autronic v. Switzerland* gesehen werden. Darin hielt der EGMR schon 1990 fest, dass Art. 10 EMRK nicht nur den Inhalt von Informationen schützt, sondern auch die zur Verbreitung und zum Empfang von Informationen benötigte Technologie.⁵⁹ Die Entscheidungen der Schweizer Behörden, welche die Beschwerdeführerin daran hinderten, Fernsehprogramme via Fernmeldesatellit rechtmässig zu empfangen, beurteilte der Gerichtshof als Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit. Rechtssoziologisch kann dieses Urteil als erster Schritt hin zu einem Verständnis der Meinungs- und Informationsfreiheit gesehen werden, das der technologischen Infrastruktur tendenziell eigenständige Bedeutung zumisst. Die oben (IV.) dokumentierten empirischen Evidenzen für die Normproduktion betreffend die technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit im Kontext von Daten- und Netzintegrität, offenem Internet, Domain-Governance oder der Entwicklung technischer Standards liessen sich dann als mögliche weitere Schritte einer in diese Richtung weisenden künftigen Grundrechtsentwicklung postulieren.

Damit wären wir aber wieder beim Dilemma, dass sich der Grundrechtswandel im Spannungsfeld von gesellschaftlicher Veränderung und Verfassungsstabilität vollzieht. Im Schweizer Recht wird diese Frage im Zusammenhang der formellen Ergänzung des Grundrechtskatalogs im Wege der Verfassungsrevision, der inkrementellen Weiterentwicklung bestehender Grundrechte durch Auslegung oder der Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten durch das Bundesgericht diskutiert.⁶⁰ Während die formalisierten Verfahren der Verfassungsrevision die demokratische Legitimation sicherstellen, fehlt es an dieser bei der gerichtlichen Grundrechtsfortbildung teilweise. Deshalb anerkennt das Bundesgericht in seiner Funktion als Verfassungsgericht neue Grundrechte nur mit grosser Zurückhaltung

⁵⁸ EGMR-Urteil vom 18. Dezember 2012, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, Nr. 3111/10, N 54; vgl. auch EGMR-Urteil vom 1. Dezember 2015, *Cengiz and Others v. Turkey*, Nr. 48226/10 und 14027/11, N 49; mit Verweis auf *Ahmet Yildirim v. Turkey*, 18. Dezember 2012, N 54.

⁵⁹ EGMR-Urteil vom 22. Mai 1990, *Autronic AG v. Switzerland*, Nr. 12726/87, N 47.

⁶⁰ KIENER, Grundrechte, S. 1204 f.

und nur in Bezug auf Bedürfnisse, «welche Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen.» Stets prüft es auch, «ob die in Frage stehende Gewährleistung bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen [entspricht] und von einem allgemeinen Konsens getragen [ist]».⁶¹ Der Verweis auf die Verfassungswirklichkeit der Kantone zeigt, dass das Bundesgericht die Grundrechte als etwas versteht, das von unten nach oben wächst.⁶² Auch das Kriterium des «allgemeinen Konsenses» lässt erkennen, dass es sich nicht über die im Schweizer Volk breit geteilten Überzeugungen stellen will.⁶³

Das Kantonskriterium und das Konsenskriterium lassen sich rechtssoziologisch als «Re-entry» der Unterscheidung *rechtliches Grundrechtsverständnis/soziales Grundrechtsverständnis* auf der Seite des rechtlichen Grundrechtsverständnisses rekonstruieren. Die gelebte gesellschaftliche Realität dient dem Bundesgericht als Benchmark für die Weiterentwicklung der positiven Rechtsordnung. Ähnlich unterscheidet Dietrich Schindler in seinem 1932 erschienen Werk «Verfassungsrecht und soziale Struktur» Recht und Ambiance.⁶⁴ Damit setzt er sich zum Ziel, den Gegensatz zwischen dem gesetzten Recht und dem Gesellschaftlichen dialektisch zu überwinden.⁶⁵ Zur Ambiance des Rechts zählt er das (noch) nicht zu Recht Gewordene, in der Umgebung des Rechts befindliche «Hintergründige» oder «Immanente», das in konkreten Fällen als Möglichkeit zur Weiterentwicklung der positiven Rechtsordnung aktualisiert werden kann.⁶⁶ Diese Dialektik ist auch für Schindlers Grundrechtsverständnis prägend. Mit seiner These, dass die Wirkungen eines individualistischen Freiheitschutzes im sozialen Zusammenhang zu sehen sind,⁶⁷ beeinflusste er spätere Grundrechtstheoretiker, die wie Hans Huber ein in den privaten Bereich ausgreifendes Grundrechtsverständnis postulierten.⁶⁸

Für den Wandel des Grundrechtsverständnisses ist auch der Einfluss des internationalen Rechts wichtig. Die international vorherrschende Konzeption von Menschenrechten als Schutzpflichten von Staaten hat ab den 1960er Jahren die rein abwehrrechtliche Interpretation von Grundrechten herausgefordert.⁶⁹ Seit dem Beitritt der Schweiz zur EMRK

⁶¹ BGE 121 I 367 E. 2a.

⁶² Im Zusammenhang des Schutzziels der digitalen Integrität ist erwähnenswert, dass der Kanton Genf die «intégrité numérique» in einer Volksabstimmung vom 18. Juni 2023 mit grosser Mehrheit als selbständiges Grundrecht anerkannt hat und im Kanton Neuenburg in diese Richtung gehende Diskussionen stattfinden. Vgl. ZIMMERMANN, S. 197.

⁶³ BIAGGINI, S. 40.

⁶⁴ SCHINDLER, S. 92 ff.

⁶⁵ KLEY, S. 162 f.

⁶⁶ SCHINDLER, S. 93.

⁶⁷ SCHINDLER, S. 150.

⁶⁸ KLEY, S. 215.

⁶⁹ KIENER, Grundrechte, S. 1195 f.

1974 haben konventionsrechtliche Schutzgehalte kontinuierlich Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichts gefunden.⁷⁰

Der EGMR versteht die EMRK als «living instrument, which must be interpreted in the light of present-day conditions».⁷¹ Das bei der Anpassung des Konventionsrechts an eine sich wandelnde soziale Realität produzierte Richterrecht steht unter Legitimationsdruck. Um diesem zu begegnen, rekurriert der EGMR regelmässig auf *soft law*-Instrumente wie z.B. Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats.⁷² In mehreren Urteilen hat der EGMR solche Empfehlungen «for the purpose of interpreting the Convention» verwendet.⁷³ Im Zusammenhang von Verbreitungstechnologie und Meinungsfreiheit ist die Empfehlung CM/Rec(2016)1 zur Netzneutralität hervorzuheben. Hauptgegenstand dieses *soft law*-Instruments sind Eingriffe in den Internetverkehr, die zu «blocking, discrimination or prioritization of specific types of content, applications or services» führen.⁷⁴ Für das Ministerkomitee wecken solche Praktiken Bedenken hinsichtlich der Meinungsfreiheit, des Rechts auf Privatleben und des Schutzes persönlicher Daten. Eine direkte Verbindung zwischen Art. 10 EMRK und der Netzneutralität herstellend betont das Ministerkomitee:

«[t]he principle of network neutrality underpins nondiscriminatory treatment of Internet traffic and the users' right to receive and impart information and to use services of their choice. It reinforces the full exercise and enjoyment of the right to freedom of expression because Article 10 of the Convention applies not only to the content of information but also to the means of its dissemination.»⁷⁵

Damit bezieht sich das Ministerkomitee offensichtlich auf den Entscheid des EGMR in Sachen *Autronic v. Switzerland*. Solange sich der EGMR im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK nicht mit der Netzneutralität befasst hat, bleibt die Tragweite dieser Empfehlung im Dunkeln. Würde sich der EGMR in einem konkreten Fall darauf berufen, um seine Rechtsprechung zu den technologischen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit weiterzuentwickeln, würde *soft law* von der Peripherie ins Zentrum des Rechts wandern und zu *hard law* werden.

Neben der Rezeption von Empfehlungen und anderen Verlautbarungen des Ministerkomitees durch den EGMR und den davon ausgehenden indirekten Einflüssen auf das na-

⁷⁰ KIENER, EMRK, S. 60 ff.

⁷¹ EGMR-Urteil vom 8. Juli 2004, *Vo v. France*, Nr. 53924/00, N 82; mit Verweis auf EGMR-Urteil vom 25. April 1978, *Tyrer v. United Kingdom*, Nr. 5856/72, N 31.

⁷² KIENER, Grundrechte, S. 1205.

⁷³ EGMR-Urteil vom 12. November 2008, *Demir & Baykara v. Turkey*, Nr. 34503/97, N 74; vgl. auch EGMR-Urteil vom 30. November 2004, *Öneryildiz v. Turkey*, Nr. 48939/99, N 59.

⁷⁴ Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality vom 13. Januar 2016, Ziff. 2.

⁷⁵ Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality vom 13. Januar 2016, Ziff. 4.

tionale Recht sind internationale Impulse für die technologiespezifische Weiterentwicklung der Meinungsfreiheit innerhalb oder ausserhalb formalisierter Gerichts- und Gesetzgebungsverfahren künftig auch von der Normproduktion in den oben (IV.) diskutierten Foren und allenfalls von breiteren zivilgesellschaftlichen Dynamiken zu erwarten. Für die Zukunft öffnet sich hier ein neues Feld für die empirisch gestützte rechtssoziologische Erforschung des Grundrechtswandels.

VI. Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, Grundrechtsinnovation im Bundesstaat – ein Streifzug durch 175 Jahre Verfassungsgeschichte, in: Bernard Frédéric et al. (Hrsg.), *Le droit au service de l'humanité, Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Zürich 2023, S. 33 ff.
- BORA ALFONS, Medialität des Wissens, in: Schuppert Gunnar Folke et al. (Hrsg.), *Herrschaft und Wissen*, Baden-Baden 2022, S. 295 ff.
- BRAMAN SANDRA, *The Interpenetration of Technical and Legal Decision-Making for the Internet, Information, Communication & Society*, 2010, S. 309 ff. (zit. BRAMAN, *Interpenetration*)
- BRAMAN SANDRA, *Privacy by Design: Networked computing, 1969–1979*, *New Media & Society*, 2011, S. 798 ff. (zit. BRAMAN, *Privacy*)
- BRAMAN SANDRA, *Laying the Path: Governance in Early Internet Design*, *info*, 2013, S. 63 ff. (zit. BRAMAN, *Path*)
- BUCHER TAINA, *If... Then: Algorithmic Power and Politics*, Oxford 2018
- COCKFIELD ARTHUR/PRIDMORE JASON, *A Synthetic Theory of Law and Technology*, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2007, S. 475 ff.
- FEENBERG ANDREW, *Transforming Technology: A Critical Theory Revisited*, New York 2002
- FROMKIN A. MICHAEL, *Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route around the APA and the Constitution*, *Duke Law Journal*, 2000, S. 17 ff.
- GARTON ASH TIMOTHY, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, New Haven/London 2016
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *Artificial Intelligence, Affordances and Fundamental Rights*, in: Hildebrandt Mireille/O'Hara Kieron (Hrsg.), *Life and the Law in the Era of Data-Driven Agency*, Cheltenham 2020, S. 194 ff. (zit. GRABER, *Artificial Intelligence*)
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *How the Law Learns in the Digital Society*, *Law, Technology and Humans*, 2021, S. 12 ff. (zit. GRABER, *Law*)
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *Zum Konzept des Rechts in der «Gesellschaft der Netzwerke»*, in: Lauder Karl-Heinz et al. (Hrsg.), *Die Zukunft der Medienverfassung*, Tübingen 2021, S. 113 ff. (zit. GRABER, *Konzept*)
- HILDEBRANDT MIREILLE, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham 2015
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, *Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigen-genutzter informationstechnischer Systeme*, *JZ*, 2008, S. 1009 ff.
- KIENER REGINA, *Grundrechte in der Bundesverfassung*, in: Diggelmann Oliver et al. (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 2, 2. Aufl., Zürich 2020, S. 1193 ff. (zit. KIENER, *Grundrechte*)
- KIENER REGINA, *Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999*, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK*, Zürich 2015, S. 53 ff. (zit. KIENER, *EMRK*)

- KLEY ANDREAS, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich 2011
- LUHMANN NIKLAS, Grundrechte als Institution, Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965 (zit. LUHMANN, Grundrechte)
- LUHMANN NIKLAS, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987 (zit. LUHMANN, Rechtssoziologie)
- LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993 (zit. LUHMANN, Recht)
- LUHMANN NIKLAS, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Bd. 1, Frankfurt a.M. 1997 (zit. LUHMANN, Gesellschaft)
- MUELLER MILTON L., Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace, Cambridge, MA 2002 (zit. MUELLER, Ruling)
- MUELLER MILTON L., Networks and States: The Global Politics of Internet Governance, Cambridge, MA 2010 (zit. MUELLER, Networks)
- PASQUALE FRANK, The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information, Cambridge, MA 2015
- PFÄFFENBERGER BRYAN, Technological Dramas, Science, Technology & Human Values, 1992, S. 282 ff.
- POST DAVID G./KEHL DANIELLE, Controlling Internet Infrastructure: Part 1: The «IANA Transition» and Why It Matters for the Future of the Internet, 2015
- SCHEFER MARKUS, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, 2. Aufl., Zürich 2020, S. 1413 ff.
- SCHINDLER DIETRICH, Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1932
- SISMONDO SERGIO, An Introduction to Science and Technology Studies, 2. Aufl., Chichester 2010
- TEN OEVER NIELS, Productive Contestation, Civil Society, and Global Governance: Human Rights as a Boundary Object in ICANN, Policy & Internet, 2019, S. 37 ff. (zit. TEN OEVER, Contestation)
- TEN OEVER NIELS, «This Is Not How We Imagined It»: Technological Affordances, Economic Drivers, and the Internet Architecture Imaginary, New Media & Society, 2021, S. 344 ff. (zit. TEN OEVER, Affordances)
- VON FOERSTER HEINZ, Wissen und Gewissen, Versuch einer Brücke, Frankfurt a. M. 1993
- WEBER ROLF H., Internet Governance at the Point of No Return, Zürich 2021
- ZIMMERMANN NESA, Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'État fédéral Suisse, ZSR Band 142 (2023) II, S. 151 ff.

Grundrechte

Haben «menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» strikt Vorrang vor Bundesgesetzen?

Matthias Oesch/Alexandru Badea*

Das Oeuvre von Regina Kiener ist eindrücklich. Ihre Opera magna zu den Grundrechten und zum öffentlichen Verfahrensrecht stehen auf dem Pult jeder ambitionierten Juristin und jedes engagierten Juristen. Das Lehrbuch zum Staatsrecht wird weit über Zürich hinaus geschätzt. Regina Kiener hat unzählige Studierende und Nachwuchskräfte aus dem In- und Ausland ausgebildet und gefördert. Sie war Mitglied in Kommissionen des Bundes und Vizepräsidentin des Justizgerichts des Kantons Aargau. Sie engagiert sich weiterhin in der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht (Venedig-Kommission). Sie hat für den Bund, die Kantone und Nichtregierungsorganisationen unzählige Gutachten verfasst. Viele Schriften von Regina Kiener sind in kollektiver Autorinnen- oder Herausgeberschaft entstanden. Es ist typisch für ihre Arbeitsweise, im Austausch mit Kolleginnen und Kollegen Herausforderungen zu durchdringen und gemeinsam Lösungen zu entwickeln.

Regina Kiener hat sich über ihre Forschungsschwerpunkte im Bereich der Grundrechte, des Justizverfassungsrechts und des öffentlichen Verfahrensrechts hinaus mit den unterschiedlichsten Rechtsgebieten beschäftigt. So hat sie zusammen mit Melanie Krüsi 2009 einen vielbeachteten Aufsatz zum spannungsgeladenen und konfliktträchtigen Verhältnis zwischen der Internationalisierung des Rechts und dem damit einhergehenden Ausbau rechtsstaatlicher Garantien auf der einen Seite und der Ausübung der Volksrechte auf der anderen Seite veröffentlicht.¹ Die beiden Autorinnen kritisieren die populistische Ideologisierung und Verabsolutierung der Volkssouveränität, raten aber von verfassungsgeberischem Aktivismus ab. Sie appellieren an die Verantwortung der am politischen Prozess beteiligten Akteurinnen und Akteure: «Nicht unterschätzt werden sollte die *politische Vernunft der Bürgerinnen und Bürger*.»²

Dieser Festbeitrag nimmt diesen Aufsatz von Regina Kiener und Melanie Krüsi zum Anlass, die Praxis des Bundesgerichts zum Verhältnis der bilateralen Abkommen zum innerstaatlichen Recht in den Blick zu nehmen.³ Das Bundesgericht geht von einem umfassenden

* Prof. Dr. iur. Matthias Oesch, LL.M., Rechtsanwalt, Professor für öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Zürich; Alexandru Badea, MLaw, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

¹ KIENER/KRÜSI, *passim*.

² Ebd., S. 255.

³ Dieser Beitrag beruht in Teilen auf Vorarbeiten aus OESCH, EuGH, *passim*.

Vorrang «mensen- oder freizügigkeitsrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz» aus; die Schubert-Praxis findet hier keine Anwendung.⁴ Manches bleibt aber unklar. Im Folgenden steht die Frage im Zentrum, ob der Vorrang – wie vom Bundesgericht suggeriert – unbedingt wirkt oder ob das Bundesgericht sich vorbehält, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden. Mit dem geplanten Abschluss neuer institutioneller Regeln für die bilateralen Abkommen, mit denen die Schweiz am Binnenmarkt der EU teilnimmt, wird die Debatte über den Rang der bilateralen Abkommen im innerstaatlichen Recht und ihre Wirkmacht nochmals an Schärfe gewinnen.

*

In der Schweiz gilt der Vorrang von Völkerrecht vor Landesrecht (vgl. Art. 5 Abs. 4 BV).⁵ Dem Bundesgesetzgeber ist es gemäss Bundesgericht allerdings nicht verwehrt, bewusst von einer völkerrechtlichen Verpflichtung abzuweichen. Voraussetzung dafür ist, dass «in der Beratung der entsprechenden Regelung die völkerrechtlichen Aspekte und Auswirkungen resp. der mögliche Verstoss gegen das Völkerecht *eingehend* thematisiert und erörtert wurden»⁶ und der Bundesgesetzgeber «insofern auch die politische Verantwortung bewusst tragen wollte»⁷. Die rechtsanwendenden Behörden sind gehalten, eine solche Entscheidung des Gesetzgebers zu akzeptieren und der völkerrechtswidrigen innerstaatlichen Norm Vorrang einzuräumen (Schubert-Ausnahme).⁸

Diese Option besteht in zwei Konstellationen nicht: völkerrechtliche Menschenrechtsgewährleistungen, d.h. insbesondere die EMRK, gehen Bundesgesetzen in jedem Fall vor (PKK-Gegenausnahme).⁹ Weiter gilt die Schubert-Praxis «im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht» (FZA-Gegenausnahme); daran ändert auch eine bewusste Missachtung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Gesetzgeber nichts, wie das Bundesgericht – bzw. zumindest die II. öffentlich-rechtliche Abteilung – in einem Urteil von 2015 beiläufig – d.h. als *obiter dictum* – ausführte.¹⁰ Das Bundesgericht nahm auf ein Urteil von 2007 Bezug und erklärte diese grundlegende Weichenstellung wie folgt:

⁴ BGE 142 II 35 E. 3.2; BGE 148 II 69 E. 5.2.

⁵ S. zum Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht im Allg. BESSON, CR Cst., Art. 5 N 170 ff.; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 5 N 29 ff.; EPINEY, Schubert, *passim*; KIENER/KRÜSI, S. 249 ff.; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 38 ff.; MARTENET, CR Cst., Art. 190 N 58 ff.; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 82 ff.

⁶ BGE 148 II 169 E. 5.3.1.

⁷ BGE 142 II 35 E. 3.2.

⁸ BGE 99 Ib 39 E. 3/4; SCHÜRER, *passim*; s. auch BGE 148 II 169 E. 5.2, wo das BGer überraschenderweise erklärt hat, dass die Schubert-Ausnahme «weitgehend nicht mehr anwendbar» sei; dazu EPINEY, Schubert, *passim*.

⁹ BGE 125 II 417 E. 4d.

¹⁰ BGE 142 II 35 E. 3.2; s. dazu BIAGGINI, Urteilsbesprechung, S. 169 f.; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 5 N 32; EPINEY, Auslegung, *passim*; GLASER/BRUNNER, *passim*; OESCH, Urteilsbesprechung, *passim*; NAY, *passim*.

«Das [Bundesgericht] begründete dies damit, dass das Freizügigkeitsabkommen demokratisch (durch Annahme in der Volksabstimmung) legitimiert sei, dieses den unter das Abkommen fallenden Personen gerichtlichen Rechtsschutz garantiere, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten, und schliesslich, dass die Vertragsstaaten der EU ihrerseits verpflichtet seien, dem Abkommen den Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht zu geben (...). Die vorne erwähnte Ausnahme nach der sogenannten «Schubert-Praxis» gilt im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht, weil es dabei über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit um eine Angleichung der Rechtsordnung (sektorische Beteiligung am Binnenmarkt) geht, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar ist (Urteil van Gend en Loos, ...) und für welche kraft Unionsrechts der Vorrang dieser Rechtsordnung ebenfalls Geltung hat (Urteil Costa gegen E.N.E.L., ...).»¹¹

Das Urteil erging im November 2015, also kurz nach der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative durch Volk und Stände im Februar 2014, und erteilte den Vorschlägen eine Absage, die Initiative unter Verletzung des Freizügigkeitsabkommens umzusetzen. Die Bundesversammlung führte eine mit diesem Abkommen konforme Stellenmeldepflicht (Inländervorrang *light*, Art. 21a AIG) ein, womit ein potentiell unschönes Kräftemessen zwischen Bern und Lausanne vermieden werden konnte.

2022 hat das Bundesgericht – bzw. wiederum die II. öffentlich-rechtliche Abteilung – den strikten Vorrang auf das Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA) ausgedehnt.¹² Es hat festgehalten, dass bei einem Konflikt zwischen Art. 28 der in diesem Abkommen referenzierten Dublin III-Verordnung (EU) 604/2013 und dem Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) die Schubert-Praxis keine Anwendung findet:

«[Der Vorrang des Völkerrechts] könnte nach einer älteren – weitgehend nicht mehr anwendbaren – Rechtsprechung lediglich allenfalls eine Ausnahme erfahren, wenn der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern die politische Verantwortung hierfür übernehmen will (... [Schubert-Praxis]). Diese Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung jedoch von vornherein nicht, wenn – wie hier im Rahmen eines Freiheitsentzugs – menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz infrage stehen (... «PKK»; ...); diesfalls geht die völkerrechtliche Norm der abweichenden nationalen Regelung gemäss der Rechtsprechung auch dann vor, wenn der schweizerische Gesetzgeber davon abweichen wollte (...).»¹³

Da Art. 76a Abs. 4 AIG eine Höchstdauer der Renitenzhaft von drei Monaten vorsieht, Art. 28 der Dublin III-Verordnung aber nur eine Höchstdauer von sechs Wochen als zulässig erachtet, war ersterer nicht anwendbar. Dabei stützte sich das Bundesgericht wesentlich auf die Auslegung der in der Verordnung erwähnten Haftdauer und deren Berechnung durch den EuGH.¹⁴ Es verneinte – «selbst wenn es hierauf überhaupt ankäme, was nach dem soeben Dargelegten von Vornherein nicht der Fall ist» –, dass die Voraussetzungen für das

¹¹ Ebd., E. 3.2.

¹² BGE 148 II 169; dazu EPINEY, Schubert, S. 703 ff.

¹³ Ebd., E. 5.2.

¹⁴ EuGH, 13. September 2017, Khir Amayry, C-60/16, EU:C:2017:675; BGE 148 II 169 E. 4.

Vorliegen einer Schubert-Ausnahme vorlagen.¹⁵ Die gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Renitenzhafte, die über die gemäss der Dublin III-Verordnung zulässige Höchstdauer hinausging, war folglich widerrechtlich. Gemäss Bundesgericht galt im vorliegenden Fall der unbedingte Vorrang des DAA, weil «eine menschenrechtliche Verpflichtung» der Schweiz infrage stand; dieser Schluss drängt sich auf, da die andere Gegen Ausnahme zur Schubert-Praxis – «freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen» – bei diesem Abkommen nicht greift. Offen bleibt, welche menschenrechtliche Verpflichtung für das Bundesgericht einschlägig war: Art. 28 der Dublin III-Verordnung (welche in den Erwägungsgründen wiederholt auf die Grundrechtecharta und die EMRK verweist), Art. 6 der Grundrechtecharta (auf den der EuGH bei der Auslegung von Art. 28 der Dublin III-Verordnung rekurriert) oder Art. 5 EMRK (der im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau eine Rolle spielte, nicht aber im Verfahren vor dem Bundesgericht, wobei die Präambel des Dublin-Assoziierungsabkommens auf die EMRK verweist)?

Einen anderen Kurs hat das Bundesgericht – bzw. zumindest die strafrechtliche Abteilung – eingeschlagen bei der Beurteilung der Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit eine strafrechtliche Landesverweisung mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist.¹⁶ 2018 ging das Obergericht des Kantons Zürich bei der Überprüfung einer solchen Massnahme in bewusster Abkehr vom bundesgerichtlichen Diktum über den strikten Vorrang des Freizügigkeitsabkommens von 2015 noch davon aus, dass der Bundesgesetzgeber mit der Einführung von Art. 66a StGB bewusst gegen dieses Abkommen verstossen wollte und ein Anwendungsfall der Schubert-Praxis vorlag.¹⁷ Das Bundesgericht umschiffte dieses heikle Terrain in der Folge auf elegante Weise: Es legt Art. 5 Anhang I FZA «strafrechtlich» nicht analog zur Praxis im EU-Recht aus, sondern weniger restriktiv und damit zu Ungunsten von Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten. Es führte aus, dass dieses Abkommen ein «im Wesentlichen wirtschaftsrechtliches Abkommen» ist und nicht – wie das EU-Recht – die «Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas» (Art. 1 EUV) bezweckt.¹⁸ Die Erwägungen des Bundesgerichts zur Natur und Wirkungsweise des Freizügigkeitsabkommens und zu seinem Verhältnis zum innerstaatlichen (Straf-)Recht lassen zwar viele Fragen offen. Auch sind sie inkohärent und widersprüchlich.¹⁹ Immerhin

¹⁵ BGE 148 II 169 E. 5.3.1.

¹⁶ BGE 145 IV 364; s. auch BGE 145 IV 55 E. 4.2, wo das BGer auf die Ausschaffungsinitiative und die parlamentarische Debatte zur Umsetzungsgesetzgebung (Art. 66a ff. StGB) einging, schliesslich aber feststellte, dass zwischen dem FZA und den Bestimmungen zur Landesverweisung kein Normenkonflikt besteht; kritisch dazu FARGAHI/PRIULI/DE WECK, N 14 ff.

¹⁷ OGer ZH, 6. April 2018, SB170509, E. 4.1 ff.

¹⁸ BGE 145 IV 364 E. 3.2.

¹⁹ S. für kritische Einschätzungen EPINEY, Landesverweisung, N 8 ff.; PROGIN-THEUERKAUF, *passim*; zum Ganzen auch AMARELLE, N 27 ff.; FARGAHI/PRIULI/DE WECK, *passim*; zur weiteren Entwicklung MÜLLER/PRANTL, S. 538 f.; PRIULI, Kommentar Migrationsrecht, Anhang I FZA, Art. 5 N 19; s. zur Einordnung dieser Urteile auch OBERHOLZER, S. 244 ff.

vermeidet es das Bundesgericht auf diese Weise, einen offenen Konflikt zu konstatieren und die Rangfrage im Kontext der Landesverweisung ausdrücklich thematisieren zu müssen.²⁰

*

Das bundesgerichtliche Diktum, wonach «mensen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz» dem innerstaatlichen Recht strikt vorgehen, löst eine Fülle von Fragen aus.²¹ Dazu gehören die folgenden:

Erstens ist unklar, ob der strikte Vorrang nur gegenüber Bundesgesetzen wirkt oder auch gegenüber direkt anwendbarem Verfassungsrecht. Die Ausführungen des Bundesgerichts enthalten jedenfalls keine Anhaltspunkte, weshalb dies bei letzterem nicht auch der Fall sein sollte. *Zweitens* ist unklar, ob sich der strikte Vorrang allein auf das Freizügigkeitsabkommen und das Dublin-Assoziierungsabkommen beschränkt oder ob er auch bei weiteren bilateralen Abkommen greift. Offensichtliche Kandidaten wären das Schengen-Assoziierungsabkommen (soweit analog zum Dublin-Assoziierungsabkommen menschenrechtliche Verpflichtungen zur Debatte stehen) und das Luftverkehrsabkommen (soweit es dabei analog zum Freizügigkeitsabkommen über die Realisierung einer teilweise übernommenen Grundfreiheit – *in casu* der Niederlassungsfreiheit – um eine Angleichung der Rechtsordnung bzw. sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt geht). Beide Abkommen bezwecken ebenfalls die Teilintegration der Schweiz in den unionalen Rechtsraum, enthalten (im Gegensatz zum Freizügigkeitsabkommen und zur EMRK) aber keine ausdrückliche Rechtsweggarantie (wobei die Überwachung und der Rechtsschutz beim Luftverkehrsabkommen partiell der Europäischen Kommission und dem EuGH überantwortet wird). *Drittens* ist unklar, ob nicht nur das Freizügigkeitsabkommen von einem strikten Vorrang profitiert, sondern auch weitere Staatsverträge, welche freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen enthalten.²² Damit fällt der Blick auf bilaterale Niederlassungs- und Freizügigkeitsverträge, deren Ursprünge zum Teil ins 19. Jahrhundert zurückreichen, die klarerweise aber keine Rechtsharmonisierung anstreben und auch nicht über eine Rechtsweggarantie verfügen.²³ *Viertens* ist unklar, welche menschenrechtlichen Verpflichtungen einen strikten Vorrang auslösen. Die PKK-Rechtsprechungslinie fokussiert zuvörderst auf die EMRK. Bei den

²⁰ Vgl. zum Ganzen auch VISCHER, Auslegung, S. 12; KELLER, S. 629 f., wonach bei Art. 66a StGB die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Ausnahme vom Vorrang (Schubert-Praxis) ohnehin nicht erfüllt waren, womit sich auch die Frage nach der Einschlägigkeit der FZA-Gegenausnahme nicht stellte.

²¹ S. dazu auch EPINEY, Schubert, S. 704 ff., und die in Fn. 5 und 10 zitierte Literatur.

²² EPINEY, Schubert, S. 705 f.

²³ S. dazu EPINEY, Schubert, S. 705. Die Niederlassungs- und Freizügigkeitsverträge werden zeitweise durch sog. Niederlassungsvereinbarungen ergänzt, die einen Anspruch auf eine Niederlassungsbewilligung beinhalten, s. dazu COTTIER et al., N 437. Diese Verträge sind teils immer noch in Kraft, werden seit dem Ersten Weltkrieg in stillschweigendem Einvernehmen aber restriktiv ausgelegt, vgl. etwa BGE 106 Ib 125 E. 2b, betr. des Niederlassungs- und Konsularvertrags zwischen der Schweiz und Serbien von 1888 (SR 0.142.118.181). S. zum Ganzen OESCH, Schweiz-EU, N 150.

bilateralen Abkommen mit der EU ist die Sachlage verzwickter. Die EU-Grundrechte sind ein inhärenter Bestandteil der bilateralen Abkommen, welche die Teilhabe der Schweiz am Binnenmarkt bezwecken und auf EU-Recht beruhen.²⁴ Sie sind als grundrechtlicher Überbau mit dem materiellen Recht untrennbar verbunden und bei der Auslegung der Abkommen zu beachten.²⁵ Profitieren Urteile des EuGH zu Bestimmungen, welche qua bilateraler Abkommen auch für die Schweiz einschlägig sind, damit von der strikten Vorrangregel, sofern es dabei um «mensenrechtliche Verpflichtungen» geht? Im Unterschied zur EMRK und zum Freizügigkeitsabkommen fehlt etwa bei den Schengen-/Dublin-Assoziierungsabkommen zumindest im Abkommen selbst allerdings eine Verpflichtung, Rechtsschutz zu gewähren; solche Garantien finden sich teils in EU-Rechtsakten, auf die in den Abkommen verwiesen wird. *Fünftens* ist unklar, ob der Vorrang – wie vom Bundesgericht suggeriert – unbedingt wirkt oder ob das Bundesgericht sich vorbehält, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden.

Diese letzte Frage steht im Fokus dieses Beitrags. Darauf ist zurückzukommen. Zuvor gilt es den Blick auf zwei institutionelle Besonderheiten zu lenken, welche in diesem Zusammenhang bedeutsam sind.

*

Das Bundesgericht nimmt bei der Auslegung der bilateralen Abkommen eine Doppelfunktion wahr. Zum einen fungiert es als verbindlich urteilendes Höchstgericht des bilateralen *Acquis* im «Schweiz-Pfeiler». Seine Funktion gleicht derjenigen des EuGH als Höchstgericht des Binnenmarkts im «EU-Pfeiler». Hier dominiert naturgemäss eine supranationale Perspektive. Die konsequente Anlehnung an die Praxis des EuGH – noch nie bejahte das Bundesgericht «triftige Gründe», um von der Praxis des EuGH abzuweichen – stellt die Einheitlichkeit des Rechts sicher.²⁶ Aus dieser Warte beruht die Begründung des Vorrangs der bilateralen Abkommen auf einer nachvollziehbaren Logik: Die Schweiz beteiligt sich sektoriell mitgliedstaatsähnlich am Recht der EU. Es ist ein kleiner Schritt, in Analogie zum EU-Recht einen strikten Vorrang einzufordern und auf diese Weise das gute Funktionieren der Abkommen zu sichern. Es überrascht nicht, dass das Bundesgericht dabei – ergänzend zu weiteren Erwägungen (demokratische Legitimation durch Annahme in einer Volksabstimmung, Garantie des Rechtsschutzes) – auf die EuGH-Urteile van Gend en Loos und Costa/Enel Bezug nimmt, mit denen der EuGH den Boden gelegt hat für den Siegeszug des Vorrangs des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts und seine Konstitutionalisierung.

²⁴ EPINEY, EU-Grundrechte, *passim*; OESCH, Schweiz-EU, N 78; Bericht des Bundesrates zu pekuniären Verwaltungsanktionen vom 23. Februar 2022 (in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018), BBl 2022 776 ff., Ziff. 3.6.

²⁵ OESCH, Grundrechte, S. 193.

²⁶ S. zu derlei «triftigen Gründen» BGE 136 II 5 E. 3.4; BGE 142 II 35 E. 3; zur einheitlichen Auslegung der bilateralen Abkommen VISCHER, Auslegung, S. 8 ff.; OESCH, EuGH, N 93 ff., und die dort zitierte Praxis und Literatur.

Zum anderen agiert das Bundesgericht als nationales Höchstgericht. Es bildet das Scharnier zwischen dem bilateralen *Acquis* und dem innerstaatlichen Recht. Hier geht es auch um eine spezifisch schweizerische Sicht. Diese Perspektive hat das Bundesgericht in seiner Vorrangrechtsprechung – zugegeben ein heikles Terrain – bis anhin nicht thematisiert. In dieser Funktion gleicht seine Rolle derjenigen der mitgliedstaatlichen (Verfassungs-)Gerichte, welche den unbedingten Vorrang des EU-Rechts und das Letztentscheidungsrecht des EuGH über seine Geltung und Auslegung zwar grossherzig, wenngleich nicht grenzenlos respektieren.²⁷ In der einen oder anderen Form wird dieser Vorrang in den meisten Mitgliedstaaten nur unter der Bedingung akzeptiert, dass das EU-Recht einen unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz gewährleistet (Grundrechtskontrolle), dass die Unionsorgane gestützt auf bestehende Kompetenzen handeln (Ultra vires-Kontrolle) und dass das EU-Recht die Identität der nationalen Verfassung (bzw. zumindest deren grundlegenden Gehalt) respektiert (Identitätskontrolle). Damit behalten die Mitgliedstaaten als «Herren der Verträge»²⁸ das letzte Wort über die Geltung und Wirkung des EU-Rechts im nationalen Kontext. Diverse nationale Gerichte haben nicht davor zurückgeschreckt, die Unvereinbarkeit eines unionalen Rechtsaktes oder eines Urteils des EuGH mit verfassungsrechtlichen Vorgaben festzustellen. Dazu gehören längst nicht nur das umstrittene Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts von 2020 zum Staatsanleihekaufprogramm der Europäischen Zentralbank und das unheilvolle Urteil des polnischen Verfassungsgerichts von 2021 zur fehlenden Kompetenz des EuGH zur Auslegung der EU-Verträge in Bezug auf die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte.²⁹

Erschwerend kommt für das Bundesgericht hinzu, dass es nicht Teil des unionalen Rechtssprechungsverbands ist.³⁰ In der EU steht mit dem Vorabentscheidungsverfahren ein Mechanismus zur Verfügung, mit dem die nationalen Gerichte den EuGH mit Auslegungs- und Gültigkeitsfragen befassen können. Dieses Verfahren trägt wesentlich zu einer formalisierten Kooperation und – im Idealfall – zu einem fruchtbaren Dialog zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten bei, welche gemeinsam für die Wahrung des Rechts in der EU verantwortlich sind. Letztere sind «juges de <droit commun> de l'ordre juridique de l'Union»³¹ bzw. «agents of the Community order (...) as *de facto* Community judges».³² Sie sind gut beraten, dem EuGH vor der offenen Konfrontation Gelegenheit zu geben, sich zu einem umstrittenen Rechtsakt oder Urteil zu äussern. Klugerweise erklären sie dem

²⁷ S. zum Ganzen MAYER/WENDEL, N 14 ff., 298 ff.; CRAIG/DE BÚRCA, S. 328 ff. – Auch der liechtensteinische Staatsgerichtshof hat sich hierzu geäußert: Das EWR-Recht inkl. seiner Auslegung durch den EFTA-Gerichtshof ist nicht anwendbar, wenn es gegen «Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte der Landesverfassung» verstösst, StGH/LI 2013/196, E. 2.5.1.

²⁸ BVerfGE 89, 155 (190, 199) – Maastricht.

²⁹ S. dazu OESCH, EuGH, N 61 f.; für weitere neuere Rechtsprechung und Literatur zur Vorrangfrage in den Mitgliedstaaten VISCHER, Auslegung, Fn. 104.

³⁰ S. zu diesem Verbundbegriff BVerfGE 140, 317 – Identitätskontrolle.

³¹ EuGH, 8. März 2011, Gutachten Patentgericht, 1/09, EU:C:2011:123, N 80.

³² STONE SWEET, S. 925.

EuGH, aus welchen Gründen er eine von ihnen präferierte Lösung wählen soll, und formulieren einen Urteilsvorschlag.³³ Nötigenfalls kann der EuGH auch mehrmals mit einer Auslegungsfrage befasst werden. Der EuGH tut gut daran, auf die Sensibilitäten der nationalen Gerichte Rücksicht zu nehmen und ihre Einwände gegen mutmasslich ausbrechende EU-Rechtsakte und allzu integrationsfreundliche eigene Urteile ernst zu nehmen.³⁴ Bei diesem Prozess der gemeinsamen judikativen Rechtsfindung bleibt das Bundesgericht aussen vor. Es hat keinen Zugang zum EuGH.³⁵ Vorschläge, dem Bundesgericht ein Recht einzuräumen, den EuGH auf dem Weg der Vorabentscheidung mit Auslegungsfragen zu befragen, wurden nicht weiterverfolgt. Das ist bedauerlich – und wird weiter unten nochmals aufgenommen.

*

Damit kommen wir zur zentralen Frage dieses Beitrags: Soll der Vorrang menschen- oder freizügigkeitsrechtlicher Verpflichtungen – wie vom Bundesgericht suggeriert – unbedingt wirken oder soll es mit Blick auf die bilateralen Abkommen möglich sein, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden?

Das bundesgerichtliche Diktum, wonach bei solchen Verpflichtungen kein Raum für eine Schubert-Ausnahme besteht, verdient *im Grundsatz* zwar durchaus Zustimmung. Dies gilt nicht nur für die weitem etablierte PKK-Gegenausnahme, sondern auch für die deutlich weniger gefestigte FZA-Gegenausnahme. Es wäre schlicht unsinnig gewesen, die Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a BV) durch die Einführung jährlicher Höchstzahlen und eines Schweizervorrangs auf dem Arbeitsmarkt umzusetzen. Entweder ist die Schweiz bereit und willens, die Freizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen» (Präambel zum FZA), oder sie nimmt davon Abstand und kündigt das Abkommen. Alles andere wäre unredlich und auch nicht praktikabel. Die Masseneinwanderungsinitiative war ein Frontalangriff auf die Personenfreizügigkeit mit der EU; dabei ging es nicht «nur» um eine punktuelle Abweichung, welche für die Schweiz zwar wichtig war, das gute Funktionieren der Personenfreizügigkeit aber nicht in Frage stellte. Die Zustimmung zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung – Vorrang

³³ Art. 107 Abs. 2 der Verfahrensordnung des EuGH ermuntert nationale Gerichte ausdrücklich, im Eilvorabentscheidungsverfahren darzulegen, welche Antwort sie auf die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen vorschlagen.

³⁴ So kam der EuGH der italienischen Corte costituzionale in einer Streitsache um Verjährungsfristen bei Mehrwertsteuerdelikten entgegen, nachdem die Corte angekündigt hatte, ein EuGH-Urteil nicht umzusetzen, weil es gegen die italienische Verfassung versties; dazu BONELLI, *passim*.

³⁵ Immerhin treffen sich die Richterinnen und Richter des BGer und des EuGH regelmässig, um aktuelle Rechtsthemen zu besprechen, Bundesgericht, Geschäftsbericht 2022, S. 14, <www.bger.ch> und Link zu Publikationen. Spezielle Vorschriften ermöglichen der Schweiz zudem – wobei hier die Bundesverwaltung im Lead ist, nicht das BGer – die Eingabe von Stellungnahmen in Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, bei denen es um die Auslegung von EU-Recht geht, das aufgrund der Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen oder des Lugano-Übereinkommens auch für die Schweiz einschlägig ist, s. dazu OESCH, EuGH, N 85 ff.

des Völkerrechts, Schubert-Ausnahme, PKK- und FZA-Gegenausnahmen – bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass es nicht auch Konstellationen geben mag, bei denen ein strikter Vorrang menschen- oder freizügigkeitsrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz *ausnahmsweise* nicht sachgerecht ist. Praxis und Lehre sind gut beraten, hier eine Hintertüre offen zu lassen.³⁶ Dies gilt umso mehr mit Blick darauf, dass die Reichweite der PKK- und FZA-Gegenausnahmen bei den bilateralen Abkommen wie oben skizziert nicht geklärt ist und potentiell durchaus weit gefasst werden mag.

Die von den (Verfassungs-)Gerichten in den EU-Mitgliedstaaten entwickelten Prüfvorbehalte der Grundrechtskontrolle, der Ultra vires-Kontrolle und der Identitätskontrolle mögen *mutatis mutandis* auch für die Schweiz als Inspirationsquelle dienen. Es wäre merkwürdig, wenn die EU-Mitgliedstaaten die Reissleine ziehen, sofern Produkte der unionalen Gesetzgebungsmaschinerie oder Gerichtsbarkeit verfassungsrechtlich indizierte rote Linien überschreiten, nicht aber ein Drittstaat wie die Schweiz.³⁷

Bei der Grundrechtskontrolle steht in der Schweiz mutmasslich die Vereinbarkeit von abkommensrelevanten EU-Rechtsakten und EuGH-Urteilen mit der EMRK im Vordergrund. Auch der Grundrechtsschutz in der EU beruht zwar massgeblich auf der EMRK und der Spruchpraxis des EGMR (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 53 GRC).³⁸ Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, dass es hier in Einzelfällen zu Divergenzen kommt, womit sich für die Schweiz die Frage stellt, welcher Grundrechtsinstanz das letzte Wort gehört: Strassburg oder Luxemburg? Weiter ist denkbar, den Vorrang eines EU-Rechtsaktes oder EuGH-Urteils zu durchbrechen, sofern andernfalls gegen den Kerngehalt eines Grundrechts verstossen würde.³⁹ Der Bundesrat vertrat diese Auffassung in der Botschaft zum EWR-Beitritt von 1992; demnach hätte das EWR-Recht ausnahmsweise keinen Vorrang beanspruchen können, «wo Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte tangiert sind.»⁴⁰

Die Ultra vires-Kontrolle zielt in der Schweiz primär auf EuGH-Urteile, welche das EU-Recht konkretisieren und weiterentwickeln und dabei reflexartig auch für den bilateralen

³⁶ Vgl. dazu auch BESSON, CR Cst., Art. 5 N 198.

³⁷ Vgl. dazu auch VISCHER, Auslegung, S. 33.

³⁸ HALTERN, N 1487, 1647 ff., 1741; CRAIG/DE BÚRCA, S. 424 ff., 454 ff.

³⁹ S. dazu etwa COTTIER/HERTIG, S. 23; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 46; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 98, alle betr. der Einschränkung des Vorrangs von Völkerrecht im Allg.

⁴⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, BBl 1992 IV 1 ff., S. 91 f.; s. auch Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 (in Erfüllung der Postulate 07.3764 RK-SR vom 16. Oktober 2007 und 08.3765 SPK-NR vom 20. November 2008), BBl 2010 2263 ff., S. 2309 f., 2322; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)», BBl 2017 5355 ff., S. 5372. – Der liechtensteinische Staatsgerichtshof hat den Vorrang der «Kerngehalte der Grundrechte der Landesverfassung» gegenüber dem EWR-Recht ausdrücklich bejaht, zit. oben Fn. 27.

Acquis einschlägig sind. So mag die Schweiz ausnahmsweise davon absehen, einem Urteil Folge zu leisten, sofern der EuGH offensichtlich ausserhalb seiner EU-rechtlich abgesteckten Kompetenzen handelt. In Anlehnung an die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts hat der EuGH dabei einen «Anspruch auf Fehlertoleranz»; ein Urteil, das *ultra vires* zu qualifizieren ist, muss «schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar» sein.⁴¹ Das Bundesgericht verfolgt bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zurzeit zwei andere Strategien, um von unliebsamen Praktiken des EuGH abzuweichen. Zum einen ist es beim Vorliegen «triftiger Gründe» weiterhin möglich, EuGH-Urteile, welche nach der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen sind, nicht zu beachten.⁴² Bis heute fehlt ein Präjudiz zur Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit derlei «triftige Gründe» vorliegen. Sie sind auf alle Fälle «nicht leichthin» anzunehmen.⁴³ Das Bundesgericht hat immerhin klargestellt, dass die Annahme einer nicht direkt anwendbaren Verfassungsbestimmung – *in casu*: der Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a BV) – durch Volk und Stände nicht ausreicht, um bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens von der etablierten EuGH-Praxis abzuweichen.⁴⁴ Zum anderen legt das Bundesgericht das Freizügigkeitsabkommen bei Landesverweisungen «strafrechtlich» nicht im Einklang zur EuGH-Praxis im EU-Recht aus.⁴⁵ Auf diese Weise kommt es umhin, die grosszügige Ausschaffungspraxis der Schweiz als Durchbrechung der strikten Vorrangregel zu betiteln und eine Begründung hierfür entwickeln zu müssen. Im Gegensatz zur Befolgung von EuGH-Urteilen scheint die *Ultra vires*-Kontrolle bei der Übernahme von neuen EU-Rechtsakten in den bilateralen *Acquis* kaum einschlägig. Die Vertragsparteien entscheiden gemäss den jeweils geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben über Weiterentwicklungen. Sie sind frei, eine Übernahme abzulehnen. So weigert sich die Schweiz bis anhin standhaft, Hand zu bieten für die Übernahme der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG, weil damit eine sachfremde Ausdehnung der Freizügigkeitsrechte einherginge.

Die Identitätskontrolle nimmt die Forderung auf, wonach der strikte Vorrang menschen- oder freizügigkeitsrechtlicher Verpflichtungen ausnahmsweise durchbrochen werden soll,

⁴¹ BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell; BVerfGE 142, 123 (201) – OMT-Programm; BVerfGE 154, 17 (92, 94) – PSPP.

⁴² BGE 136 II 5 E. 3.4; BGE 142 II 35 E. 3.

⁴³ Ebd. – Zumindest in die Nähe eines *Ultra vires*-Befunds kam das Bezirksgericht Bülach in einem Urteil vom 2. Februar 2016 (FV150044-C/U AB/ad). Es folgte bei der Auslegung des Luftverkehrsabkommens und der darin referenzierten Fluggastrechteverordnung Nr. 261/2004 dem EuGH-Urteil *Sturgeon* (C-402/07, EU:C:2009:716) nicht, denn es «scheint (...) ausgeschlossen, dass ein Schweizerisches Gericht im Rahmen der Auslegung der Fluggastrechteverordnung ohne seine Kompetenzen zu überschreiten, zum gleichen Resultat kommt, wie der EuGH, zumal für richterliche Lückenfüllung, wie erwähnt, mangels echter Gesetzeslücke vorliegend kein Raum bleibt», ebd., E. 4.2.14; dazu PROBST, *passim*.

⁴⁴ BGE 142 II 35 E. 3.2.

⁴⁵ BGE 145 IV 364 E. 3.2; s. dazu oben.

wenn andernfalls verfassungsrechtliche Grundprinzipien verletzt würden.⁴⁶ Der Bundesrat hat einen solchen Vorbehalt mit Blick auf den geplanten EWR-Beitritt 1992 vorgeschlagen.⁴⁷ Es ist schwierig, die dabei im Vordergrund stehenden Grundprinzipien konkret zu benennen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht nimmt bei der Umschreibung der Identitätskontrolle auf die Ewigkeitsklausel gemäss Art. 79 Abs. 3 GG Bezug; es geht mithin um «die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte (...) ebenso wie die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip (...) prägen.»⁴⁸

In Ergänzung zu diesen im unionalen Mehrebenensystem entwickelten Prüfvorbehalten stellt sich die Frage, ob es dem Gesetz- und Verfassungsgeber in der Schweiz auch aus weiteren Gründen möglich sein soll, etwa bei der Freizügigkeit mit der EU punktuell *en toute connaissance de cause* von einer bilateralrechtlichen Verpflichtung abzuweichen. Es ist – wie erwähnt – zwar gut nachvollziehbar, keine Gegenausnahmen zur Schubert-Ausnahme zuzulassen, sofern andernfalls das gute Funktionieren des Freizügigkeitsabkommens insgesamt in Frage gestellt würde. Soweit dieses Risiko aber nicht besteht, mag es durchaus Konstellationen geben, in denen das Bundesgericht einen demokratisch hinlänglich legitimierten Entscheid respektieren und ausnahmsweise von der strikten Vorrangregel Abstand nehmen soll. Die Schweiz ist und bleibt ein Drittstaat. Sie kann sich bei der Vorbereitung neuer EU-Rechtsakte, welche auch für das bilaterale Recht bedeutsam sind, zwar aktiv beteiligen (*decision shaping*); über ein Stimmrecht verfügt sie aber nicht. Die Möglichkeit, das europäische Recht nicht blindlings zu respektieren, sondern reflektiert und dabei ganz punktuell auszuscheren, mag dazu dienen, das Vertrauen in die Teilnahme der Schweiz am europäischen Integrationsprozess zu stärken. Gemäss Benedict Vischer stellt «die Pflege unscharfer Übergänge zwischen der Union und dem übrigen europäischen Rechtsraum keine Gefahr, sondern die Grundlage für eine nachhaltige Vertiefung der europäischen Integration» dar.⁴⁹

*

Die EU kritisiert seit 2008, dass «das derzeitige System der bilateralen Abkommen (...) komplex und schwer zu handhaben ist und eindeutig an seine Grenzen stösst».⁵⁰ Sie verlangt von der Schweiz, Hand zur Schaffung neuer institutioneller Regeln zu bieten, um die nötige Homogenität in der Rechtsanwendung und Weiterentwicklung sicherzustellen.

⁴⁶ S. dazu COTTIER/HERTIG, S. 23; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 46; MARTENET, CR Cst., Art. 190 N 74; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 98, alle betr. der Einschränkung des Vorrangs von Völkerrecht im Allg.

⁴⁷ S. oben Fn. 40. Auch der liechtensteinische Staatsgerichtshof hat den Vorrang der «Grundprinzipien der Landesverfassung» gegenüber dem EWR-Recht ausdrücklich bejaht, s. oben Fn. 27.

⁴⁸ BVerfGE 142, 123 (195) – OMT-Programm; BVerfGE 154, 17 (94) – PSPP.

⁴⁹ VISCHER, Abwege, *passim*. Es wäre zudem merkwürdig, wenn die Schweiz *de lege ferenda* von einem Urteil eines Schiedsgerichts abweichen könnte (s. dazu auch unten), ein solches Vorgehen *de lege lata* aber kategorisch ausgeschlossen sein soll.

⁵⁰ Schlussfolgerungen des Rates vom 14. Dezember 2010, N 48; s. zum Ganzen MÜLLER, *passim*.

Ein erster Verhandlungszyklus 2014-2021 wurde erfolglos abgebrochen. Im März 2024 haben der Bundesrat und die Europäische Kommission einen neuen Anlauf genommen. Als Grundlage für die laufenden Verhandlungen dient ein *Common Understanding*, in dem sich der Bundesrat und die Europäische Kommission auf Eckwerte geeinigt haben. Einleitend wird ausgeführt:

«The European Commission and Switzerland share the objective to consolidate and develop the EU and Switzerland's comprehensive partnership to its full potential by placing their relations on a better footing, establishing legal certainty, ensuring a level playing field for their citizens and economic operators, establishing a uniformity of approach in the fields of the internal market in which Switzerland participates, while respecting the basic principles of their respective legal orders. The competence of the Swiss Federal Court and all other Swiss courts as well as of the Member States' courts and the Court of Justice of the EU to interpret the agreements in individual cases is preserved.»⁵¹

Die geplanten institutionellen Regeln betreffen die in diesem Beitrag aufgeworfene Vorrangthematik potentiell in zweierlei Hinsicht. Zum einen ist vorgesehen, dass die Abkommen und die darin referenzierten EU-Rechtsakte in den Bereichen des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, einheitlich («uniformly») ausgelegt und angewendet werden, im Einklang mit den Prinzipien des Völkerrechts.⁵² Soweit ihre Anwendung unionsrechtliche Konzepte impliziert, soll die Rechtsprechung des EuGH einschlägig sein. Dies gilt für die vor und – eine gewichtige Novellierung! – nach der Unterzeichnung des betreffenden Abkommens ergangene Rechtsprechung. Die Reichweite dieser Bestimmung ist unklar.⁵³ Mit Blick auf den Wortlaut scheint sie die Behörden schlicht anzuweisen, die EuGH-Praxis in den Bereichen der Binnenmarktteilnahme der Schweiz ohne weitere Erwägungen auf das bilaterale Verhältnis zu übertragen; etwas anderes kommt nicht in Frage. Eine differenzierte Lesart mag nahelegen, dass es auch in Zukunft Konstellationen gibt, in denen eine automatische Übernahme der EuGH-Praxis zum Binnenmarktrecht für das bilaterale Recht nicht stimmig ist.⁵⁴ Die «Übersetzungsarbeit», d.h. die Bestimmung der Bedeutung der EuGH-Praxis zum Binnenmarktrecht für das bilaterale Verhältnis (Polydor), bleibt nach diesem Verständnis weiterhin eine zentrale Aufgabe der Behörden. Bedeutsam ist, dass qua bilateralrechtlicher Anordnung neu auch die jüngere EuGH-Praxis für die Schweiz ver-

⁵¹ *Common Understanding* vom 15. Dezember 2023, S. 1; s. auch Bericht des Bundesrates zu den exploratorischen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zur Stabilisierung und Weiterentwicklung ihrer Beziehungen vom 15. Dezember 2023; beide Dokumente sind abrufbar unter <www.eda.admin.ch/europa/de/home.html>.

⁵² *Common Understanding* (Fn. 51), N 8.

⁵³ S. zum Ganzen VISCHER, Auslegung, *passim*, der fordert, die Reichweite einer solchen Homogenitätsklausel zu klären und dabei eine Formulierung zu wählen, welche der Schweiz einen hinlänglichen Spielraum bei der Auslegung belässt; vgl. zur damit verwandten, gleichermassen konkretisierungsbedürftigen Verpflichtung eines Schiedsgerichts, bei der Auslegung unionsrechtlicher Konzepte den EuGH anzurufen, OESCH, EuGH, N 142, ebenfalls mit Verbesserungsvorschlägen.

⁵⁴ S. etwa COTTIER, S. 351 f., wonach eine solche Neuerung keine wesentliche Änderung der aktuellen Praxis zur Folge hätte (noch zur entsprechenden – praktisch gleich formulierten – Bestimmung im Entwurf für ein institutionelles Abkommen von 2018).

bindlich wäre und sie etwa im Bereich der Personenfreizügigkeit – sowie gegebenenfalls auch weiterer Abkommen? – damit von der strikten Vorrangregel des Bundesgerichts erfasst würde.

Zum anderen verhandeln die EU und die Schweiz über die Einrichtung eines gerichtsformigen Streitbeilegungsmechanismus. Sie haben sich im *Common Understanding* darauf verständigt, das bereits im Entwurf für ein institutionelles Abkommen von 2018 vorgesehene Verfahren weiterzuverfolgen.⁵⁵ Sofern die Schweiz und die EU uneins sind über die Auslegung eines Abkommens und im Gemischten Ausschuss keine Lösung finden, kann jede Partei die Einsetzung eines paritätisch zusammengesetzten Schiedsgerichts verlangen. Bei der Auslegung von Konzepten des EU-Rechts muss das Schiedsgericht den EuGH anrufen, dessen Vorgaben für das Schiedsgericht verbindlich sind. Im Anschluss daran entscheidet das Schiedsgericht den Streitfall. Die unterlegene Partei ist verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um dem Schiedsspruch Folge zu leisten. Sofern sie dies nicht tut, kann die obsiegende Partei Ausgleichsmassnahmen ergreifen (wobei ein solches Ausscheren klarerweise nur ganz ausnahmsweise opportun sein mag; das gute Funktionieren des Binnenmarktes bedingt, dass das Recht und seine Auslegung durch die Gerichte respektiert werden). Es ist offen, wer in der Schweiz darüber befinden mag, ein Urteil eines Schiedsgerichts nicht zu respektieren, und die schlechte Botschaft nach Den Haag (dem Sitz des Büros des Ständigen Schiedshofs, welches bei einem solchen Schiedsgerichtsverfahren mutmasslich die Aufgaben einer Kanzlei übernimmt und die erforderlichen Sekretariatsdienstleistungen erbringt) und Brüssel übermittelt. Braucht es hierfür einen ausdrücklichen Entscheid des Bundesgesetzgebers, und zwar in der Form eines referendumsfähigen Bundesbeschlusses? Klar ist, dass das Bundesgericht seine strikte Vorrangregel zum Freizügigkeitsabkommen weiterentwickeln müsste; andernfalls wären die rechtsanwendenden Behörden verpflichtet, ein Urteil eines Schiedsgerichts gleichwohl anzuwenden.

Der avisierte Abschluss neuer institutioneller Regeln würde einen qualitativen Integrations-schritt bedeuten. Kurzfristig wird es um die Konsolidierung der bestehenden Abkommen und die punktuelle Weiterentwicklung in ausgewählten Sektoren gehen; hier steht ein Stromabkommen im Vordergrund. Mittelfristig könnten weitere Binnenmarktabkommen dazukommen, etwa im Dienstleistungsbereich. Auch dürfte die EU die Modernisierung des Freihandelsabkommens von 1972 wieder aufs Tapet bringen. Die Bedeutung und Wirkmacht des bilateralen Vertragswerks und damit des EU-Rechts in der Schweiz werden weiter zunehmen. Damit wird auch die Rangfrage nochmals an Schärfe gewinnen. Umso bedauerlicher ist, dass in den Verhandlungen nicht zur Debatte steht, das Bundesgericht in den unionalen Rechtsprechungsverbund zu integrieren. Es wäre mit Blick auf die strikte Vorrangregel des Bundesgerichts und die nun avisierte Verpflichtung, auch jüngere EuGH-Urteile zu befolgen, naheliegend, dem Bundesgericht ein Recht einzuräumen, den EuGH auf dem Weg der Vorabentscheidung mit Auslegungsfragen zu befassen.⁵⁶ Auf diese Weise

⁵⁵ *Common Understanding* (Fn. 51), N 10, 12.

⁵⁶ Ähnlich wie hier DE SÉPIBUS, N 56.

würde es in die Lage versetzt, dem EuGH eine aus Sicht der Schweiz präferierte Auslegung vorzuschlagen und die Rechtsentwicklung aktiv mitzugestalten. Es könnte den EuGH um eine Neuurteilung einer nicht überzeugenden Praxis ersuchen. Das geplante Streitbeilegungsverfahren würde entlastet: Mit einem Vorlagerecht des Bundesgerichts läge es zuvörderst am Bundesgericht, dem EuGH im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits Fragen zur Auslegung des EU-Rechts vorzulegen, und nicht einem Schiedsgericht im Rahmen eines zwischenstaatlichen Verfahrens.⁵⁷ Ein Seitenblick auf Übereinkommen der EU mit anderen Drittstaaten zeigt, dass es durchaus Vorbilder für eine solche Regelung gibt.⁵⁸

*

Die Herausforderung, die Wirkmacht der bilateralen Abkommen im innerstaatlichen Recht zu bestimmen, legt wie durch ein Brennglas gebündelt das janusköpfige Naturell dieser Abkommen offen: Materiell ist die Schweiz in ausgewählten Bereichen mitgliedstaatsähnlich in den Binnenmarkt und weitere Politikbereiche der EU integriert. Das EU-Recht wird auf das Verhältnis zur Schweiz ausgedehnt. Es ist naheliegend, die Regeln und Praktiken in den Blick zu nehmen, die in der EU zur Vorrangfrage entwickelt wurden. Institutionell bleibt die Schweiz allerdings weiterhin aussen vor. Sie hat zur Rechtsetzungsmaschinerie in Brüssel und Strassburg – abgesehen von Mitgestaltungsrechten bei der Erarbeitung neuer EU-Rechtsakte (*decision shaping*) – keinen Zugang. Das Bundesgericht ist nicht Teil des unionalen Rechtsprechungsverbunds. Die Schweiz ist und bleibt ein Drittstaat. Aus dieser Warte ist eine allzu starre Gleichschaltung mit den Regeln und Praktiken zum Vorrang in der EU kaum sachgerecht.

Das Bundesgericht dürfte gut beraten sein, eine rigide Hierarchisierung zu vermeiden und die Türe für kontextbedingte Ausnahmen von allgemein formulierten Prinzipien – wie einem *im Grundsatz* vorzugswürdigen Vorrang der bilateralen Abkommen – einen Spalt weit offen zu lassen.⁵⁹ Dies gilt insbesondere bei freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen. Voraussetzung dafür ist, dass die am politischen Prozess beteiligten Akteurinnen und Akteure einen solchen Spielraum verantwortungsvoll und mit Augenmass nutzen – und dass die von Regina Kiener und Melanie Krüsi eingangs zitierte Mutmassung zutrifft: «Nicht unterschätzt werden sollte die *politische Vernunft der Bürgerinnen und Bürger*.»⁶⁰

⁵⁷ S. dazu auch ZÜND, *passim*.

⁵⁸ OESCH, EuGH, N 106.

⁵⁹ S. zur Forderung, keine schematischen, sondern situationsgerecht differenzierende Lösungsansätze zu wählen und eine starre Hierarchisierung zu vermeiden, BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 5 N 35, im Allg. zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht.

⁶⁰ KIENER/KRÜSI, S. 255.

Literaturverzeichnis

- AMARELLE CESLA, L'expulsion pénale dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, Jusletter 4. September 2023
- BIAGGINI GIOVANNI, Die «Immerhin liesse sich erwägen»-Erwägung im Urteil 2C_716/2014: über ein problematisches höchstrichterliches obiter dictum, ZBl 117/2016, S. 169 f. (zit. BIAGGINI, Urteilsbesprechung)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, BV-Kommentar)
- BONELLI MATTEO, The Taricco saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union: CJEU, C-105/14 Ivo Taricco and others, ECLI:EU:C:2015:555; and C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936 Italian Constitutional Court, Order no. 24/2017, Maastricht Journal of European and Comparative Law 25/2018, S. 357 ff.
- COTTIER THOMAS, Die Souveränität und das institutionelle Rahmenabkommen, SJZ 2019, S. 345 ff.
- COTTIER THOMAS et al., Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014
- COTTIER THOMAS/HERTIG MAYA, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, BTJP 1999, Bern 2000, S. 1 ff.
- CRAIG PAUL/DE BÚRCA GRÁINNE, EU Law: Text, Cases, and Materials, 7. Aufl., Oxford 2020
- DE SÉPIBUS JOËLLE, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union – Wie weiter?, Jusletter 14. Juli 2014
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Kommentar BV, Art. ... N ...)
- EPINEY ASTRID, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Altermatt Bernhard/Casasus Gilbert (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963–2013, Zürich 2013, S. 141 ff. (zit. EPINEY, EU-Grundrechte)
- EPINEY ASTRID, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, Jusletter 14. März 2016 (zit. EPINEY, Auslegung)
- EPINEY ASTRID, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter 19. August 2019 (zit. EPINEY, Landesverweisung)
- EPINEY ASTRID, Ist die «Schubert-Rechtsprechung» noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht, AJP 2023, S. 699 ff. (zit. EPINEY, Schubert)
- FARGAHI BABAK/PRIULI VALERIO/DE WECK FANNY, Die ersten Urteile des Bundesgerichts zur Landesverweisung (Art. 66a ff. StGB), Jusletter 15. April 2019
- GLASER ANDREAS/BRUNNER ARTHUR, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Jusletter 18. April 2016
- HALTERN ULRICH, Europarecht: Dogmatik im Kontext, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2017
- KELLER DAVID, Sonderfall Strafrecht? Erörterungen zum Verhältnis zwischen dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU und der obligatorischen Landesverweisung nach Art. 66a StGB, in: Epiney Astrid/Zlătescu Petru Emanuel (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 607 ff.
- KIENER REGINA/KRÜSI MELANIE, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 110/2009, S. 237 ff.
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Commentaire romand: Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, CR Cst., Art. ... N ...)

- MAYER FRANZ C./WENDEL MATTIAS, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Hatje Armin/Müller-Graff Peter-Christian (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, EnzEuR Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, S. 163 ff.
- MÜLLER ANDREAS TH./PRANTL JANINE, Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SRIEL 2023, S. 463 ff.
- MÜLLER FELIX E., Kleine Geschichte des Rahmenabkommens, Basel 2020
- NAY GIUSEP, Vorrang Völkerrecht: kein obiter dictum, kein Meinungsaustausch, Jusletter 18. April 2016
- OBERHOLZER NIKLAUS, Landesverweisung – aktueller Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBJV 156/2020, S. 227 ff.
- OESCH MATTHIAS, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU: Zur Auslegung der bilateralen Verträge, ZBl 115/2014, S. 171 ff. (zit. OESCH, Grundrechte)
- OESCH MATTHIAS, Urteilsbesprechung, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 26. November 2015, 2C_716/2014, ZBl 117/2016, S. 197 ff. (zit. OESCH, Urteilsbesprechung)
- OESCH MATTHIAS, Schweiz-Europäische Union, Zürich 2020 (zit. OESCH, Schweiz-EU)
- OESCH MATTHIAS, Der EuGH und die Schweiz, Zürich 2023 (zit. OESCH, EuGH)
- PROBST THOMAS, Die Rechte des Flugzeugpassagiers – oder – «Wenn einer im verspäteten Flugzeug sitzt, dann kann er was erleben...», in: Emmenegger Susan et al. (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 763 ff.
- PROGIN-THEUERKAUF SARAH, Expulsion pénale et ALCP, ZSR 139/2020 I, S. 35 ff.
- SCHÜRER STEFAN, Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert?, ZBl 116/2015, S. 115 ff.
- SPESCHA MARC et al. (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar Migrationsrecht, Erlass)
- STONE SWEET ALEC, The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority, German Law Journal 8/2007, S. 915 ff.
- VISCHER BENEDICT, Einheit bis zum Bruch: Verfassungsrechtliche Abwege im Ringen der EU um ein institutionelles Rahmenabkommen mit der Schweiz, Verfassungsblog vom 30. April 2021, <www.verfassungsblog.de> (zit. VISCHER, Abwege)
- VISCHER BENEDICT, Einheitliche Auslegung im bilateralen Recht, Zürich 2023 (zit. VISCHER, Auslegung)
- ZÜND ANDREAS, Gastkommentar: Das Bundesgericht verliert seine Bedeutung, St.Galler Tagblatt vom 23. März 2019

Grundrechte für Unternehmen

*Axel Tschentscher**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	114
II.	Die menschenrechtliche Basis des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes	114
A.	Vorpositivität nach KANT, RAWLS und HABERMAS	115
B.	Vorpositivität des Eigentums nach LOCKE	116
1.	«Life, Liberty and Estate» in der amerikanischen Revolution	116
2.	LOCKES Arbeitstheorie des Eigentums	117
C.	Fazit zur menschenrechtlichen Basis	118
III.	Die schweizerische Praxis der Grundrechte für Unternehmen	118
A.	Grundrechte mit anerkannter Unternehmensgeltung	118
B.	Grundrechte mit verneinter Unternehmensgeltung	119
C.	Beliebigkeit der Abgrenzung	119
D.	Variantenreichtum im Verfassungsvergleich	120
IV.	Die diskutierten Abgrenzungskriterien	121
A.	Die Durchgriffstheorie: Schutz des «personalen Substrats»	121
B.	Die Theorie der «grundrechtstypischen Gefährdungslage»	122
V.	Die positivrechtliche Basis des Grundrechtsschutzes für Unternehmen	123
A.	Formell-systemische Gleichbehandlung im Rechtsschutzverfahren	123
B.	Materielle Gleichbehandlung kraft grundrechtstypischer Gefährdungslage	125
C.	Relativierung des Grundrechtsschutzes von Unternehmen durch Rückbesinnung auf menschenrechtliche Grundlagen	126
VI.	Fazit	126
VII.	Literaturverzeichnis	127

* Ordentlicher Professor für Staatsrecht, Rechtsphilosophie und Verfassungsgeschichte, Universität Bern.

I. Einleitung

Als ich zum Wintersemester 2005 erstmals gemeinsam mit REGINA KIENER die Grundrechtsvorlesung an der Universität Bern vorbereitete, hatten wir reiche Gelegenheit, über Fragen der allgemeinen Grundrechtslehren zu diskutieren. Immer wieder tauchte dabei die Grundrechtsberechtigung von Unternehmen auf – also von gewerblich orientierten juristischen Personen des Privatrechts. Oberflächlich betrachtet gibt es hier kaum Probleme. Wenn man aber genauer nachdenkt, dann ist es alles andere als selbstverständlich, juristischen Personen – soweit überhaupt sachlich möglich – den gleichen Grundrechtsschutz zuzusprechen wie Menschen. Die Grundrechte haben ja gerade die Besonderheit, auf einem vorpositiven Kernbestand an Menschenrechten zu ruhen. Der Staat darf sich nicht frei aussuchen, ob er die Ansprüche auf Leben, Unversehrtheit, Freiheit und Gleichheit, die jedem Menschen kraft seines Menschseins zustehen, durch das staatliche Recht achtet oder nicht. Er ist, naturrechtlich gesprochen, durch den vorpositiven Gehalt der Menschenrechte in seiner Positivierung gebunden.

Zufällig publizierten im gleichen Jahr JÖRG PAUL MÜLLER und MIRJAM BALDEGGER einen Artikel, der sich kritisch mit der Grundrechtsberechtigung juristischer Personen auseinandersetzte. Die Schrift endete mit einem vehementen Appell: Zukünftig solle man nicht einfach davon ausgehen, dass die gesetzlich erklärte Rechtsfähigkeit von Unternehmen automatisch auch einen Verfassungsschutz durch elementare Grundrechte gebiete. Vielmehr gelte es, «die Menschenrechte für den spezifischen Schutz grundlegender Ausprägungen des menschlichen Daseins zu bewahren»¹. Nach dieser Auffassung gibt es ein Abstandsgebot, bei dem die Selbstverständlichkeit, mit der Menschen die Grundrechte geltend machen dürfen, bei juristischen Personen des Privatrechts, insbesondere privatwirtschaftlichen Unternehmen, gerade nicht besteht. Bei Unternehmen ist «die Anerkennung juristischer Personen als eigene Grundrechtsträger [...] immer wieder zu prüfen.»²

II. Die menschenrechtliche Basis des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes

Seit der Aufklärung lassen sich die mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Naturrechtslehren, gleich ob religiös (insbesondere christlich) oder traditional (etwa erbmonarchisch) radiziert, nicht mehr aufrechterhalten. An ihre Stelle tritt eine vernunftrechtlich basierte Begründung der Vorpositivität, die mit immer stärkerer Ausdifferenzierung bis in die Gegenwart Bestand hat.

¹ MÜLLER/BALDEGGER, S. 552.

² MÜLLER/BALDEGGER, S. 572.

A. Vorpositivität nach KANT, RAWLS und HABERMAS

In der kritischen Philosophie KANTS stützt sich die Vorpositivität der Menschenrechte auf den kategorischen Imperativ: «Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.»³ In der Rechtslehre bedeutet die Anwendung des kategorischen Imperativs eine Begründung des allgemeinen Freiheitsgesetzes unter den Menschen: «Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.»⁴ Wenn KANT hier nur ein einzelnes Grundrecht, die Handlungsfreiheit, als vernunftrechtlich geboten und damit vorpositiv hervorhebt, dann ist das gleichwohl umfassend gemeint. Neben der angeborenen Freiheit sind auch die angeborene Gleichheit und die ganze Vielfalt möglicher Ausdifferenzierungen von Freiheit und Gleichheit mit gemeint.⁵

Bei RAWLS findet sich eine an KANT anschliessende und durch die Sozialvertragstheorie erweiterte Begründung der Vorpositivität von Menschenrechten. Er adressiert die Gesamtheit der in unserer Gegenwart herausgearbeiteten Menschenrechte als ersten Gerechtigkeitsgrundsatz, der in einer Situation der anfänglichen vorpositiven Unparteilichkeit (Urzustand) gewählt würde: «Each person has the same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all»⁶.

Wieder anders, aber ebenfalls in der kantischen Traditionslinie, formuliert HABERMAS auf diskurstheoretischer Basis die gegenseitig zu gewährenden Freiheitsrechte als erstes unter mehreren Gerechtigkeitsprinzipien in Rechtsform: «Grundrechte, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des Rechts auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten ergeben.»⁷

Die Vorpositivität von Freiheit und Gleichheit ist in der vernunftrechtlich geprägten Gegenwart der politischen Philosophie damit breit ausgewiesen. Auf je eigener Basis haben KANT, RAWLS und HABERMAS dargelegt, warum es einem Staat nicht freisteht, diese angeborenen Rechte anzuerkennen und positivrechtlich zu gewährleisten. Es gehört gewissermassen zu den vornehmsten und dringlichsten Pflichten eines Gemeinwesens, die angeborenen Rechte der Menschen zu garantieren.

³ KANT, KpV, S. 54.

⁴ KANT, MdS, RL AB 33.

⁵ KANT, MdS, RL AB 45 ff.

⁶ RAWLS, Justice as Fairness, S. 42; inhaltsgleich bereits 30 Jahre früher DERS., Theory of Justice, S. 60: «[E]ach person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others.»

⁷ HABERMAS, S. 155.

Für die Frage nach Unternehmensgrundrechten ist bemerkenswert, dass sich die Begründungen nicht auf künstliche Gebilde übertragen lassen, sondern strikt mit dem Menschsein verbunden sind. So spricht KANT ausdrücklich von «angeborener» Freiheit, RAWLS lässt im Urzustand Parteien agieren, die zwar hinter einem Schleier des Nichtswissens ihre eigene Identität ignorieren sollen,⁸ die aber gleichwohl Menschen sind und die Umstände des Menschseins auch kennen. HABERMAS stützt sich schliesslich auf «alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen»⁹ – mithin auch Menschen und nicht künstliche Entitäten.

B. Vorpositivität des Eigentums nach LOCKE

Kein frühneuzeitlicher Philosoph ist öfter als «Entdecker» der Vorpositivität der Grundrechte und Vater des Liberalismus gewürdigt worden als JOHN LOCKE. Das liegt weniger am philosophischen Gehalt seines sozialvertraglichen Schlüsselwerks «Two Treatises of Government», sondern an zwei Umständen, die eher verfassungsgeschichtlicher Natur sind.

1. «Life, Liberty and Estate» in der amerikanischen Revolution

Zunächst erhielt das Locke'sche Werk für mehr als ein halbes Jahrhundert praktisch keine Aufmerksamkeit. Im Jahr 1773 kam dann allerdings ein Neudruck im amerikanischen Boston auf den Markt, der mit den darin verbreiteten Ideen genau zur vorrevolutionären Stimmung in den britischen Kolonien passte. LOCKE betont die angeborenen Freiheitsrechte der Menschen und erkennt dem Volk ein Recht auf Revolution zu, wenn eine Regierung diese Individualrechte missachtet. In seiner Sozialvertragskonstruktion heisst es: «Man being born, as has been proved, with a Title to perfect Freedom [and to] his Life, Liberty and Estate»¹⁰.

Das Locke'sche Gedankengut findet sich prominent wiedergegeben in zwei Sätzen der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776: «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. – [...] That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it». Das Geborensein des Menschen mit unveräusserlichen Rechten ist die philosophische Einsicht, die zunächst in der amerikanischen Revolution und dann auch in Europa Bahn greift. Sie hat bis heute unser Grundrechtsverständnis geprägt. Wir denken Freiheit und Gleichheit nicht wie zivilrechtliche Ansprüche, die weitgehend im Belieben der rechtlichen Gestaltung stehen, sondern wir geben ihnen durch Anerkennung

⁸ RAWLS, *Theory of Justice*, S. 136 ff.

⁹ HABERMAS, S. 138.

¹⁰ LOCKE, § 87.

von Vorpositivität eine Unverzichtbarkeit, hinter die selbst die verfassungsgebende Gewalt nicht ohne Verlust der Legitimation zurückfallen darf.

Bezeichnenderweise haben wir bei LOCKE, wie schon oben bei der kantischen Traditionslinie, eine spezifisch anthropozentrische Begründung der Grundrechte. Sie gehören zum Menschen, weil er mit ihnen «geboren» ist. Dadurch heben sie sich deutlich ab von den juristischen Fiktionen, die erst durch die Rechtsordnung möglich und praktisch werden. Eine juristische Person ist nicht geboren; ein Unternehmen hat keine vorpositiven Rechtsansprüche.

2. LOCKES Arbeitstheorie des Eigentums

Der zweite Umstand, der zur zentralen Stellung von LOCKE in der sich entwickelnden Verfassungsstaatlichkeit beigetragen hat, ist seine Vorstellung von der Vorpositivität des Eigentumsrechts. Diese Vorstellung ist gleich doppelt bedeutsam für das vorliegende Thema, denn einerseits sind es vor allem Betriebskapital, Investitionen und andere Eigentumspositionen, um deren rechtliche Verteidigung es Unternehmen in der Praxis geht. Und andererseits ist das Eigentum eigentlich ein typisch menschengemachtes Instrument, also auf den ersten Blick gerade nicht mit einem vorpositiven Bestand analog zu Freiheit und Gleichheit ausgestattet. Eigentum ist, was im Zivilrecht als solches qualifiziert wird.

LOCKE entgegnet dem, dass Eigentum einen essentialistischen Gehalt hat, der mit dem Wesen des Menschen verbunden ist. Sein Argumentationsgang zur «Arbeitstheorie» des Eigentums ist von bestechender Einfachheit:¹¹ Jeder Mensch hat mindestens das Eigentum an seiner eigenen Person. Niemand kann ihm dieses streitig machen. Damit aber erweist sich auch die Arbeit des menschlichen Körpers, das Werk seiner Hände, als etwas, das zur Person gehört. So wird originärer Eigentumserwerb schon vorpositiv möglich: der Hirsch, der vom Jäger erlegt wird, die Äpfel, die der Sammler pflückt, die Ernte, die der Bauer einbringt, alles dies sind Gegenstände, die mit der eigenen Arbeit vermischt wurden. Niemand ausser demjenigen, der die Arbeit als Teil seines Körpers investiert hat, kann ein Recht an der Sache geltend machen. Dieser originäre legitime Eigentumserwerb gilt nach der Locke'schen Provisio jedenfalls so lange, wie für andere noch genug und ebenso Gutes übrig ist.

Nun sind die Zeiten, in denen unverteilte natürliche Ressourcen, insbesondere ungenutztes herrenloses Land, im Überfluss für alle bereit stehen, längst vorüber. Heute ist nicht der *originäre* Erwerb durch aneignende Arbeitsleistung der Normalfall, sondern der *derivative* Erwerb von einem idealiter legitimen Vorbesitzer. Das ändert aber an der philosophischen Bedeutung der Arbeitstheorie nichts. Indem ein ursprünglicher Erwerb als vorpositiv legitimes Eigentum ausgewiesen wird, stehen auch alle späteren Ableitungen im Lichte dieser ursprünglichen Legitimation. Und das entscheidende ist auch hier: Die Vorpositivität des

¹¹ LOCKE, § 27 ff.

Rechts ist durch den Menschen als einem natürlichen Wesen begründet, nicht durch eine körperlose Entität.

C. Fazit zur menschenrechtlichen Basis

Sämtliche Argumentationspfade zur menschenrechtlichen Basis des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes führen auf den Menschen als Naturwesen zurück. Die Vorpositivität der Grundrechte knüpft an das Menschsein an. Ihre Sonderstellung im Vergleich zu sonstigen, nur vom positiven Recht gestützten Ansprüchen, erhalten die Grundrechte gerade dadurch, dass Menschen bereits als Freie und Gleiche geboren sind. Grundrechte werden durch den Staat nicht gönnerhaft «gewährt», sondern müssen, soweit sich ein vorpositiver Bestand nachweisen lässt, durch das positive Recht zwangsläufig «gewährleistet» werden. Das aber bedeutet: für Unternehmen gibt es eine solche vorpositiv begründbare Gewährleistungspflicht nicht. Wenn Unternehmen mit Grundrechten ausgestattet werden, dann muss dies auf einem anderen Geltungsgrund beruhen. Jedenfalls im Ansatz wird man davon ausgehen müssen, dass die Gewährung von Grundrechten für Unternehmen nur optional ist – es sei denn, es liesse sich ein anderer, ähnlich zwingender Grund finden wie die Etablierung als vorpositive menschenrechtliche Garantie.

III. Die schweizerische Praxis der Grundrechte für Unternehmen

A. Grundrechte mit anerkannter Unternehmensgeltung

Welche Grundrechte für Unternehmen sind nach ständiger Rechtsprechung und weitgehend unumstrittener Lehre durch die Bundesverfassung gewährt?¹² Dazu gehören unter den gleichheitsorientierten Garantien zunächst das allgemeine Gleichheitsrecht (Art. 8 Abs. 1 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV) und der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV). Beim Vertraulichkeitsschutz sind es das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 13 Abs. 1 BV), das Datenschutzrecht (Art. 13 Abs. 2 BV) und die «Wohnung» (Art. 13 Abs. 1 BV), die bei Unternehmen in den Geschäftsräumen bestehen soll. Bei der Kommunikation sind es die Medienfreiheit (Art. 17 BV), die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) und die Informationsfreiheit (Art. 16 BV), wobei allerdings Äusserungen zu Werbezwecke der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zugeordnet werden. Die Spezialgrundrechte der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) und Kunstfreiheit (Art. 21 BV) sind für Unternehmen anerkannt, die in der Forschung (Pharmafirmen) oder Kunst (Konzertveranstalter, Galerien)

¹² Ausführlich hierzu BALDEGGER, S. 227 ff.

ihr Geschäft machen. In wirtschaftlich-materieller Hinsicht stehen den Unternehmen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) zu. Schliesslich können sich Unternehmen auf praktisch alle grundrechtlich gewährleisteten Verfahrensgarantien berufen: den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV), das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), die Garantien im Strafverfahren (Art. 32 BV) und das Petitionsrecht (Art. 33 BV). Bereits diese Liste der unumstritten geltenden Unternehmensgrundrechte zeigt, dass praktisch in allen Sachgebieten, in denen sachlich überhaupt ein unternehmerisches Interesse am Grundrechtsschutz in Betracht kommt, dieses auch anerkannt wird.

B. Grundrechte mit verneinter Unternehmensgeltung

In die Liste der nicht auf Unternehmen anwendbaren Grundrechte gehören zunächst die integritätsbezogenen Rechte wie die Menschenwürde (Art. 7 BV), die Nothilfe (Art. 12 BV), das Folter- und Misshandlungsverbot (Art. 10 Abs. 3 BV), das Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV), die körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die geistige Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und die Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Nicht auf Unternehmen übertragen werden weiter die im engeren Sinn personenbezogenen Rechte: der Kinderschutz- und Kinderförderungsanspruch (Art. 11 Abs. 1 BV), der ausreichende Grundschulunterricht (Art. 19 BV), das Recht auf Ehe (Art. 14 BV) und auf Familie (Art. 14 BV), das Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV), das Privatleben (Art. 13 Abs. 1 BV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV). Schliesslich sind auch die Grundrechte über personenbezogene Sanktionen nicht übertragbar: der Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung (Art. 25 BV), die unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), der unentgeltliche Rechtsbeistand (Art. 29 Abs. 3 BV) und die Garantien gegen den Freiheitsentzug (Art. 31 BV).

C. Beliebigkeit der Abgrenzung

Hier fällt bereits auf, dass die Praxis eine gewisse Beliebigkeit hat. Wenn man die Geschäftsräume eines Unternehmens hinsichtlich des Vertraulichkeitsschutzes als «Wohnung» (Art. 13 Abs. 1 BV) einordnet, warum soll man dann nicht gegen die Zwangsauflösung einer Aktiengesellschaft, durch die immerhin eine juristische Person unwiderruflich vernichtet wird, das Grundrecht auf «Leben» (Art. 10 Abs. 1 BV) geltend machen können? Vielleicht könnte man sogar eine Konzernfamilie als «Familie» (Art. 14 BV) und deren unternehmerische Tätigkeit als «Familienleben» (Art. 13 Abs. 1 BV) ansehen? Jedenfalls denklogisch sind solche Vermenschlichungen keine zwingenden Grenzen gesetzt.¹³ Um-

¹³ Zur Zuschreibung höchstpersönlicher Eigenschaften vgl. auch BALDEGGER, S. 735 ff.

gekehrt fragt sich, warum ein Pharmaunternehmen für seine Forschung die Wissenschaftsfreiheit beanspruchen darf, aber eine Werbebroschüre desselben Unternehmens nicht unter die Medienfreiheit (Art. 17 BV) fallen soll, sondern unter das unternehmerische Auffanggrundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)?

Angesichts dieser inhaltlichen Ungewissheit, ist es nicht verwunderlich, dass das Bundesgericht die Frage der Grundrechtsberechtigung von Unternehmen gelegentlich offen lässt. So hat es bei einem Verbot nicht-rätoromanischsprachiger Reklameschilder die Anwendung der Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) auf Unternehmen für «denkbar» erklärt,¹⁴ konnte die Frage aber offen lassen, weil nur eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit und des Willkürverbots gerügt war. Auch bei Rufschädigung, gegen die sich nach alter Bundesverfassung auch Unternehmen grundrechtlich wehren konnten, ist heute unklar, ob in dieser Hinsicht eine persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) auch für Unternehmen besteht.

Als Ausdruck der Ratlosigkeit wird bei etlichen Grundrechten auf eine Sonderbehandlung der ideellen Vereinigungen ausgewichen, insbesondere bei Vereinen und anderen Organisationen der Zivilgesellschaft. Wo man sich nicht sicher ist, möchte man jedenfalls für diese nichtgewerblichen Engagements eine Parallele zum Grundrechtsschutz für Menschen erreichen. Das gilt – soweit ideelle Vereine die Interessen natürlichen Personen vertreten – für die Diskriminierungsverbote (Art. 8 Abs. 2 BV), insbesondere die Geschlechtergleichstellung (Art. 8 Abs. 3 BV) und das Verbot der Behindertendiskriminierung (Art. 8 Abs. 4 BV), für die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV), die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) und die politischen Rechte (Art. 34 BV). Diese Praxis wirkt allerdings beliebig. Ein überzeugendes Kriterium für die Abgrenzung ist dabei nirgends erkennbar.

D. Variantenreichtum im Verfassungsvergleich

Gerade beim Grundrechtsschutz von Menschen hat sich international eine starke Standardisierung ergeben. Neuere Verfassungen verfügen über sehr ähnliche Grundrechtskataloge und die Grundrechtecharta der Europäischen Union setzt diesen Vereinheitlichungstrend fort. Jedenfalls in Kontinentaleuropa ist es heute ganz üblich, den grundsätzlichen Bestand eines Grundrechts für natürliche Personen sehr weit zu verstehen. Während in der Abwägung und im Ergebnis bei einzelnen Fallgruppen durchaus noch Differenzen bestehen, ist auf Ebene des Schutzbereichs die Angleichung sehr weit fortgeschritten. Die für Verfassungskonkretisierung zuständigen Gerichte schreiben geradezu voneinander ab. So hat die «Entdeckung» des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zu dessen breiter Anerkennung in den Verfassungen Europas und der Welt geführt.

¹⁴ BGE 116 Ia 345 E. 2 S. 346 f. – Bar Amici.

Beim Grundrechtsschutz von Unternehmen besteht eine solche Einheitlichkeit nicht. So sind die Diskriminierungsverbote (Art. 8 Abs. 2 BV) in der Schweiz den natürlichen Personen vorbehalten,¹⁵ wohingegen sie in Deutschland im Prinzip auch auf Unternehmen angewendet werden.¹⁶ In der Schweiz umfasst die Freiheit der Person im Grundtatbestand nur die «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung»¹⁷, die bei Unternehmen mangels «Persönlichkeit» nicht in Betracht kommen. Demgegenüber richtet sich das Parallelgrundrecht des deutschen Grundgesetzes umfassend auf eine allgemeine Handlungsfreiheit. Es steht auch Unternehmen frei, sich darauf zu berufen.¹⁸ Generell zeigt sich an dieser Vielfalt der Lösungen, dass sich die Frage des Grundrechtsschutzes bei Unternehmen weniger leicht entscheiden lässt als bei natürlichen Personen.

IV. Die diskutierten Abgrenzungskriterien

A. Die Durchgriffstheorie: Schutz des «personalen Substrats»

Fragt man nach dem entscheidenden Kriterium, mit dem über Grundrechte für Unternehmen entschieden werden kann, dann gibt es zwei Ansätze aus der deutschen Grundrechtsdogmatik, die sich in der Schweiz rezipiert finden. Für MÜLLER und BALDEGGER ist der «Idee eines personalen Substrats als Voraussetzung jeder Anwendung von Grundrechten»¹⁹ beizupflichten. Jede Konkretisierung von Grundrechten müsse auf deren primäres Ziel abstellen, nämlich auf den Schutz von Würde und Entfaltungsfreiheit konkreter Menschen.²⁰ Dieses als «Durchgriffstheorie» massgeblich von der deutschen Grundrechtsdogmatik und vom deutschen Bundesverfassungsgericht entwickelte Kriterium schliesst im Ergebnis die «entmenslichten» Unternehmen, insbesondere börsennotierte Aktiengesellschaften mit einer faktischen Anonymisierung, die durch die grosse Zahl und hohe Fluktuation der Anteilseigner entsteht, vom Grundrechtsschutz aus. Sie werden dadurch zwar nicht rechtlos gestellt, aber der Rechtsschutz ist für sie kein Verfassungsschutz durch elementare Grundrechte.²¹ Soweit Unternehmen danach überhaupt durch Grundrechte geschützt sind, haben sie im Grunde genommen nur einen «abgeleiteten Schutz»²², wodurch sich das Recht auf die ursprüngliche Zielrichtung der Grundrechte zurückbesinnt, nämlich auf den Schutz konkreter natürlicher Personen.

¹⁵ WALDMANN, BSK BV, Art. 8 N 54.

¹⁶ KAUFHOLD, Dreier-GGK, Art. 19 III N 104.

¹⁷ BGE 127 I 6 E. 8 S. 25 f. – Basler Zwangsmedikation.

¹⁸ KAUFHOLD, Dreier-GGK, Art. 19 III N 102; ebenso bereits DREIER, Dreier-GGK, Art. 19 III N 37.

¹⁹ MÜLLER/BALDEGGER, S. 571.

²⁰ MÜLLER/BALDEGGER, S. 572.

²¹ MÜLLER/BALDEGGER, S. 572.

²² DREIER, Dreier-GGK, Art. 19 III N 32.

Was kann die Durchgriffstheorie erklären? Zunächst passt sie sehr gut zu der Sonderbehandlung für ideelle Vereinigungen. Wenn ein Verein sich für die Anliegen seiner Mitglieder oder für einen sonst gemeinnützigen Zweck engagiert, dann stehen die Menschen, etwa Behinderte, die vor Diskriminierung geschützt werden sollen, sichtbar und identifizierbar direkt hinter der Fassade der Vereinsstruktur. Ein Grundrechtsschutz für den Verein ist gleichzeitig und direkt auch ein Grundrechtsschutz für die Menschen im Verein. Der Schutzzweck des Grundrechts ist Vereinszweck. Demgegenüber dienen Unternehmen nicht ideellen Zielen, sondern sind gewinnorientierte Organisationen, die das Eigentum ihrer Anteilseigner mehren wollen. Das rechtfertigt eine Anwendung der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), aber die Anwendung aller anderen Grundrechte ist zumindest fragwürdig.

Was die Durchgriffstheorie allerdings nicht erklären kann, ist die bisherige Praxis. Das fängt schon damit an, dass es auch Vereinigungen gibt, die nicht mitgliedschaftlich organisiert sind, aber doch Rechtspersönlichkeit geniessen. Eine Stiftung hat einen Zweck, häufig auch einen ideellen, aber keine konkret als Mitglieder hinter ihr stehenden Menschen. Es ist darum unmöglich, für solche juristischen Personen in gleichem Sinne ein «personales Substrat» zu fordern, wie bei Vereinen. Die Durchgriffstheorie kann nicht erklären, warum ideelle Stiftungen Grundrechte haben sollen. Vor allem aber würde die konsequente und strenge Anwendung des Durchgriffskriteriums dazu führen, dass Unternehmen von den vielen, bisher auf sie angewendeten Grundrechten, eigentlich nur noch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) beanspruchen dürften. Insoweit ist die Unternehmensaktivität als Ausdruck der Entfaltungsfreiheit konkreter Menschen anzusehen. Im Übrigen aber nicht.

B. Die Theorie der «grundrechtstypischen Gefährdungslage»

Der zweite in der Schweiz rezipierte Theorieansatz stützt sich auf das Kriterium der «grundrechtstypischen Gefährdungslage»²³. Das Typische an einer solchen Gefährdungslage ist die Gegenüberstellung zu einem Hoheitsträger, der die Freiheit durch regulierende Eingriffe beschränkt. Auch ein Unternehmen kann solchen Freiheitsbeschränkungen ausgeliefert sein. Es ist, wie GIACOMETTI schon früh betont hat, «Objekt des staatlichen Imperiums»²⁴. Insbesondere bei gewerblicher Aktivität hängt der Erfolg des Handelns von den Gestaltungsspielräumen der Gewerbetreibenden ab. In einem überregulierten Marktsegment kann ein wirtschaftlicher Erfolg illusorisch werden, so dass sich die Regulierung faktisch wie ein Gewerbeverbot darstellt. Ob die gewerbliche Tätigkeit dabei von einer natürlichen Person oder von einem Unternehmen ausgeübt wird, spielt für dieses Abhängigkeitsverhältnis von staatlicher Regulierung keine Rolle. In solchen Konstellationen kann

²³ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 134 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 60.

²⁴ GIACOMETTI, S. 160 f.

man eine grundrechtstypische Gefährdungslage bejahen und nach diesem Kriterium dem Unternehmen die Grundrechtsberechtigung zusprechen.

Was kann diese Theorie erklären? Zunächst überwindet sie eine zentrale Schwäche der Durchgriffstheorie, weil sie nicht Mitglieder voraussetzt, die als eigentliche Träger der Grundrechtsberechtigung hinter der Fassade der juristischen Person geschützt werden. Auch die Bevorzugung ideeller Vereinigungen gegenüber Unternehmen kann mit der grundrechtstypischen Gefährdungslage erklärt werden, denn die ideelle Tätigkeit entspricht dem für natürliche Personen geschützten ideellen Gehalt: die Kunstförderung durch einen Galerieverein entspricht der Kunstgestaltung durch Künstlerinnen und Künstler. Bei Unternehmen beschränkt sich die Parallele hingegen auf Eigentumsschutz und Wirtschaftsfreiheit.

Was kann auch das Kriterium der grundrechtstypischen Gefährdungslage nicht erklären? Hier sind vor allem die bleibenden Unterschiede für die gewerblichen Akteure zu nennen. Das Unternehmen mag auf ähnliche Weise von staatlicher Regulierung berührt sein wie ein einzelner Unternehmer als natürliche Person. Aber die Intensität der Beeinträchtigung kann sich stark unterscheiden. Wenn einem Menschen durch Berufsregulierung die Existenzgrundlage entzogen wird, so gerät er nicht nur materiell in Not, sondern es wird ihm auch die ideelle Komponente der Selbstverwirklichung im Beruf genommen. Ein Unternehmen geht im schlimmsten Fall in die Liquidation. Ein Mensch verliert unter Umständen sein Lebenswerk. Solche Intensitätsunterschiede sind bisher ein blinder Fleck in der Theorie. Das macht das Kriterium zwar nicht falsch, aber seine Anwendung muss mit einem Vorbehalt erfolgen. Soweit sich ein Unternehmen in einer «grundrechtstypischen Gefährdungslage» befindet, steht ihm lediglich *prima facie* der gleiche grundrechtliche Schutz zu wie einer natürlichen Person. Gerade wenn in einem mehrpoligen Grundrechtsverhältnis die Grundrechte eines Unternehmens den Grundrechten natürlicher Personen gegenüberstehen, ist dieser Vorbehalt praktisch bedeutsam. Er wirkt sich allerdings nicht beim persönlichen Schutzbereich, sondern in der Abwägung aus.

V. Die positivrechtliche Basis des Grundrechtsschutzes für Unternehmen

A. Formell-systemische Gleichbehandlung im Rechtsschutzverfahren

Die Untersuchung zur menschenrechtlichen Basis des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes hat gezeigt, dass die Vorpositivität der Grundrechte nur für Menschen als Naturwesen begründet werden kann. Für Unternehmen gibt es eine solche vorpositiv begründbare Gewährleistungspflicht nicht. Statt dessen sind Grundrechte für Unternehmen schon immer auf eine positivrechtliche Basis gestützt worden. Der Ausgangspunkt war dabei ein zivilrechtlicher. Indem die juristischen Personen im Privatrecht als selbständige

Träger von Rechten und Pflichten anerkannt wurden, müsse, so GIACOMETTI, die «Verhältnisordnung zwischen Staat und Individuum [...] auch für die Geltung haben.»²⁵ Was er damit gemäss dem Kontext – der Parteifähigkeit im Verfahren – meint, ist die Anwendung der verfassungsmässigen Rechte über den Rechtsschutz. Unternehmen müssen, wenn sie selbständig Rechte innehaben können, auch die Parteifähigkeit bei der Verteidigung dieser Rechte haben.

GIACOMETTI unterscheidet klugerweise zwischen der formellen Verfassungsrechtsfähigkeit (der verfassungsgerichtlichen Parteifähigkeit) und dem konkreten Inhalt der verfassungsmässigen Rechte (der Grundrechtsberechtigung).²⁶ Letztere will er entsprechend der «Natur» oder nach dem «Wesen» des jeweiligen Rechts auf Unternehmen übertragen.²⁷ Die von ihm dazu präsentierte Liste ist allerdings noch ekklektischer als die oben erwähnte heutige Praxis. Statt dessen wird man richtigerweise fragen müssen, welche Grundrechtsberechtigung *zwingend* aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit als dem ersten entscheidenden Schritt folgen muss. Diese Begründungsweise ist nicht materiell, sondern formell-systemisch. Es geht gar nicht direkt um materielle Grundrechtsgehalte, sondern im Zentrum steht die Rechtsstaatlichkeit. Wenn die Rechtsfähigkeit eines Unternehmens anerkannt ist, ihm also die eigene Inhaberschaft an Rechten positivrechtlich gewährleistet wurde, dann wäre es unabhängig vom Inhalt ein Verstoß gegen die Grundsätze des Rechtsschutzes, wenn man dem Unternehmen nicht auch die Verteidigung seiner Rechte zuspräche. Es wäre «geradezu willkürlich [...] gewisse Grundrechte den juristischen Personen zu verweigern»²⁸.

Bei dieser Argumentation geht es also gar nicht um die Inhalte der Berechtigung, sondern um die Form des Rechtsschutzes. Der wirksame Rechtsschutz liegt nicht nur im Interesse der Beteiligten, also der Unternehmen und anderer Verfahrensbeteiligter, sondern er liegt auch im öffentlichen Interesse des Staates an einer widerspruchsfreien Rechtsordnung. Insofern kann man von einer formellen und systemischen Basis des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes sprechen.

Welche Grundrechte von Unternehmen lassen sich in dieser Weise formell-systemisch begründen? Es sind die Verfahrensrechte und die verfahrensrechtliche Gleichbehandlung. Wann immer eine solche Verfahrensgarantie nicht nur über das gesetzliche Verfahrensrecht, sondern zusätzlich auf Verfassungsebene als Grundrecht oder sonstiges verfassungsmässiges Recht garantiert wird, steht dieses Recht auch Unternehmen zu. Diese positivrechtliche Begründung führt nicht dazu, dass Unternehmen einen Anspruch auf bestimmte inhaltliche Grundrechte haben. Sie garantiert ihnen aber – als Reflex des öffentlichen Interesses an Rechtsstaatlichkeit – die Gleichbehandlung als Parteien im Verfahren. Gegen die willkürliche Ungleichbehandlung beim Rechtsschutz können Unternehmen zwar kein

²⁵ GIACOMETTI, S. 161.

²⁶ GIACOMETTI, S. 164.

²⁷ GIACOMETTI, S. 164.

²⁸ HANGARTNER, S. 38, unter Bezugnahme auf Art. 4 aBV: Rechtsgleichheit und Willkürverbot, sowie auf Art. 58 Abs. 1 aBV: Recht auf den gesetzlichen Richter.

«Naturrecht» geltend machen, aber der Staat ist aus dem Gebot systemischer Einheit verpflichtet, eine solche Verletzung der Rechtsstaatlichkeit nicht zu dulden.

B. Materielle Gleichbehandlung kraft grundrechtstypischer Gefährdungslage

Nach dem Gesagten wäre es zulässig und systemisch konsistent, den Unternehmen alle Grundrechte ausser den erwähnten Verfahrensrechten abzusprechen. Ein Staat, der das tut, würde nicht gegen vernunftrechtliche Grundsätze verstossen. Mit den Worten von MÜLLER und BALDEGGER: «Die juristischen Personen erhalten in einem Rechtsstaat selbstverständlich den Rechtsschutz, wie ihn [...] Gesetz und Rechtsprechung vorsehen, aber dies muss nicht unbedingt der Verfassungsschutz durch elementare Grundrechte sein.»²⁹ Um es auf eine einfache Formel zu bringen: Grundrechte für Unternehmen sind optional, nicht obligatorisch.

Einem demokratischen Verfassungsstaat steht es indes frei, bestimmte Grundrechte auch ohne vorpositive oder systemische Verpflichtung für Unternehmen zu öffnen. Immerhin sind alle Privatrechtssubjekte, Menschen wie Unternehmen, in den Worten GIACOMETTI «Opfer des staatlichen Imperiums»³⁰. Mit dieser Formulierung nimmt der schweizerische Staatsrechtler den Gedanken vorweg, der später in Deutschland in der erwähnten Theorie der grundrechtstypischen Gefährdungslage seinen Ausdruck gefunden hat.

Die Entscheidung zugunsten von Grundrechten für Unternehmen hat die Schweiz durch eine lange Tradition der Grundrechtskonkretisierung getroffen. Schon unter den Eingangsentscheiden des ersten Bandes hat das Bundesgericht der Aktiengesellschaft Regina Montium eine selbständige Berufung auf das Doppelbesteuerungsverbot zugestanden.³¹ Die Argumentation war dabei ganz pragmatisch: Ohne die Legitimation des Unternehmens hätten dessen Anteilseigner einzeln Rekurs erheben müssen, was umständlich und mit Blick auf die Wohnsitzbesteuerung aufwändig gewesen wäre. Schon früh hat das Bundesgericht auch Stiftungen, obwohl diese mangels Mitgliedschaft nicht über ein «personales Substrat» verfügen, verfassungsmässige Rechte zugesprochen.³² Speziell für die Verfahrensrechte (richtige Besetzung des Obergerichts) hat das Bundesgericht auch Genossenschaften früh als eigenständige Rekurspartei anerkannt.³³ Insgesamt entwickelt sich daraus eine lange Rechtsprechungskontinuität, die zur heutigen breiten Anerkennung von materiellen Grundrechten für Unternehmen geführt hat.³⁴

²⁹ MÜLLER/BALDEGGER, S. 572.

³⁰ GIACOMETTI, S. 160 f.

³¹ BGE 1, 13 E. 4 S. 18 – Regina Montium.

³² BGE 1, 356 E. 2 S. 364 – Stiftungsgut Stipendienfonds.

³³ BGE 31 I 569 E. 1 f. S. 571 f. – Versammlung Alpengenossenschaft.

³⁴ Weitere Beispiele bei GIACOMETTI, S. 161; MÜLLER/BALDEGGER, S. 562 f.

C. Relativierung des Grundrechtsschutzes von Unternehmen durch Rückbesinnung auf menschenrechtliche Grundlagen

Indem die schweizerische Rechtsordnung freiwillig und umfassend die Grundrechte für Unternehmen anerkannt hat, geht leicht vergessen, dass die wachsende Machtposition von unpersönlichen Marktsubjekten eine politische und rechtliche Sprengkraft erzeugt.³⁵ Unternehmen sind die zentralen Akteure nicht nur des Wirtschaftslebens, sondern auch des politischen Lobbyismus. In ihrer Verantwortlichkeit sind sie unpersönlich auf das eingesetzte Kapital beschränkt, doch in ihrer Berechtigung beanspruchen sie, wie Menschen berücksichtigt zu werden. Die «sozialen Risiken und gesellschaftlichen Gefährdungen dieser Rechtsfigur»³⁶ sind nach wie vor nicht genügend untersucht.

Statt allerdings die Lösung im Alles-oder-nichts des persönlichen Schutzbereichs zu suchen, was – wie gezeigt – ohnehin eine gewisse Beliebigkeit hat, wird hier empfohlen, die Grundrechte für Unternehmen als Berechtigung *prima facie* zu verstehen. Nur so weit, wie grundrechtliche Schutzgüter materiell bei Unternehmen und Menschen gleiches Gewicht haben, verdienen sie in der Abwägung mit gegenläufigen öffentlichen Interessen oder Grundrechten Dritter eine Berücksichtigung mit gleicher Intensität wie bei Menschen. Häufig ist das nicht der Fall. So wird es einem Unternehmen eher zumutbar sein, den geschäftlich genutzten Grund und Boden als Aufmarschfläche für eine Demonstration zur Verfügung zu stellen, als einer natürlichen Person, wenn diese ihren privaten Rasen dafür opfern soll. Der individuelle Ehrenschatz von Menschen ist ungleich gewichtiger als das Ansehen von Unternehmen.³⁷ Und ein angestammter Beruf ist für den individuellen Berufstätigen neben der Einkommensquelle auch ein Ort der Selbstverwirklichung. Dieses Gewicht kann eine anonyme Rechtsform wie die juristische Person nicht entwickeln.

VI. Fazit

Die Frage nach Grundrechten für Unternehmen hat gezeigt, dass die unterschiedlichen Ansätze zur Begründung der Vorpositivität von Grundrechten nur für Menschen gelten. Grundrechte für Unternehmen können sich nicht auf vorpositive Geltung stützen. Statt dessen lassen sie sich allenfalls formell-systemisch fundieren. Wenn der Staat eine juristische Person als eigenständigen Rechtsträger anerkennt, dann wäre es eine Verletzung der Rechtsstaatlichkeit, dieser Berechtigung die willkürfreie Gleichbehandlung beim Schutz derselben Rechte zu versagen. Das ist ein systemisches Argument mit dem öffentlichen In-

³⁵ MÜLLER/BALDEGGER, S. 555.

³⁶ MÜLLER/BALDEGGER, S. 555.

³⁷ Vgl. dazu BALDEGGER, S. 425 f.

teresse an Rechtsstaatlichkeit, nicht ein materielles Argument zur Natur der Unternehmen. Danach wäre es sogar zulässig, den Unternehmen alle Grundrechte ausser den Verfahrensrechten abzusprechen. Wenn die schweizerische Grundrechtskonkretisierung gleichwohl die Option nutzt, Unternehmen «freiwillig» über das gebotene Mindestmass hinaus Grundrechte zuzusprechen, so darf dabei die inhaltliche Differenz zwischen Unternehmen und Menschen nicht verloren gehen. Der richtig Ort, hier nach dem Gehalt der Grundrechte zu differenzieren, ist allerdings die Abwägung, nicht der persönliche Schutzbereich.

VII. Literaturverzeichnis

- BALDEGGER MIRJAM, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, Berlin 2017
- DREIER HORST, Kommentar zu Art. 19 III, in: Ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III (zit. DREIER, Dreier-GGK, Art. 19 III N ...)
- GIACOMETTI ZACCARIA, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1933
- HABERMAS JÜRGEN, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Berlin 1992
- HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band: Grundrechte, Zürich 1982
- KANT IMMANUEL, Kritik der praktischen Vernunft (KpV), 1788 (zit. KANT, KpV nach der Weischedel-Ausgabe mit den Seitenzahlen der Originalausgabe)
- KANT IMMANUEL, Die Metaphysik der Sitten (RL Rechtslehre, TL Tugendlehre), 1. Aufl. 1797 (A), 2. Auflage 1798 (B) (zit. KANT, MdS RL bzw. TL nach der Weischedel-Ausgabe mit Seitenzahlen der Originalausgaben)
- KAUFHOLD ANN-KATRIN, Kommentar zu Art. 19 III, in: Brosius-Gersdorf Frauke (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, 4. Aufl. 2023 (zit. KAUFHOLD, Dreier-GGK, Art. 19 III N ...)
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018
- LOCKE JOHN, Two Treatises of Government, 1689
- MÜLLER JÖRG PAUL/BALDEGGER MIRJAM, Grundrechte juristischer Personen, in: Bucher Eugen et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern/München 2005, S. 551 ff.
- RAWLS JOHN, A Theory of Justice, USA 1971 (zit. RAWLS, Theory of Justice)
- RAWLS JOHN, Justice as Fairness: A Restatement, USA 2001 (zit. RAWLS, Justice as Fairness)
- TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS/SPRECHER FRANZISKA, Öffentliches Recht, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019
- WALDMANN BERNHARD, Kommentar zu Art. 8, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. WALDMANN, BSK BV, Art. 8 N ...)

Grundrechtskollisionen auf Social Media

Die Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Horizontalwirkung der Grundrechte

*Martin Dumermuth**

Inhaltsverzeichnis

I.	Wandel der Öffentlichkeit durch Plattformisierung	130
II.	Die Normativität des Plattformdesigns	131
A.	«Code is Law»	131
B.	Algorithmen	132
1.	Die Funktion der Algorithmen	132
2.	Algorithmen sind nicht neutral	134
C.	«Private Governance»	135
III.	Das Verhältnis zwischen den Informationsintermediären und den Nutzerinnen und Nutzern	137
A.	Privatautonomie: Social-Media-Vertrag	137
B.	Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	138
C.	AGB als Regulierungsrecht	138
IV.	Grundrechtsberechtigung von Informationsintermediären	140
V.	Grundrechtsbindung von Informationsintermediären	142
A.	Vorbemerkung	142
B.	Unmittelbare Horizontalwirkung?	143
C.	Mittelbare Horizontalwirkung	144
D.	Grundsätze der AGB-Kontrolle	146
E.	AGB-Inhaltskontrolle	147
1.	Grundsätze	147
2.	Anwendung der Grundsätze auf AGB von <i>Social Media</i>	148
a.	Vorbemerkungen	148
b.	Bedeutung für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben	148
c.	Unausweichlichkeit und Angewiesenheit	149
d.	Löschung von legalen Inhalten?	149
e.	Ausrichtung der Plattform	150
f.	Sperrung oder Kündigung von Konten	151
g.	Prozedurale Vorgaben	151
F.	Fazit	152
VI.	Ausblick	153
VII.	Literaturverzeichnis	154

* Titularprofessor und Lehrbeauftragter für das Recht der elektronischen Medien an der Universität Bern.

I. Wandel der Öffentlichkeit durch Plattformisierung

Die Medienlandschaft hat sich in den letzten Jahren grundlegend verändert. Lange dominierten publizistische Medien, die arbeitsteilig im Rahmen von auf Dauer gestellten Organisationen tätig sind. Die publizistische Leistung wird dabei durch eine professionelle Gruppe – Journalistinnen und Journalisten – erbracht, die in Anwendung von Berufsstandards – journalistischen Sorgfaltspflichten – arbeitet.¹ In der Ära der klassischen Massenmedien – Presse, Radio, Fernsehen – kam dem Journalismus eine sogenannte *Gatekeeper*-Position zu. Um in der Öffentlichkeit präsent zu sein und gehört zu werden, war der Weg über die Medien zwingend.²

Mit *Social Media* stehen neue Kanäle offen, welche die Monopolstellung der journalistischen Medien aufbrechen. Wer sich mit einer Botschaft an die Allgemeinheit richten will, ist nicht mehr auf die klassischen Medien angewiesen, sondern kann sich direkt über ein soziales Netzwerk an die Öffentlichkeit wenden.³ Dieses Phänomen wird etwa als *Disintermediation*⁴ oder *Desintermediation*⁵ bezeichnet.

Bei den neuen Akteuren handelt es sich um Plattformen, die auf zwei- oder mehrseitigen Märkten tätig sind und dabei Kundinnen- und Kundengruppen mit komplementären Bedürfnissen zusammenführen.⁶ Auch im Kommunikationsbereich sind zahlreiche Plattformen entstanden, die Menschen für die Kommunikation untereinander zusammenbringen und gleichzeitig zwischen diesen Personen und der Werbewirtschaft Kontakt herstellen. Solche Plattformen fungieren nicht als Inhaltenanbieter, sondern als Intermediäre, d.h. als «Informationen sammelnde, strukturierende, gewichtende und aggregierende Vermittlungsinfrastrukturen».⁷ Diese Plattformen gewinnen zunehmend an Einfluss und an gesellschaftlicher Macht. Sie prägen die gesellschaftliche Kommunikation und strukturieren die Öffentlichkeit. Diese Entwicklung wird etwa unter dem Begriff Plattformisierung zusammengefasst.⁸ Die Terminologie ist nicht einheitlich und oft wenig präzise. Plattformen mit kommunikativer Ausrichtung werden häufig auch als *Social Media*, soziale Netzwerke oder Informationsintermediäre bezeichnet.⁹

Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) hat im Jahre 2021 in einem Bericht «Intermediäre und Kommunikationsplattformen» positive und negative Potentiale der Plattfor-

¹ Siehe JARREN/FISCHER, S. 365 ff.

² NEUBERGER, Journalismus, S. 163.

³ LOOSEN/SCHOLL, S. 348; HENNEMANN/HELDT, S. 982.

⁴ NEUBERGER, Öffentlichkeit, S. 6.

⁵ BOSSHART/HOFSTETTER, S. 103.

⁶ PUPPIS, Medienpolitik, S. 26; JUST, S. 3 ff.; DOLATA, Plattform-Regulierung, S. 188 ff.

⁷ INGOLD, Filter, S. 60.

⁸ EISENEGGER, S. 22 ff.; JARREN/FISCHER, S. 372 ff.

⁹ Siehe HEIDTKE, S. 88 ff.

sierung analysiert. Auf der positiven Seite sieht das BAKOM Möglichkeiten zur Stärkung der Meinungsäusserungsfreiheit, Erleichterungen für die Teilnahme an öffentlicher Kommunikation und eine Vergrößerung der Vielfalt sichtbarer Informationen und Meinungen. Negativ zu Buche schlagen die Gefahren von Hassrede und Falschinformation sowie die Tendenz zu Quasi-Zensur und Intransparenz auf solchen Plattformen.¹⁰ Der letzte Punkt betrifft das Verhältnis zwischen den Informationsintermediären und den Nutzenden. Es stellen sich Fragen nach den Nutzerrechten sowie nach den Bedingungen, unter denen Plattformen von Dritten gepostete Inhalte löschen oder Nutzeraccounts sperren können. Diese Problemkreise sollen im Zentrum der folgenden Ausführungen stehen.

II. Die Normativität des Plattformdesigns

A. «Code is Law»

Die beschriebenen Entwicklungen gehen mit neuen Herausforderungen einher. Zu beachten ist zunächst, dass technologische Entwicklungen zwar offen sind für verschiedene Nutzungen, gleichzeitig aber auch bestimmte Verhaltensweisen favorisieren und andere gar ausschliessen.

In diesem Zusammenhang ist etwa von sogenannten *Affordanzen* die Rede. Gemeint sind Gebrauchsangebote,¹¹ die mit einem bestimmten technischen Artefakt verbunden sind, d.h. Ermöglichungen, aber auch Einschränkungen.¹² Diese sind nicht völlig technologie-determiniert, sondern sie ergeben sich aus einem Zusammenwirken zwischen technischem Design und aktiver Bestimmung der Handlungsoptionen durch die Nutzenden.¹³ Das Medium erzeugt so eine «eigentümliche Form sozialer Handlungslogik».¹⁴ Schon früh hat Lawrence Lessig darauf hingewiesen, dass die technische Architektur des Internets – der Code – kein Naturgesetz darstellt, sondern von Menschen gemacht ist und für menschliches Verhalten – ähnlich wie das Recht – handlungsleitend ist:¹⁵ «In cyberspace we must understand how code regulates – how the software and hardware that make cyberspace what it is regulate cyberspace as it is. As William Mitchell puts it, this code is cyberspace's «law». Code is law.»¹⁶

¹⁰ Siehe die Zusammenfassung in BAKOM, S. 2 ff.

¹¹ KNORR, S. 15 f.

¹² GRABER, S. 123.

¹³ ZILLIEN, S. 176 f.; siehe auch EISENEGGER, S. 27.

¹⁴ WIELSCH, Ordnungen, S. 61.

¹⁵ Zur handlungsleitenden Wirkung von Technik siehe auch ROSSNAGEL, S. 222 ff.

¹⁶ LESSIG, Code, S. 6; siehe auch LESSIG, Version 2.0, S. 39 ff.; dazu HOFFMANN-RIEM, Verhaltenssteuerung, S. 8 ff.; siehe auch PILLE, S. 336 ff.

B. Algorithmen

1. Die Funktion der Algorithmen

Eine wesentliche Rolle beim Design von Social-Media-Plattformen spielen Algorithmen.¹⁷ Im Informatikbereich enthält ein Algorithmus eine Handlungsvorschrift, die einen Computer anweist, bestimmte Input/Output-Probleme in definierten Einzelschritten zu lösen. Es geht darum, in diesem Rahmen aus einer Eingabe weitgehend automatisiert eine Ausgabe zu erzeugen.¹⁸ Die Arbeitsweise solcher Algorithmen kann als Input-Throughput-Output-Modell beschrieben werden.¹⁹ Dabei ist die Throughput-Phase durch die Zuweisung von Relevanz und die entsprechende Selektion gekennzeichnet.²⁰ Immer häufiger werden in die Algorithmen Elemente künstlicher Intelligenz eingebaut, um sie bis zu einem gewissen Grad anpassungs- oder lernfähig zu machen. Das kann dazu führen, dass Algorithmen nach einer bestimmten Zeit sowohl ihre Funktionalitäten als auch ihr Verhalten ändern und eine gewisse Autonomie entwickeln.²¹ Zu beachten ist, dass die Plattformbetreiber zu den Fragen, welche Daten verwendet und wie die zur Anwendung gelangenden Mechanismen und Kriterien aussehen, regelmässig keine präzisen Antworten vorlegen. Namentlich die Throughput-Prozesse erweisen sich für Aussenstehende als eigentliche *Blackbox*.²²

Algorithmen werden durch *Social Media* beispielsweise verwendet, um gepostete Inhalte auszuwählen und den Nutzenden nach personalisierten Kriterien in priorisierter Reihenfolge zuzuordnen. Insofern können Algorithmen als «Relevanzmaschinen» bezeichnet werden,²³ die für die einzelnen Nutzenden gewisse Inhalte als relevant erklären und sichtbar machen, gleichzeitig aber andere – auf für die Nutzenden nicht erkennbare Weise – ausblenden.²⁴ Die Generierung von Aufmerksamkeit für bestimmte Inhalte ist an sich nicht neu und steht auch im Zentrum der Funktion der klassischen Medien. Auch sie selektieren, strukturieren und bieten ihrem Publikum nach bestimmten Kriterien geschaffene Wirklichkeitskonstruktionen an.²⁵ Dies schlägt sich beispielsweise in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts nieder. Das Gericht spricht in ständiger Rechtsprechung im Zusammenhang mit Radio und Fernsehen nicht nur von «Medien», sondern sieht im

¹⁷ LATZER/HOLLNBUCHNER/JUST/SAURWEIN, S. 397 ff.

¹⁸ HUMBOURG/NGUYEN, S. 21; HOFFMANN-RIEM, Verhaltenssteuerung, S. 2 f.; LOOSEN/SCHOLL, S. 358.

¹⁹ LATZER/HOLLNBUCHNER/JUST/SAURWEIN, S. 397 ff.

²⁰ SAURWEIN/JUST/LATZER, S. 1.

²¹ TIEF, S. 115; HELDT, Drittwirkung, S. 196 f.; zur Unterscheidung zwischen automatischen und autonomen Systemen siehe SOSNITZA, S. 765.

²² JUST/LATZER, S. 250 f.; LIESEM, S. 687 ff.

²³ KATZENBACH, Ordnung, S. 327 ff.

²⁴ PILLE, S. 330 f.

²⁵ LOOSEN/SCHOLL, S. 354.

Rundfunk auch einen «Faktor» der öffentlichen Meinungsbildung,²⁶ weil «medial vermittelte Information nicht lediglich Abbild der Wirklichkeit, sondern stets Ergebnis eines Auswahl-, Deutungs- und Aufbereitungsprozesses ist».²⁷

Die algorithmische Selektion durch *Social Media* folgt allerdings anderen Leitbildern als bei den traditionellen Medien, die (eigenproduzierte) Inhalte nach Kriterien gesellschaftlicher Relevanz bereitstellen.²⁸ *Social Media* sind geprägt durch eine strikt ökonomische Rationalität.²⁹ Selbst stellen sie in der Regel keine Beiträge her, sondern selektieren und platzieren Inhalte, die von Dritten gepostet werden,³⁰ auf ihren Plattformen so, dass der Betrieb möglichst profitabel ist. Man spricht in diesem Zusammenhang etwa von Kuratieren³¹ oder von Inholdemoderation³². Angestrebt werden in erster Linie eine Optimierung individueller Aufmerksamkeit (Verweildauer der Nutzenden),³³ Transaktionserlöse und vor allem Datengewinnung und -verwertung (*Big Data*).³⁴ Letztlich geht es darum, den Nutzenden die Werbung möglichst individualisiert, adressatengerecht und ohne Streuverluste zuzuordnen.³⁵

Algorithmen dienen den sozialen Netzwerken ferner dazu, (aus ihrer Sicht) unangemessene Inhalte zu entdecken, darauf zu reagieren und Massnahmen zu treffen – z.B. die Inhalte zu löschen oder entsprechende Accounts zu sperren. Algorithmen werden vor diesem Hintergrund auch zu «Regulierungsmaschinen».³⁶ Angesichts des Datenvolumens ist es unvermeidlich, dass *Social Media* auf automatisierte Verfahren zurückgreifen, um die enormen Mengen an Inhalten zu handhaben.³⁷ Auch in der Rechtsprechung wird heute davon ausgegangen, dass *Social Media* Techniken für automatische Filterung einsetzen.³⁸ So akzeptierte der Europäische Gerichtshof (EuGH) zwar, dass ein Gericht das gegenüber Facebook ausgesprochene Verbot, eine konkrete als rechtswidrig qualifizierte Information zu verbreiten, auf «sinngleiche Informationen» ausdehnte. Der EuGH verlangte aber, dass das Verbot derart substantiiert sein muss, dass Facebook für die Umsetzung «auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung zurückgreifen kann».³⁹

²⁶ Erstmals in BVerfGE 12, 205 (260).

²⁷ BVerfGE 97, 228 (258).

²⁸ Dazu LOOSEN/SCHOLL, S. 356 ff.; STARK/MAGIN, S. 377 ff.; JUST/LATZER, S. 247 ff.

²⁹ INGOLD, Filter, S. 60; ROSSNAGEL, S. 224 f.; LADEUR/GOSTOMZYK, S. 687 m.w.H.

³⁰ HABERMAS, S. 44, spricht in diesem Zusammenhang von «unverantwortlichen» Vermittlern.

³¹ Kuratieren wird als Selektieren, Filtern und Organisieren verstanden, so dass für den einzelnen Nutzer die Fülle an Informationen rezipierbar wird (STARK/MAGIN, S. 387).

³² Siehe HELDT, Drittwirkung, S. 174 ff.

³³ LOOSEN/SCHOLL, S. 358; STARK/MAGIN, S. 395, 398; HENNEMANN/HELDT, S. 982.

³⁴ BECK/DONGES, S. 42 f.

³⁵ STAAB/THIEL, S. 290 f.

³⁶ KATZENBACH, Ordnung, S. 331 ff.

³⁷ KATZENBACH, «Algorithmic turn», S. 293, 300 f.

³⁸ KATZENBACH, «Algorithmic turn», S. 291.

³⁹ EuGH C-18/18 vom 3. Oktober 2019 i.S. Eva Glawischnig-Piesczek gegen Facebook Ireland, Ziff. 45 f.

Auch wenn Informationsintermediäre nach anderen Kriterien selektionieren als traditionelle Medien und dabei viel stärker personalisieren, entscheiden sie darüber, welche Inhalte für die Nutzenden wahrnehmbar sind. Sie übernehmen eine *Gatekeeper*-Funktion und sind zu einem neuen «*Bottleneck*» der öffentlichen Kommunikation geworden.⁴⁰

2. Algorithmen sind nicht neutral

Lange stellten sich die Informationsintermediäre in ihren Selbstbeschreibungen als reine Technologieunternehmen dar und grenzten sich bewusst von den Medien ab.⁴¹ Nach dieser Sichtweise funktionieren die Algorithmen neutral und der Output ist lediglich ein Spiegelbild des Verhaltens und der Präferenzen der Nutzenden.⁴² So weigerte sich etwa Google, Verantwortung dafür zu übernehmen, dass seine Suchmaschine durch Anwendung einer sogenannten Autocomplete-Funktion dem gesuchten Namen in den Suchergebnissen automatisch die Worte «Scientology» und «Betrug» beifügte, obwohl die betroffene Person weder Scientology nahestand noch mit einem Betrug in Zusammenhang gebracht werden konnte. Vor dem deutschen Bundesgerichtshof (BGH) drang Google allerdings nicht durch mit der Argumentation, das Suchergebnis sei nur Reflex des Suchverhaltens der Nutzenden und könne deshalb der Suchmaschine nicht angelastet werden. Das Gericht kam zum Schluss, es liege eine Verletzung der Persönlichkeit vor, für die Google verantwortlich sei und die einen Lösungsanspruch der betroffenen Person gegenüber der Suchmaschinenbetreiberin nach sich ziehe.⁴³

Algorithmen sind keineswegs neutral. Es handelt sich um bewusst hergestellte Programmcodes, die durch soziokulturelle Vorannahmen geprägt sind⁴⁴ und der oben beschriebenen, für ökonomisch ausgerichtete Plattformen charakteristischen Rationalität folgen.⁴⁵ Diese Ausrichtung bleibt nicht ohne Einfluss auf die Inhalte, sondern führt zu einem eigentlichen *Algorithmic*.⁴⁶ oder *Media-Bias*.⁴⁷ So haben empirische Untersuchungen beispielsweise gezeigt, dass sich *Fake News* in sozialen Netzwerken wesentlich schneller verbreiten als Nachrichten, die nach journalistischen Standards erstellt worden sind.⁴⁸ Diese Tendenzen sind allerdings wegen der früher beschriebenen Intransparenz von Selektion und Relevanzzuordnung für die Nutzenden kaum erkennbar.

⁴⁰ HELDT, *Drittwirkung*, S. 167; SCHEFER/CUENI, S. 37 f.; KÜHLING, S. 534; SAXER, *Medien*, S. 19.

⁴¹ STARK/MAGIN, S. 390.

⁴² KATZENBACH, «Algorithmic turn», S. 289; KÜHLING, S. 533.

⁴³ BGH, VI ZR 269/12 vom 14. Mai 2013, NJW 2013, S. 2348 ff.; dazu GOUNALAKIS, S. 2321 ff., sowie WIELSCH, *Haftung*, S. 125 ff.; siehe zur Problematik auch ENGEL, S. 124.

⁴⁴ CARVALHO/NEGÓCIO, S. 459; GIERE, S. 92.

⁴⁵ EISENEGGER, S. 25; DREXL, S. 532 f.

⁴⁶ STARK/MAGIN, S. 378, 384.

⁴⁷ Siehe zur Problematik SIEGERT, S. 45 ff.

⁴⁸ VOSOUGHI/ROY/ARAL, S. 1146 ff.; siehe auch LISCHKA, S. 388 ff.; KATZENBACH, *Ordnung*, S. 318; KÜHLING, S. 530.

C. «Private Governance»

Die Plattformen sind auch dank ihrer Marktmacht⁴⁹ prägend für die Konstitution von Öffentlichkeit,⁵⁰ spielen zunehmend eine wichtige Rolle bei der demokratischen Meinungs- und Willensbildung⁵¹ und wirken weit hinein in die Lebenswelt der Einzelnen und ihre Interaktion in der Gesellschaft. Ulrich Dolata spricht in diesem Zusammenhang von «Kuration sozialer Verhältnisse und sozialen Verhaltens».⁵²

Die Gestaltung der Rahmenbedingungen für die Kommunikation auf *Social Media* erfolgt in erster Linie durch die Plattformbetreiber selbst, d.h. als eine Form von «*Private Governance*» durch meist global tätige Unternehmen.⁵³ Die durch die Social-Media-Anbieter definierten (technischen) Vorgaben stellen eigentliche «*Politics of Platforms*» dar, die bestimmen, welche Beiträge technologisch machbar und institutionell erlaubt sind.⁵⁴

Gefördert wurde diese Entwicklung durch die Einführung von Haftungsmodellen für Informationsintermediäre, die sich von den bei Presse, Radio und Fernsehen praktizierten Ansätzen grundlegend unterscheiden. So sagt etwa Ziffer 1 Section 230c des 1996 geschaffenen amerikanischen Communications Decency Act (CDA)⁵⁵, Anbieterinnen und Anbieter oder Nutzende eines interaktiven Computerdienstes dürften mit Blick auf von Dritten bereitgestellte Inhalte nicht als Herausgeber oder Herausgeberinnen (*publisher*)⁵⁶ behandelt werden. Die Beschränkung der Verantwortung ging einher mit rechtlichen Anreizen zur Förderung der eigenverantwortlichen Kuratierung von Inhalten⁵⁷ und war angesichts der herrschenden Ungewissheit von der Absicht getragen, die Entwicklung des Internets und der möglichen Applikationen in erster Linie im Rahmen gesellschaftlicher und technischer Selbstorganisation zu bewältigen.⁵⁸

⁴⁹ PUPPIS, Öffentlichkeit, S. 86 ff.; DOLATA, Internetkonzerne.

⁵⁰ EISENEGGER, S. 25.

⁵¹ HELBIG, S. 339 ff.; SCHMIDT.

⁵² DOLATA, Plattform-Regulierung, S. 195.

⁵³ JUST/LATZER, S. 254; SPIECKER GENANNT DÖHMANN, S. 55 f.

⁵⁴ PENTZOLD/KATZENBACH/FRAAS, S. 34; MENDELSON, S. 859.

⁵⁵ Zur Entstehung siehe KLONICK, S. 1604; KOSSEFF.

⁵⁶ Nach amerikanischem Recht haftet ein «*publisher*» (z.B. klassische Printmedien) für Inhalte Dritter vollumfänglich, d.h. auch ohne Kenntnis des Inhalts, während ein «*distributor*» (z.B. Bibliotheken) nur bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der entsprechenden Inhalte haftet und ein «*common carrier*» (v.a. Telekommunikationsunternehmen) als Anbieter technischer Infrastrukturen kaum einem Haftungsrisiko unterliegt (SCHIFF, S. 14 f.).

⁵⁷ Zur sogenannten «*Good Samaritan*»-Regelung siehe Ziff. 2 Section 230c CDA; VESTING/CAMPOS, S. 15 f.

⁵⁸ VESTING/CAMPOS, S. 15, 20.

Auch die EU führte im Jahre 2000 in ihrer E-Commerce-Richtlinie (ECRL)⁵⁹ Haftungs-normen ein, die günstige Voraussetzungen schaffen sollten für die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs.⁶⁰ Zentrale Bestimmung ist die Privilegierung des *Hostings* in Art. 14 ECRL. Gemeint sind Fälle, in denen Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft Informationen, die von Nutzenden eingegeben werden, in deren Auftrag speichern. Anbieterinnen oder Anbieter von Hostingdiensten sind von der Haftung für rechtswidrige Inhalte befreit, solange sie keine Kenntnis von illegalen Inhalten haben und rasch reagieren, sobald sie Kenntnis erhalten. Wichtig ist ferner Art. 15 ECRL, der es den Mitgliedstaaten untersagt, Anbieterinnen und Anbietern solcher Dienste eine allgemeine Überwachungs-pflicht aufzuerlegen. Die Haftungsbestimmungen der ECRL sind weitgehend unverändert in den Digital Services Act (DSA)⁶¹ übernommen worden.

Obwohl auch in der Schweiz mehrmals die Frage diskutiert wurde, ob sektorspezifische (Haftungs)normen für internetbasierte Dienste geschaffen werden sollen, blieben politische Vorstösse und erste Vorarbeiten erfolglos.⁶² Am 5. April 2023 hat nun allerdings der Bundesrat das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) beauftragt, eine Vernehmlassungsvorlage zur Regulierung der Kommunikations-plattformen auszuarbeiten.⁶³

III. Das Verhältnis zwischen den Informations-intermediären und den Nutzerinnen und Nutzern

A. Privatautonomie: Social-Media-Vertrag

Die Beziehung zwischen Social-Media-Netzwerken und den Nutzenden ist privatrechtlich ausgestaltet und folgt den Grundsätzen der Privatautonomie. Grundlage ist normalerweise ein Vertrag, der zwischen den Nutzenden und der Plattform abgeschlossen wird.

⁵⁹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr).

⁶⁰ GRISSE, S. 51 f.; zur Geschichte siehe SCHIFF, S. 58 ff.

⁶¹ Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste); siehe dazu unten Ziff. VI.

⁶² Siehe dazu BUNDESRAT, Social Media 1; BUNDESRAT, Provider; BUNDESRAT, Social Media 2.

⁶³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 5. April 2023: «Grosse Kommunikationsplattformen: Bundesrat strebt Regulierung an»; siehe dazu unten Ziff. VI.

Die Terminologie für die Bezeichnung solcher Verträge ist unterschiedlich. Regelmässig wird von «Plattformnutzungsvertrag»⁶⁴ oder auch nur «Social-Media-Vertrag»⁶⁵ gesprochen. Es handelt sich dabei um eine Beschreibung, die rechtlich insofern nicht relevant ist, als es keinen entsprechenden Vertragstypus gibt, der im OR geregelt ist, d.h. es handelt sich um einen Innominatkontrakt. Ausgehend von den konkret vereinbarten Leistungen ist durch Auslegung des Vertrages etwa zu ermitteln, ob es sich um einen gemischten Innominatkontrakt oder einen Vertrag *sui generis* handelt.⁶⁶

Die vereinbarten Leistungen können je nach Ausgestaltung des Netzwerks unterschiedlich aussehen. Die Nutzenden werden in der Regel dazu berechtigt, auf die Plattform zuzugreifen und diese sowohl aktiv als auch passiv zu nutzen. Gleichzeitig müssen sie die Verwendung personenbezogener Daten für Werbezwecke einräumen.^{67 68}

Die Social-Media-Unternehmen präsentieren ihre Leistung oft als kostenlos⁶⁹ und blenden dabei aus, dass sie eine Gegenleistung der Nutzenden einfordern, wenn sie sich im Vertrag die Verwendung der Personendaten zusichern lassen.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund ist richtigerweise von einem synallagmatischen Austauschverhältnis auszugehen.⁷¹

Der Vertragsabschluss kommt im Regelfall durch einen Registrierungsprozess zustande, der *online* abläuft und in dessen Verlauf sich die Registrierenden auch mit den Nutzungsbedingungen einverstanden erklären.⁷²

B. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Beim Betrieb eines sozialen Netzwerks geht es um ein algorithmengesteuertes Massengeschäft. Auch wenn sich die Rechtsbeziehungen zu allen Nutzenden auf je einen Vertrag stützen, werden die einzelnen Vereinbarungen nicht einzeln ausgehandelt. Sie basieren auf

⁶⁴ RAUE, Plattformnutzungsverträge, S. 209 ff.; HENNEMANN/HELDT, S. 983.

⁶⁵ BRÄUTIGAM/RICHTER, N 7.

⁶⁶ Siehe dazu SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 3.16, sowie BRÄUTIGAM/RICHTER, N 14. Zur dogmatischen Einordnung nach deutschem Recht siehe etwa HOLZNAGEL, AGB, S. 540 f. und HOLZNAGEL, Overblocking, N 24; BRÄUTIGAM, S. 635 ff.

⁶⁷ HOLZNAGEL, AGB, N 7; BRÄUTIGAM/RICHTER, N 9, 19; GLÄSER, S. 699.

⁶⁸ Inwiefern das Urteil des EuGH C-252/21 vom 4. Juli 2023, das aus Datenschutzoptik an die Einwilligung der Nutzenden für die Datenverarbeitung durch Meta erhöhte Anforderungen stellt, daran etwas ändert, ist schwierig abzuschätzen und wird hier nicht vertieft. Siehe dazu PATROS, S. 584 ff., sowie SANDHU, S. 26 ff.

⁶⁹ Siehe die Hinweise bei ADELBERG, S. 146, Fn. 1143.

⁷⁰ BUCHNER, S. 41; HENNEMANN/HELDT, S. 983.

⁷¹ METZGER, S. 817 ff.; BRÄUTIGAM, S. 635; ADELBERG, S. 148; es ist deshalb nicht sachgerecht, von einem «geschenkten Gaul» zu sprechen (KELLER, S. 188 ff.).

⁷² MAYER, S. 124.

einer Standardlösung, die von den Plattformen einseitig definiert wird und in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ihren Niederschlag findet.⁷³

Der Inhalt der AGB ist vielfältig.⁷⁴ So geht es etwa um die Modalitäten der Datenbearbeitung oder die Rechte an den durch die Nutzenden geposteten Inhalten. Im Zentrum stehen die Community Standards (Gemeinschaftsstandards), die – so beispielsweise bei Facebook – festlegen, «was auf Facebook erlaubt bzw. nicht erlaubt ist»⁷⁵. Dabei werden Inhalte als unzulässig bezeichnet, die rechtlich verboten sind, solche, die – wie etwa die Hassrede⁷⁶ – als gesellschaftlich problematisch erachtet werden, aber auch Inhalte, die nur aus Sicht der Plattformbetreibenden unerwünscht sind.

C. AGB als Regulierungsrecht

In den AGB finden die Plattformlogik, Charakteristika des oben beschriebenen Plattformdesigns und die im Rahmen von «*Private Governance*»⁷⁷ definierten Rahmenbedingungen für die Kommunikation ihren rechtlichen Ausdruck. Die «digitale Normativität» ergibt sich aus einem Zusammenwirken des technologischen Designs der Plattformen und der damit eng verknüpften expliziten Nutzungsbedingungen.⁷⁸

Die Plattformen sorgen auch für die Durchsetzung der AGB-Normen, indem sie problematische Inhalte markieren oder löschen. Die Prozesse laufen in erster Linie algorithmengesteuert. So hat beispielsweise YouTube im zweiten Quartal 2022 weltweit über 4.4 Millionen Videos wegen Verstößen gegen die YouTube-Community-Richtlinien entfernt. 93 % dieser Videos wurden von automatischen Systemen, d.h. von Algorithmen, erkannt.⁷⁹ Auch Facebook berichtet, im ersten Quartal 2021 seien 97 % der festgestellten Hassrede durch das Unternehmen selbst und fast ausschliesslich im Rahmen von automatisierten Verfahren erkannt worden.⁸⁰ Bei wiederholten Verstößen gegen die Standards droht ferner die Sperrung des Accounts der fehlbaren Person. Diese Massnahmen werden in den AGB in Aussicht gestellt und die Vorgehensweise ist letztlich die Konsequenz der Vertragslösung.⁸¹ Die

⁷³ BRÄUTIGAM/RICHTER, N 45; HOFFMANN-RIEM, Selbstregelung, S. 48.

⁷⁴ Siehe etwa die Beispiele bei KELLER, S. 188 ff.

⁷⁵ <https://transparency.meta.com/de-de/policies/community-standards/> (letzter Zugriff: 12. Oktober 2024); siehe auch PUPPIS, Öffentlichkeit, S. 87 f.

⁷⁶ Hassrede kann zwar strafrechtlich relevante Elemente beinhalten, bezeichnet selbst aber nicht einen Straftatbestand und beschränkt sich auch nicht auf strafbare Verhaltensweisen; siehe dazu BUNDESRAT, Hassreden, S. 5 f.

⁷⁷ Siehe oben Ziff. II.C.

⁷⁸ WIELSCH, Ordnungen, S. 64.

⁷⁹ FRANK, S.1027.

⁸⁰ Siehe die Hinweise bei KATZENBACH, «Algorithmic turn», S. 297.

⁸¹ EIFERT, S. 40 f.

Privatisierung der Durchsetzung mag angesichts der grossen Bedeutung der sozialen Netzwerke für Kommunikation und Öffentlichkeit kritisch gesehen werden. Aus praktischer Sicht ist aber offensichtlich, dass Gerichte die Masse der Fälle nicht bewältigen könnten.⁸² Die Betreiber der Netzwerke treten aber nicht an die Stelle von Justizorganen. Strafrechtliche Verfehlungen werden durch die Strafjustiz sanktioniert und auch der zivilrechtliche Weg bleibt wegen Verletzung der vertraglichen Pflichten oder mangelhafter AGB offen.

Der Social-Media-Vertrag mit seinen AGB beschränkt sich – anders als typische privatrechtliche Verträge – nicht auf einen bilateralen Interessenausgleich, sondern die Vereinbarungen haben eine wesentlich grössere Tragweite. Schon der Begriff «*Community Standards*» sprengt den Fokus auf bilaterale Verhältnisse.⁸³ Die Regeln haben ein «doppeltes Antlitz»: Sie sind AGB für die Vertragspartner und private Ordnungsnormen für die Mitglieder des sozialen Netzwerks gleichermassen.⁸⁴ Es geht um eine «vertragliche Gestaltung der Meinungsfreiheit»⁸⁵ und ein «Kuratieren kommunikativer Räume»⁸⁶. Zusammen mit dem Design⁸⁷ der Plattformen wird auf diesem Wege eine «privat erlassene Kommunikationsordnung»⁸⁸ geschaffen, die wesentlich die (personalisierten) Realitäten und das tägliche Leben der Nutzenden gestaltet und auch etwa als «*Private Ordering*» bezeichnet wird.⁸⁹ Es erstaunt deshalb nicht, tauchen im Zusammenhang mit Plattformen Begriffe auf wie «private Gesetzgeber»⁹⁰ oder «*New Governors*»⁹¹.⁹² Die AGB entwickeln sich zu eigentlichem «Regulierungsrecht».⁹³

⁸² HELDT, Intermediärsregulierung, S. 535.

⁸³ MAST, S. 288.

⁸⁴ LÜDEMANN, S. 282; siehe auch PILLE, S. 335 f.

⁸⁵ KÖNIG, S. 611 ff.

⁸⁶ HENNEMANN/HELDT, S. 981 ff.

⁸⁷ Siehe dazu oben Ziff. II.

⁸⁸ BACHER, N 3.

⁸⁹ HELDT, Drittwirkung, S. 176 f.

⁹⁰ SCHWEITZER, S. 3; siehe MENDELSON, S. 858; HOFFMANN-RIEM, Recht, S. 124 ff.

⁹¹ KLONICK, S. 1598 ff.

⁹² Dazu DENG, Zurechnung, S. 198.

⁹³ MAST, S. 287 ff.; siehe dazu grundsätzlich HELLGARDT.

IV. Grundrechtsberechtigung von Informationsintermediären

Wenn es darum geht, diese Entwicklungen rechtlich zu erfassen und allenfalls zu beeinflussen, stellt sich die Frage nach dem (verfassungs)rechtlichen Status der Informationsintermediäre. Zu fragen ist zunächst, inwiefern Social-Media-Anbieterinnen bei ihren Tätigkeiten im Schutz von Kommunikationsfreiheiten stehen.

Die Antwort liegt nicht auf der Hand. Die sozialen Plattformen fungieren primär als Intermediäre, die sich in ihrem Selbstverständnis nicht als Inhalt anbietende sehen, sondern als Vermittlungsinfrastrukturen begreifen.⁹⁴

Zu berücksichtigen ist aber, dass soziale Netzwerke heute eine wichtige Funktion für die demokratische Öffentlichkeit und die Entfaltung der Einzelnen erfüllen und die Kommunikations- und Informationsmöglichkeiten der Nutzenden substantiell verkürzt würden, wenn die Plattformen ohne grundrechtlichen Schutz regulatorischen Restriktionen ausgesetzt wären.⁹⁵

Betrachtet man die Tätigkeiten der Informationsintermediäre etwas näher, fallen Praktiken ins Auge, die im Lichte der Kommunikationsgrundrechte durchaus relevant sind und in die entsprechenden Schutzbereiche fallen. Wenn Algorithmen programmiert oder Gemeinschaftsstandards definiert werden, ist das stets mit inhaltlichen Entscheiden verbunden, die einen kommunikativen Rahmen zeichnen.⁹⁶ Gleiches gilt für eine Inhaltmoderation, die darauf abzielt, auf einer Kommunikationsplattform ein erwünschtes Kommunikations- und Diskussionsklima zu schaffen.⁹⁷ Ob dies zum Schutze von angegriffenen Personen oder im Interesse eines attraktiven Werbeumfelds geschieht, ist letztlich nicht entscheidend. Fragen mögen aufkommen, wenn diese Prozesse durch mehr oder weniger autonome Systeme dominiert werden, die nicht mehr bestimmten Personen zugerechnet werden können. Bei solchen Konstellationen ist im Einzelfall zu prüfen, inwiefern ein allenfalls noch existierender Persönlichkeitsbezug oder die demokratische Dimension einen Grundrechtsschutz auszulösen vermag.⁹⁸

Der deutsche Bundesgerichtshof hat in zwei Entscheiden vom 29. Juli 2021 zu Facebook festgehalten, die Meinungsäußerungsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 des deutschen Grundgesetzes (GG) schütze «auch den Kommunikationsprozess als solchen, weshalb die Mitteilung einer fremden Meinung oder Tatsachenbehauptung selbst dann in den Schutzbereich

⁹⁴ INGOLD, Governance, S. 187.

⁹⁵ HOLOUBEK, S. 40; GIERE, S. 52 ff.

⁹⁶ HELDT, Drittwirkung, S. 182; GIERE, S. 92 ff.; ADELBERG, S. 48 f.; «Nähme man den Betreibern die Möglichkeit zum Aufstellen von Kommunikationsstandards, wäre das ein gravierender Einschnitt in ihre Grundrechte» (LÜDEMANN, S. 281).

⁹⁷ HELDT, Drittwirkung, S. 180.

⁹⁸ SCHEFER, N 60 ff.; siehe auch HELDT, Drittwirkung, S. 258 f.

des Grundrechts fallen kann, wenn der Mitteilende sich diese weder zu eigen macht noch sie in eine eigene Stellungnahme einbindet (...). Ein soziales Netzwerk wie das der Beklagten macht den Meinungsaustausch unter nicht persönlich miteinander bekannten Personen erst möglich. Die Beklagte ist insoweit als Netzwerkbetreiberin «unverzichtbare Mittlerperson». (...) Von einer rein technischen Verbreitung fremder Meinungen, deren Schutz durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fraglich ist (...), unterscheidet sich der Betrieb des Netzwerks dadurch, dass die Beklagte auf den Kommunikationsprozess der Nutzer durch die Vorgabe von Verhaltensregeln in den Gemeinschaftsstandards einwirkt. Die Beklagte bringt durch das Aufstellen von Kommunikationsregeln in ihren Gemeinschaftsstandards zum Ausdruck, welche Formen der Meinungsäußerung sie in ihrem Netzwerk nicht duldet. Auf diese Weise macht sie von ihrem eigenen Grundrecht auf freie Meinungsäußerung Gebrauch.»⁹⁹

Auch die Meinungsäußerungsfreiheit in Art. 10 EMRK schützt im Grundsatz Informationsintermediäre. Aus Sicht des Gerichtshofs in Strassburg (EGMR) erfasst diese Konventionsgarantie den gesamten Informations- und Kommunikationsprozess, unabhängig davon, auf welchem Wege er vollzogen wird.¹⁰⁰ So konnten sich etwa Betreiber von Internetplattformen auf Art. 10 EMRK berufen, die durch ihren Heimatstaat zu Schadenersatz bzw. hohen Prozesskosten verurteilt worden waren, weil Dritte auf den Plattformen Kommentare mit heiklem Inhalt gepostet hatten.¹⁰¹

Nach schweizerischem Recht ist davon auszugehen, dass Informationsintermediäre grundsätzlich im Schutz der Kommunikationsgrundrechte stehen.¹⁰² Nicht ganz klar ist allerdings, ob im Einzelnen die Medienfreiheit oder die Meinungsäußerungsfreiheit zur Anwendung kommt.¹⁰³ Die in der Lehre vertretenen Auffassungen zur Abgrenzung sind hier mit Blick auf Internetdienste und deren Nutzung nicht einheitlich, was angesichts der dynamischen Entwicklung und Ausdifferenzierung der Angebote und Nutzungsformen kaum überrascht.¹⁰⁴ Der Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Die Eingriffsmöglichkeiten bei beiden Grundrechten sind ohnehin einheitlich definiert (Art. 36 BV) und im Einzelfall ist die Rechtfertigung von Eingriffen durch «situative Interessenabwägungen geprägt».¹⁰⁵ In jedem Fall sind die einzelnen Tätigkeitsfelder der Informationsintermediäre

⁹⁹ BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 74, sowie III ZR 192/20 vom 29. Juli 2021, N 86; zu diesen Entscheidungen siehe HENNEMANN/HELDT, S. 981 ff.; KAHL/HORN, S. 703 ff.; RAUE, Regulierung, S. 232 ff.

¹⁰⁰ BRINGS-WIESEN/DAMBERG-JÄNSCH, S. 288, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹⁰¹ Siehe etwa EGMR (Grosse Kammer) 64569/09 vom 16. Juni 2015, *Delfi v. Estland*; EGMR 22947/13 vom 2. Februar 2016, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete u. Index.hu Zrt v. Ungarn*.

¹⁰² BUNDESRAT, Social Media 1, S. 12; SCHEFER, N 60 ff.; ERRASS/RECHSTEINER, St. Galler Kommentar BV, Art. 17 N 30; SAXER, Verfassung, N 16.

¹⁰³ Zu möglichen Abgrenzungskriterien siehe ZELLER/KIENER, BSK BV, Art. 17 N 17.

¹⁰⁴ Siehe die Übersicht bei ZELLER, S. 200 ff.

¹⁰⁵ BIAGGINI, N 2.

zu analysieren und daraufhin zu prüfen, ob sie grundrechtlich geschützt sind bzw. welches Grundrecht als relevante Garantie in Frage kommt.¹⁰⁶

Zweifellos bewegen sich Informationsintermediäre sachlich im Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.¹⁰⁷ Aus Sicht des persönlichen Schutzbereichs scheint die Sache angesichts der Tatsache, dass es sich zuweilen um Unternehmen handelt, die weder in der Schweiz noch in der EU niedergelassen sind, allerdings weniger klar.¹⁰⁸ Das Bundesgericht hat in BGE 132 I 223 E. 1.1 offen gelassen, ob sich ein Unternehmen gestützt auf die im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) geschlossenen Verträge auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann.¹⁰⁹

V. Grundrechtsbindung von Informationsintermediären

A. Vorbemerkung

Social Media und ihre Regelwerke beeinflussen wesentlich die Verwirklichungsbedingungen von Grundrechten und damit die Grundlagen individueller und gesellschaftlicher Freiheit.¹¹⁰ Im Folgenden soll deshalb der Frage nachgegangen werden, inwieweit soziale Netzwerke in ihrem Verhalten durch Grundrechte eingebunden werden.

B. Unmittelbare Horizontalwirkung?

Eine unmittelbare Horizontal- oder Drittwirkung der Grundrechte bedeutet, dass diese Normen auch unmittelbar zwischen Privaten Geltung haben und somit auch private Akteure direkt verpflichten.¹¹¹

Vor allem in Deutschland gibt es einzelne Stimmen, die eine unmittelbare grundrechtliche Bindung von Informationsintermediären postulieren.¹¹² Argumentiert wird, die sozialen Netzwerke hätten sich zwischen Staat und Gesellschaft geschoben und verkörpert eine

¹⁰⁶ Zur grundrechtlichen Relevanz einzelner Funktionen von Informationsintermediären siehe TIEF, S. 63 ff.

¹⁰⁷ BACHER, N 39.

¹⁰⁸ BIAGGINI, N 18 f.; UHLMANN, BSK BV, Art. 27 N 29.

¹⁰⁹ Befürwortend: VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar BV, Art. 27 N 53.

¹¹⁰ ROSSNAGEL, S. 223; siehe auch SAXER, Medien, S. 116 ff.

¹¹¹ EGLI, S. 142 f.; MARTIN, S. 13.

¹¹² Siehe die Hinweise bei MUCKEL, S. 276, Fn. 165.

«intermediäre Gewalt».¹¹³ Darunter werden nichtstaatliche Akteure verstanden, die sich aufgrund einer tatsächlichen oder rechtlichen Sonderstellung «ausserhalb der typischen Ordnungsprinzipien der Gesellschaft bewegen»¹¹⁴ und in staatsähnlicher Weise Grundrechte gefährden.¹¹⁵ Grundrechte sollten nach dieser Auffassung nicht nur staatliche Macht, sondern auch diejenigen unmittelbar verpflichten, die durch ihre technischen Infrastrukturen Macht ausüben.¹¹⁶

Folgt man diesem Ansatz der direkten Horizontalwirkung, sind Informationsintermediäre direkt an die Grundrechte gebunden und sie greifen in die Grundrechte der Nutzenden ein, wenn sie beispielsweise deren Posts löschen. Ein solcher Eingriff bedarf dann der Rechtfertigung.¹¹⁷ Welche Kriterien dabei zur Anwendung kommen sollen, ist allerdings nicht ganz klar. Vorgebracht wird, «eine schlichte Übertragung der Schrankendogmatik des «klassischen» Grundrechtsverhältnisses» scheide aus, «da sie in Teilen an staatliches Handeln anknüpft.»¹¹⁸

Im schweizerischen Verfassungsrecht erfolgt die Bindung von Privaten an die Grundrechte nach Massgabe von Art. 35 BV. Abs. 1 dieser Norm bestimmt, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen. *Unmittelbar* an die Grundrechte gebunden ist aber grundsätzlich nur, wer «staatliche Aufgaben wahrnimmt».¹¹⁹ Darunter können auch private Unternehmen fallen, sofern sie mit der Erfüllung staatlicher Funktionen betraut sind. Darüber hinaus gelten Grundrechte ausnahmsweise dann unmittelbar zwischen Privaten, wenn aus der Verfassung unmissverständlich hervorgeht, dass ein Grundrecht auch zwischen Privaten direkt anwendbar ist.¹²⁰

Beim Betrieb eines sozialen Netzwerks handelt es sich nicht um ein Tätigkeitsfeld, das «kraft Verfassung und Gesetz dem Staat zugewiesen und mit einer Handlungspflicht belegt»¹²¹ ist, d.h. es ist nicht von einer staatlichen Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV auszugehen.¹²² Die Konsequenz ist, dass die Betreiber von Informationsintermediären nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind.¹²³

¹¹³ KROEMER, S. 104 ff.

¹¹⁴ KROEMER, S. 104.

¹¹⁵ KROEMER, S. 142 ff.

¹¹⁶ ROSSNAGEL, S. 223.

¹¹⁷ KROEMER, S. 149 f.

¹¹⁸ KROEMER, S. 156; siehe zur Problematik auch LÜBBE-WOLFF, S. 160 f.

¹¹⁹ Zum Begriff der staatlichen Aufgabe siehe DUMERMUTH, S. 1046 ff.

¹²⁰ KIENER, N. 71 ff.; im Vordergrund steht hier Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV; MÜLLER J. P., Verwirklichung, S. 127; BIAGGINI, N 18 f.; MÜLLER G., Schutzwirkung, N 34.

¹²¹ TSCHANNEN, N 290.

¹²² SCHEFER/CUENI, S. 51.

¹²³ ERRASS/RECHSTEINER, St. Galler Kommentar BV, Art. 17 N 64, sehen ausnahmsweise dann eine *direkte* Horizontalwirkung vor, wenn eine «spezielle Gefährdungslage vorliegt», und ohne direkte Wirkung «die verfassungsmässige Ordnung ausgebootet würde». Wie eine solche direkte Gel-

C. Mittelbare Horizontalwirkung

Die rechtliche Einschätzung, wonach die Grundrechte nicht direkt anwendbar sind, bedeutet nun allerdings nicht, dass grundrechtlichen Anliegen nicht Rechnung getragen werden kann.

Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Angesprochen ist dabei die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte,¹²⁴ welche den Staat in all seinen Funktionen¹²⁵ verpflichtet, die Ausübung von Grundrechten zu schützen und Voraussetzungen zu schaffen, damit die grundrechtlichen Garantien wirksam werden können (Schutz- und Gewährleistungspflichten).¹²⁶

An den Gesetzgeber richtet sich dabei in erster Linie die sogenannte programmatische Schicht der Grundrechte, die im Gegensatz zur justiziablen Schicht nicht direkt anspruchsbegründende Gehalte eines Grundrechts schafft, sondern einen Auftrag zu grundrechtskonformer Ausgestaltung der gesamten Rechtsordnung enthält.¹²⁷ Bei der Erfüllung dieses Auftrags müssen oft sich entgegenstehende Rechtspositionen zum Ausgleich gebracht und Grundrechtskollisionen nach den Grundsätzen praktischer Konkordanz¹²⁸ bereinigt werden.¹²⁹

Die rechtsprechenden Behörden haben bei der Entscheidung (privatrechtlicher) Streitigkeiten die Grundrechte mitzuberücksichtigen und zur Geltung zu bringen. In der Praxis geschieht das in erster Linie auf dem Wege einer grundrechtskonformen Auslegung der im Einzelfall anwendbaren Rechtsnormen.¹³⁰

Es sind somit nicht die Grundrechte selbst, welche Private im Rahmen der mittelbaren Horizontalwirkung binden, sondern die entsprechenden Gesetze, die zum Schutz von Grundrechten erlassen worden sind bzw. durch die Gerichte grundrechtskonform angewendet werden.¹³¹ Der Unterschied zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Horizontalwirkung ist nicht in erster Linie eine Frage der Intensität, mit der Private in die Pflicht genommen werden, sondern er liegt bei der dogmatischen Konstruktion der Bindung.¹³² Das deutsche Bundesverfassungsgericht betont mit Blick auf die *mittelbare* Drittwirkung: «Die

tung dogmatisch zu konstruieren wäre, wenn dadurch zugleich Grundrechte der Verpflichteten beeinträchtigt würden, bleibt allerdings unklar.

¹²⁴ BGE 147 I 183 E. 8.3; KIENER, N 70; SCHEFER, N 29.

¹²⁵ KIENER, N 71.

¹²⁶ TSCHENTSCHER; siehe zur Geschichte MÜLLER J. P., Entstehung, N 33 ff.

¹²⁷ MÜLLER J. P., Verwirklichung, S. 95 ff.

¹²⁸ Zum Begriff siehe MÜLLER J. P., Konkordanz, S. 329 ff.

¹²⁹ TSCHENTSCHER, N 27.

¹³⁰ Dazu MÜLLER J. P., Verwirklichung, S. 105 ff.

¹³¹ MARTIN, S. 23.

¹³² BUMKE/VOSSKUHLE, N 212 f.

Wirkweise dieses Grundrechts im Zivilrecht als verfassungsrechtliche Wertentscheidung bedeutet nicht, dass seine Anforderungen deshalb in jedem Fall weniger weit reichen oder weniger anspruchsvoll sind als die unmittelbar staatsgerichtete Schutzwirkung. Je nach Umständen, insbesondere wenn private Unternehmen in eine staatsähnlich dominante Position rücken oder etwa die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen, kann die Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates im Ergebnis (...) nahe- oder auch gleichkommen.»¹³³

Eine Besonderheit ergibt sich bei privatautonom geschlossenen Verträgen, die sich inhaltlich an die gesetzlich vorgesehenen Schranken (v.a. Art. 19 und 20 OR) halten, denn das anwendbare Vertragsrecht haben die Parteien selbst in Ausübung der in der Regel grundrechtlich geschützten¹³⁴ Privatautonomie geschaffen.¹³⁵ Die Privatautonomie setzt aber voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind.¹³⁶ Staatliche Schutzpflichten können hier etwa dann entstehen, wenn ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Parteien – beispielsweise in Form eines Machtgefälles¹³⁷ – dazu führt, dass diese Voraussetzungen nicht gegeben sind.¹³⁸ In Erfüllung solcher Pflichten hat der Gesetzgeber beispielsweise gewisse Vertragstypen als tendenziell ungleichgewichtig eingestuft und zwingende gesetzliche Vorschriften zum Schutz der schwächeren Partei erlassen.¹³⁹

D. Grundsätze der AGB-Kontrolle

In eine ähnliche Richtung gehen Spezialnormen für die Kontrolle von AGB.¹⁴⁰ Seit 2012 existiert in der Schweiz die Möglichkeit einer offenen Inhaltskontrolle bei solchen Bestimmungen. Obwohl es sich materiell um Vertragsrecht handelt, wurde die entsprechende Norm ins UWG¹⁴¹ aufgenommen.¹⁴² Art. 8 UWG bestimmt unter der Marginalie «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen», dass unlauter handelt, «wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen».

¹³³ BVerfGE 152, 152 (191), N 88.

¹³⁴ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 253 f.; TSCHENTSCHER, N 26; KRAMER, S. 313.

¹³⁵ VOSSKUHLE, S. 86.

¹³⁶ BVerfGE 100, 89 (100), siehe BUMKE/VOSSKUHLE, N 237 ff.; MÜLLER J. P., Grundrechte, S. 176.

¹³⁷ MÜLLER G., Schutzwirkung, N 39.

¹³⁸ MICHL, S. 1072; BARCZAK, S. 101.

¹³⁹ Klassische Beispiele sind etwa das Arbeits- und das Mietrecht; siehe die Beispiele bei KRAMER, S. 300 f.

¹⁴⁰ MAST, S. 287.

¹⁴¹ BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241).

¹⁴² Siehe die Kritik bei THOUVENIN, BSK UWG, Art. 8 N 21 ff.

Hinter der verschärften Inhaltsprüfung im Rahmen der AGB-Kontrolle steht namentlich die Einsicht, dass aufgrund der einseitigen Vorformulierung der AGB durch die verwendende Partei nicht von einem kompromisshaften Ausgleich der Interessen gesprochen und deshalb höchstens von «verdünnter Privatautonomie»¹⁴³ ausgegangen werden kann.¹⁴⁴ Da mit einem vertieften Studium der AGB in der Praxis eine unverhältnismässige Erhöhung der Transaktionskosten verbunden ist, verzichten die Kundinnen und Kunden in der Regel darauf und es entsteht eine Informationsasymmetrie, was tendenziell zu Marktversagen führt.¹⁴⁵ Auf diese typisierte Gefährdungslage hat der Gesetzgeber mit dem Erlass einer Schutzbestimmung reagiert.

Art. 8 UWG erfasst nur AGB, die sich auf Vertragsverhältnisse mit Konsumentinnen und Konsumenten beziehen. Darunter werden natürliche Personen verstanden, «welche AGB des Verwenders im Rahmen von Rechtsgeschäften übernehmen, die nicht zu ihrer eigenen geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit gehören».¹⁴⁶ Daraus können etwa Nachteile für politische Parteien oder NGOs entstehen, wenn sie auf *Social Media* kommunizieren. Die Einschränkung wird in der Lehre kritisiert – gefordert wird, dass bei AGB, die sich nicht an Konsumentinnen und Konsumenten richten, eine Inhaltskontrolle auf der Basis von Art. 19 und 20 OR stattfinden soll.¹⁴⁷

Die AGB-Kontrolle nach Art. 8 UWG verläuft mehrstufig: Zunächst wird geprüft, ob die AGB – obwohl durch die Verwenderin vorformuliert und nicht zwischen den Parteien ausgehandelt – überhaupt in den konkreten Einzelvertrag übernommen worden sind (Konsenskontrolle). Anschliessend stellt sich die Frage, ob die erfolgte Auslegung der AGB korrekt ist (Auslegungskontrolle), und erst am Schluss wird untersucht, ob die AGB den inhaltlichen Anforderungen der UWG-Bestimmung genügen (Inhaltskontrolle).¹⁴⁸ Auch wenn bei *Social Media* regelmässig interessiert, ob die Nutzenden bei der Registrierung die Möglichkeit hatten, in zumutbarer Weise von den AGB Kenntnis zu nehmen, und sie übernommen haben,¹⁴⁹ wird dieser Problematik hier nicht vertieft nachgegangen. Im Folgenden soll sich die Diskussion auf die Inhaltskontrolle beschränken, da vor allem in diesem Prüfungsschritt die Grundrechtskollision zwischen Plattform und Nutzenden aktuell wird.

¹⁴³ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 4.

¹⁴⁴ KRAMER, S. 304.

¹⁴⁵ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 7; DEDUAL, S. 234.

¹⁴⁶ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 794; siehe auch SCHMID, S. 9.

¹⁴⁷ Siehe etwa MEISE/HUGUENIN, BSK OR I, Art. 19/20 N 26 ff.; SCHMID, S. 18; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, N 46.07 f.

¹⁴⁸ SCHMID, S. 2; siehe dazu im Einzelnen KRAMER/PROBST/PERRIG, N 102 ff.; zuweilen wird noch die Gültigkeitskontrolle erwähnt, bei der geprüft wird, ob der Vertrag inkl. AGB das zwingende Recht einhält. Dabei geht es aber nicht um inhaltliche Vorgaben, die AGB-spezifisch sind.

¹⁴⁹ Siehe dazu etwa HELDT, Drittwirkung, S. 219 f., sowie BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 31 ff.

E. AGB-Inhaltskontrolle

1. Grundsätze

Im Rahmen der Inhaltskontrolle ist zu fragen, ob die AGB ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten vorsehen, das Treu und Glauben verletzt.

Wann von einem erheblichen Missverhältnis auszugehen ist, entscheidet sich im Wesentlichen aus dem Vergleich der zu prüfenden AGB mit der Rechtslage, die zwischen den Parteien ohne die in Frage stehenden Bestimmungen bestehen würde. Da bei Innominatkontrakten in der Regel nicht auf dispositives Gesetzesrecht zurückgegriffen werden kann, ist ein erhebliches Missverhältnis dann zu bejahen, wenn die fragliche AGB-Klausel von dem abweicht, was nach dem hypothetischen Vertragswillen unter Berücksichtigung des Vertragszwecks ohne diese Klausel gelten würde.¹⁵⁰

Die Frage, ob das erhebliche Missverhältnis ungerechtfertigt ist, muss nach den Grundsätzen von Treu und Glauben geprüft und beantwortet werden. Nötig ist eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen der AGB-Verwenderin und der Gegenseite.¹⁵¹ Die Erwähnung von Treu und Glauben in Art. 8 UWG bedeutet nicht, dass dieser Klausel der gleiche UWG-spezifische Gehalt zukommt wie in der Grundsatznorm von Art. 2 UWG. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Treu und Glauben bei der AGB-Kontrolle die Bedeutung der Generalklausel von Art. 2 ZGB annimmt,¹⁵² die einen klassischen Anknüpfungspunkt für die mittelbare Horizontalwirkung von Grundrechten darstellt.¹⁵³ Die Grundrechte können deshalb im Rahmen der Abwägung bei der Inhaltskontrolle in besonderem Masse ihre Ausstrahlungswirkung entfalten.¹⁵⁴

2. Anwendung der Grundsätze auf AGB von *Social Media*

a. Vorbemerkungen

Bei den AGB von sozialen Netzwerken interessieren vor allem Inhalts-, Lösch- und Sperrklauseln. Gemeint sind Bestimmungen, die bestimmte Inhalte von der Plattform ausschliessen und den Nutzenden bei Zuwiderhandlung die Löschung von Posts und allenfalls

¹⁵⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1153c; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 759.

¹⁵¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1154a; siehe auch Botschaft des Bundesrates zur Änderung des UWG vom 2. September 2009, BBl 2009 6151, S. 6179; SUTTER/LÖRTSCHER, S. 100 f.

¹⁵² THOUVENIN, BSK UWG, Art. 8 N 105 f.; HILTY, BSK UWG, Art. 2 N 35.

¹⁵³ EGLI, S. 23; LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, Art. 2 N 5; siehe auch EIFERT, S. 28; HENNEMANN/HELDT, S. 987; KÖNIG, S. 628 ff.

¹⁵⁴ KNEBEL, S. 165; ADELBERG, S. 163.

gar die Sperrung von Accounts in Aussicht stellen. Zu diskutieren ist, welche Kriterien sich aus den oben dargelegten Grundsätzen für die Prüfung solcher Klauseln ergeben.

Ausgangspunkt ist der Vertragszweck. Allen Beteiligten geht es letztlich um Kommunikation. Die Inhalte und die hinter der Kommunikationstätigkeit stehenden Motive – persönlich, politisch, kommerziell – mögen verschieden sein; im Zentrum stehen stets Informationsintermediäre, welche die unterschiedlichen kommunikativen Nutzungsformen zusammenführen. Sowohl auf der Plattformseite als auch auf der Seite der Nutzenden stehen Grundrechte auf dem Spiel. Der Grundrechtsschutz der Intermediäre ist bereits früher thematisiert worden.¹⁵⁵ Dass auch die Nutzenden, d.h. die Personen, die auf *Social Media* kommunizieren oder sich dort informieren, durch die Kommunikationsgrundrechte geschützt werden, bedarf keiner vertieften Begründung.

Im Folgenden sollen nun verschiedene Interessen skizziert und Konstellationen benannt werden, die bei der Abwägung ins Gewicht fallen. Zu beachten ist dabei, dass die mittelbare Grundrechtsbindung keinem binären An-/Aus-, sondern einem graduellen Schema unterliegt. Die Stärke der Bindung ist situationsabhängig und bemisst sich nach einer Abwägung der verschiedenen relevanten Faktoren.¹⁵⁶

b. Bedeutung für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben

Zunächst spielt eine Rolle, inwiefern der Plattform für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und damit auch für die Ausübung der Grundrechte ein hoher Stellenwert zukommt.¹⁵⁷ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass soziale Netzwerke heute Kommunikations- und Informationsinfrastrukturen von allgemeiner gesellschaftlicher Bedeutung darstellen.¹⁵⁸ Betreffend Facebook ist das deutsche Bundesverfassungsgericht zu folgender Beurteilung gelangt: «Gerade für die Verbreitung von politischen Programmen und Ideen ist der Zugang zu diesem nicht ohne weiteres austauschbaren Medium von überragender Bedeutung. Durch den Ausschluss wird der Antragstellerin eine wesentliche Möglichkeit versagt, ihre politischen Botschaften zu verbreiten und mit Nutzern des von der Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens betriebenen sozialen Netzwerks aktiv in Diskurs zu treten.»¹⁵⁹

c. Unausweichlichkeit und Angewiesenheit

Zu berücksichtigen ist ferner, ob sich die Nutzenden gegenüber dem AGB-definierenden Netzwerk in einer Situation der Unausweichlichkeit¹⁶⁰ befinden, d.h. nicht mit zumutbarem Aufwand ausweichen können. Oft bestehen zwar Alternativen, die aber aus netz-

¹⁵⁵ Siehe oben Ziff. IV.

¹⁵⁶ RAUE, Plattformnutzungsverträge, N 2; HENNEMANN/HELDT, S. 986.

¹⁵⁷ Siehe KROEMER, S. 146 f.

¹⁵⁸ GOSTOMZYK, S. 121.

¹⁵⁹ BVerfG, 1 BvQ 42/19 vom 22. Mai 2019, N 19.

¹⁶⁰ Siehe KROEMER, S. 143 ff.

werkökonomischen Gründen nicht funktionsäquivalent genutzt werden können. Hat eine Social-Media-Plattform eine starke Marktstellung erlangt und ist eine kritische Masse an Nutzenden erreicht, kann es zum sogenannten Lock-in-Effekt kommen. Durch die Vernetzung und den Aufbau einer Community (z.B. «Freunde» oder Bildung von Gruppen) binden sich Konsumentinnen und Konsumenten an eine Anbieterin. Auch wenn ein Ausweichen auf eine andere Plattform an sich möglich wäre, entstünden dabei grosse Nachteile, namentlich weil dadurch die aufgebauten Beziehungen zur *Community* verloren gingen.¹⁶¹ Übersteigen diese Wechselkosten einen potentiell höheren Nutzen einer anderen Plattform, ist die Nutzerin oder der Nutzer in einem Zustand des «Gefangen-Seins» («*lock-in*») und wird die Plattform daher regelmässig nicht wechseln.¹⁶² «Die Reichweite der mittelbaren Grundrechtswirkung hängt von einer Abwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ab. Dabei können insbesondere auch die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung bestimmter Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite eine massgebliche Rolle spielen.»¹⁶³

d. Löschung von legalen Inhalten?

Die Informationsintermediäre sind bei der Gestaltung ihrer AGB nicht verpflichtet, Löschbefugnisse auf widerrechtliche Inhalte zu beschränken, d.h. die Community Standards können Inhalte ausschliessen, die aus rechtlicher Sicht an sich zulässig wären.¹⁶⁴ Dafür müssen aber sachliche Gründe vorgebracht werden können.¹⁶⁵ Für den Erlass strengerer Standards als das staatliche Recht können durchaus legitime und auch grundrechtlich geschützte¹⁶⁶ Anliegen der Plattformen bestehen, welche in die Abwägung einfließen. Informationsintermediäre können ein Interesse haben, für die Nutzenden eine kommunikationsfreundliche Atmosphäre zu schaffen, in der ohne das Risiko debattiert werden kann, durch (noch rechtmässige) Hassrede attackiert zu werden.¹⁶⁷ Auf diese Weise werden – zumindest mittelbar – auch Drittinteressen in die Abwägung einbezogen.¹⁶⁸ Dies kann – je nach Ausrichtung des Netzwerks – auch im kommerziellen Interesse der Plattform liegen, die darauf abzielt, ein attraktives Werbeumfeld zu schaffen und so die Finanzierung sicherzustellen.¹⁶⁹

¹⁶¹ ELSASS/LABUSGA/TICHY, S. 239; siehe auch PILLE, S. 339 ff.

¹⁶² SUNYAEV/SCHMIDT-KRAEPELIN/THIEBES, N 19; siehe auch KELLNER, S. 57 ff.; BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 66 f.; KNEBEL, S. 161 f.

¹⁶³ BVerfGE 152, 152, (185), N 77.

¹⁶⁴ SCHEFER/CUENI, S. 63, 65; BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 78; MÜLLER-FRANKEN, S. 12.

¹⁶⁵ EIFERT, S. 29; BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 81.

¹⁶⁶ Siehe dazu oben Ziff. IV; LÜDEMANN, S. 279 ff.

¹⁶⁷ LÜDEMANN, S. 281 f.

¹⁶⁸ KÖNIG, S. 634; LÜDEMANN, S. 282; HELDT, Drittwirkung, S. 225; BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 75.

¹⁶⁹ BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 73.

Die Freiheit der Informationsintermediäre zum Löschen von Inhalten ist aber nicht unbeschränkt.¹⁷⁰ Auf die Notwendigkeit sachlicher Gründe für Löschungen ist bereits hingewiesen worden. Das bedeutet auch, dass Diskriminierungen sowohl gegenüber Personen als auch bezüglich Inhalten zu vermeiden sind.¹⁷¹

e. Ausrichtung der Plattform

Tiefer sind die Anforderungen bei Plattformen, die eine bestimmte thematische Ausrichtung definiert haben und ein bestimmtes Zielpublikum anvisieren.¹⁷² Solche Konzeptentscheidungen¹⁷³ mit Ausschlusskonsequenzen sind grundsätzlich legitim¹⁷⁴ und werden durch die unternehmerische Freiheit gedeckt. «Wer eine Plattform für Rezepte oder Handarbeiten betreibt, muss dort keine allgemeinen politischen Diskussionen dulden.»¹⁷⁵ Wird dagegen ein Raum für den öffentlichen Verkehr geöffnet und somit ein zweckoffenes Konzept verfolgt, sind damit weniger anererkennungsfähige Ausschlussrechte und -gründe verbunden als bei einer Plattform, der ein erkennbares zweckgebundenes Konzept zugrundeliegt.¹⁷⁶ Es ist zwar möglich, durch Zweckbindung politischen Streit von einer Plattform fernzuhalten, problematisch wäre es dagegen, bestimmte politische Ansichten als solche zu verbieten.¹⁷⁷

f. Sperrung oder Kündigung von Konten

Die Sperrung eines Accounts schränkt die Nutzenden wesentlich stärker ein als die Löschung eines einmaligen Posts unter grundsätzlicher Wahrung der Berechtigung, weiterhin auf der Plattform kommunikativ tätig zu sein.¹⁷⁸ In der Praxis sind Abstufungen denkbar. Neben einer Befristung von Sperren kann einer fehlbaren Person beispielsweise nur die aktive Kommunikation auf der Plattform verwehrt werden (Lesemodus), ohne dass der Zugriff generell gesperrt wird.

Auch hier ist bei der Inhaltskontrolle von AGB, welche Sperrungen vorsehen, eine Abwägung erforderlich. Dabei werden allerdings die grundrechtlichen Anliegen der Nutzenden tendenziell stärker ins Gewicht fallen, als wenn nur Grundlagen für eine Löschung geprüft werden. Angesichts der stärkeren Beeinträchtigung der Grundrechtsausübung ist das wenig überraschend.

¹⁷⁰ BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 80.

¹⁷¹ EIFERT, S. 30.

¹⁷² BUCHHEIM, S. 33, 38, Fn. 133; SCHEFER/CUENI, S. 66.

¹⁷³ Siehe zum Begriff des Konzeptansatzes BUCHHEIM, S. 15 ff.

¹⁷⁴ BUCHHEIM, S. 30; SCHEFER/CUENI, S. 66.

¹⁷⁵ RAUE, Meinungsfreiheit, S. 968.

¹⁷⁶ BUCHHEIM, S. 33, 42.

¹⁷⁷ RAUE, Regulierung, S. 237.

¹⁷⁸ Siehe zur Problematik BUCHHEIM, S. 40.

Eine vertraglich vorgesehene Kündigung kann dann problematisch sein, wenn eine Kontrahierungspflicht vorliegt.¹⁷⁹ Das Bundesgericht hat dazu vier Voraussetzungen umschrieben: Es verlangt erstens, «dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet. (...) Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Dienstleistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören. Dazu zählen Güter und Leistungen, die heute praktisch jedermann zur Verfügung stehen und im Alltag in Anspruch genommen werden.» Drittens sei erforderlich, dass «dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung seines Normalbedarfs fehlen. Von einer solchen Machtkonstellation ist dann auszugehen, wenn entweder nur ein einziger Anbieter zureichend erreichbar ist, oder wenn sich alle in Frage kommenden Anbieter gegenüber dem Interessenten gleichermassen ablehnend verhalten.» Hinzu kommen muss viertens, dass «keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses» vorliegen.¹⁸⁰ Ob diese Punkte erfüllt sind, ist im Einzelfall zu prüfen.

g. Prozedurale Vorgaben

Die AGB müssen grundsätzlich so ausgestaltet sein, dass der Katalog der unzulässigen und deshalb zu entfernenden Inhalte «präzise und für die Nutzenden vorhersehbar» formuliert ist.¹⁸¹ Ein Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG kann auch darin bestehen, dass eine AGB-Klausel nicht klar und verständlich ist.¹⁸² In der Praxis wird es oft schwerfallen, die Löschgründe abschliessend so zu definieren, dass die umschriebenen Mindeststandards an Klarheit und Vorausschbarkeit erfüllt sind. Das AGB-Recht zieht bei der Abwägung ferner in Betracht, inwiefern allfällige Nachteile durch Vorteile kompensiert werden, wobei die sich kompensierenden Elemente in einem engen Sachzusammenhang stehen müssen.¹⁸³ Denkbar ist, im Rahmen der Abwägung prozedurale Vorkehrungen einzufordern, um gewisse Mängel punkto Klarheit der AGB zu kompensieren.¹⁸⁴

Der deutsche Bundesgerichtshof hat in zwei Leiturteilen vom 29. Juli 2021¹⁸⁵ aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gegenüber Facebook verfahrensrechtliche Anforderungen sowohl für die Löschung von Inhalten als auch die Sperrung von Konten abgeleitet. Zunächst wird eine sorgfältige Aufklärung des betreffenden Sachverhalts gefordert.¹⁸⁶ Dazu gehört aus Sicht des Gerichts, dass sich Facebook in den AGB verpflichtet,

¹⁷⁹ RAUE, Plattformnutzungsverträge, N 7.

¹⁸⁰ BGE 129 III 35 E. 6.3.

¹⁸¹ SCHEFER/CUENI, S. 66.

¹⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1153d; MITROVIC, N 320 f.

¹⁸³ Siehe dazu THOUVENIN, BSK UWG, Art. 8 N 120 ff.

¹⁸⁴ Siehe zur Anknüpfung an das AGB-rechtliche Missverhältnis HENNEMANN/HELDT, S. 991.

¹⁸⁵ BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, sowie III ZR 192/20 vom 29. Juli 2021; siehe dazu KAHL/HORN, S. 703 ff.

¹⁸⁶ BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 83.

die betroffenen Nutzenden über die Entfernung eines Beitrages bzw. eine beabsichtigte Sperrung des Nutzerkontos umgehend zu informieren. In diesem Rahmen sind der Grund für die Massnahme mitzuteilen und eine Möglichkeit zur Gegenäusserung einzuräumen, an die sich eine Wiedererwägung mit der Möglichkeit zur Wiederzugänglichmachung des entfernten Beitrags anschliesst.¹⁸⁷ Bei Löschungen genügt es, wenn die Anhörung unmittelbar nach der Entfernung des Inhalts erfolgt,¹⁸⁸ bei einer Sperrung müssen Information und Anhörung dagegen vor dem Vollzug der Massnahme stattfinden.¹⁸⁹ Dass solche Vorkehrungen in den AGB von Facebook nicht vorgesehen waren, wurde vom Gericht als unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB betrachtet, wo – in vielen Punkten ähnlich, aber nicht deckungsgleich wie in Art. 8 UWG – die Inhaltskontrolle von AGB geregelt wird.

F. Fazit

Die AGB von Informationsintermediären sind Ausdruck ihrer «einseitigen Gestaltungsmacht».¹⁹⁰ Dieses Machtgefälle soll auf dem Wege der AGB-Kontrolle eingehegt werden. Das AGB-Recht wird dabei zum «Vehikel», um auch verfassungsrechtliche Anliegen in die privaten Ordnungen zu integrieren.¹⁹¹ Dabei mutiert die AGB-Kontrolle von einem Instrument zum Schutze der Vertragsgerechtigkeit zu einer Vertragskontrolle im gesellschaftlichen Interesse.¹⁹² Geht man davon aus, dass es sich bei den AGB um eine Form von Selbstregulierung handelt, die durch die AGB-Kontrolle rechtlich reguliert wird, kann man von einem Beispiel für regulierte Selbstregulierung sprechen.¹⁹³

¹⁸⁷ BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 85.

¹⁸⁸ BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 88.

¹⁸⁹ BGH, III ZR 179/20 vom 29. Juli 2021, N 87.

¹⁹⁰ KUMKAR, S. 542.

¹⁹¹ MAST, S. 294.

¹⁹² MAST, S. 290.

¹⁹³ MAST, S. 294 ff.; siehe grundsätzlich HOFFMANN-RIEM, Selbstregulierung, S. 27 ff.; siehe auch SAXER, Medien, S. 66 ff.

VI. Ausblick

Am 5. April 2023 hat der Bundesrat das UVEK beauftragt eine Vernehmlassungsvorlage zur Regulierung grosser Kommunikationsplattformen auszuarbeiten. Dabei sollen sich die neuen Bestimmungen, «wo sinnvoll, an den Regeln des Digital Services Act der Europäischen Union orientieren.»¹⁹⁴ Vor diesem Hintergrund lohnt es sich, kurz einen Blick auf dieses EU-Regelwerk zu werfen. Ziel ist nicht, hier den gesamten DSA vorzustellen.¹⁹⁵ Im Sinne eines Ausblicks sollen kurz und schlaglichtartig einzelne Elemente des Erlasses in den Blick gefasst werden, die einen Bezug zu den oben diskutierten Konstellationen aufweisen. Beim DSA handelt es sich um eine EU-Verordnung, die in den Mitgliedstaaten direkt anwendbar ist. Der DSA ist am 17. Februar 2024 vollständig in Kraft getreten (Art. 93 DSA).

Der DSA führt nicht zu einer staatlichen Inhaltskontrolle, sondern knüpft an die bisherigen Erfahrungen der regulierten Selbstregulierung an und auferlegt den Intermediären Sorgfalts-, Transparenz- und prozedurale Pflichten. Er will ein «sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld [schaffen], in dem (...) die in der Charta verankerten Grundrechte (...) wirksam geschützt werden» (Art. 1 Abs. 1 DSA). Die Grundrechtsbindung von Plattformen ist grundlegender Strukturgedanke des DSA¹⁹⁶ und schlägt sich auch in den einzelnen Normen der Verordnung nieder.

Art. 14 Abs. 1 DSA verlangt, dass die Informationsintermediäre in ihren AGB allfällige Beschränkungen, die den Nutzenden auferlegt werden, transparent machen und auch Angaben zu den Kriterien bei der Inhaltmoderation und zu den Algorithmen vorlegen. Bei der *Anwendung und Durchsetzung* dieser Beschränkungen sind die Grundrechte der Nutzenden zu berücksichtigen. Ob diese Norm auch eine Art AGB-Inhaltskontrolle vorsieht und auch für die *Gestaltung* der AGB selbst Anwendung findet, wie Erwägungsgrund 47 der Verordnung vorsieht, ist umstritten.¹⁹⁷

Der DSA formuliert ferner prozedurale Vorgaben. Werden von den Nutzenden gepostete Inhalte gelöscht oder erfolgt eine Sperrung des Accounts, muss dies den Betroffenen mit Begründung mitgeteilt werden (Art. 17 DSA). Die Begründungspflicht bezieht sich sowohl auf Massnahmen gegen rechtswidrige Inhalte als auch auf Interventionen, die sich gegen Informationen richten, die gegen die Nutzungsbedingungen verstossen. Damit sagt der DSA implizit, dass Löschungen nicht nur gegen rechtswidrige Inhalte möglich sind.¹⁹⁸ Zudem müssen Plattformen jährlich Transparenzberichte über ihr Löscho- und Sperrverhalten veröffentlichen (Art. 15 DSA).

¹⁹⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 5. April 2023: «Grosse Kommunikationsplattformen: Bundesrat strebt Regulierung an».

¹⁹⁵ Für einen Überblick siehe etwa RAUE/HEESEN.

¹⁹⁶ DENG, Plattformregulierung, S. 582.

¹⁹⁷ Bejahend: RAUE/HEESEN, N 22; ablehnend: BERBERICH, N 35.

¹⁹⁸ GERDEMANN/SPINDLER, S. 8

Gegen Beschränkungen können Nutzende sich bei der entsprechenden Plattform im Rahmen eines in Art. 20 DSA vorgesehenen Beschwerdeverfahrens kostenlos und auf elektronischem Weg zur Wehr setzen. Auf diese Weise kommen sie zu einem nachträglichen Anhörungsrecht und haben einen Anspruch auf Neubeurteilung, die nicht ausschliesslich automatisiert erfolgen darf. Nach einem erfolglosen internen Beschwerdeverfahren können die Betroffenen verlangen, dass bei einer unabhängigen akkreditierten Stelle eine aussergerichtliche Schlichtung durchgeführt wird (Art. 21 DSA). Zu erwähnen ist abschliessend die Beschwerdemöglichkeit nach Art. 53 DSA. Nach dieser Bestimmung haben Nutzende das Recht, beim Koordinator für digitale Dienste des Mitgliedstaats, in dem sie sich aufhalten oder niedergelassen sind, Beschwerde gegen Informationsintermediäre wegen einer Zuwiderhandlung gegen den DSA einzulegen. In diesem Rahmen kann auch beanstandet werden, Plattformbetreiber hätten sich nicht an die DSA-Vorgaben hinsichtlich AGB gehalten. Eine Verletzung der entsprechenden Grundsätze kann zu Sanktionen führen.¹⁹⁹

Dieser kurze und aus sehr enger Perspektive skizzierte Ausschnitt zeigt, dass die in Anwendung der AGB-Kontrolle entwickelten Grundsätze zu einem grossen Teil in positive Rechtsnormen eingeflossen sind. Es wird sich zeigen, inwiefern das nun geltende Regime praktikabel ist und sich bewähren wird.

VII. Literaturverzeichnis

- ADELBERG PHILIPP NIKOLAUS, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, Zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten, Wiesbaden 2020
- BACHER BETTINA, Digitalprivatrecht – Begriff und Strukturelemente, Eine Skizze am Beispiel der Kommunikationssteuerung durch Social-Media-Plattformen, Jusletter vom 8. Juni 2020
- BARCZAK TRISTAN, Konstitutionalisierung der Privatrechtsordnung, in: Scheffczyk Fabian/Wolter Kathleen (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Band 4, Berlin 2017, S. 91 ff.
- BECK KLAUS/DONGES PATRICK, Vermittlung: Begriffe und Modelle für die Kommunikationswissenschaft, in: Jarren Otfried/Neuberger Christoph (Hrsg.), Gesellschaftliche Vermittlung in der Krise, Medien und Plattformen als Intermediäre, Baden-Baden 2020, S. 21 ff.
- BERBERICH MATTHIAS, § 5, in: Steinrötter Björn (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, Baden-Baden 2023, S. 127 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017
- BOSSHART STEFAN/HOFSTETTER BRIGITTE, Forschungsstand: Was wir bisher über den Medienwandel wissen, in: Puppis Manuel/Schenk Michael/Hofstetter Brigitte (Hrsg.), Medien und Meinungsmacht, Zürich 2017, S. 85 ff.
- BRÄUTIGAM PETER, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, S. 635 ff.

¹⁹⁹ MAST, S. 291.

- BRÄUTIGAM PETER/RICHTER DIANA, Vertragliche Aspekte der Social Media, in: Hornung Gerrit/Müller-Terpitz Ralf (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl., Berlin 2021, S. 81 ff.
- BRINGS-WIESEN TOBIAS/DAMBERG-JÄNSCH ALICIA, Der *free flow of information* im Wandel des digitalen Zeitalters: Eine Bestandsaufnahme der internetbezogenen Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK, UFITA 2020, S. 284 ff.
- BUCHHEIM JOHANNES, Rechtfertigungszentrierte Grundrechtslehren, in: Müller Daniel Bernhard/Dittrich Lars (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Band 6, Berlin 2022, S. 3 ff.
- BUCHNER BENEDIKT, Die Einwilligung im Datenschutzrecht – vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument, DuD 2010
- BUMKE CHRISTIAN/VOSSKUHL ANDREAS, Casebook Verfassungsrecht, 9. Aufl., Tübingen 2023
- CARVALHO JULIO/NEGÓCIO RAMON, Wer macht die Regeln? Zur emergenten Normativität der digitalen Plattformen, RW 2021, S. 452 ff.
- DEDUAL ALESSIA, Geltungserhaltende Reduktion, Richterliche Ersatzregelbildung im schweizerischen Vertragsrecht, Tübingen 2017
- DENGA MICHAEL, Plattformregulierung durch europäische Werte: Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, S. 569 ff. (zit. DENGA, Plattformregulierung)
- DENGA MICHAEL, Zurechnung, Vom Trennungsprinzip zum Mehrebenensystem, Tübingen 2022 (zit. DENGA, Zurechnung)
- DOLATA ULRICH, Internetkonzerne: Konzentration, Konkurrenz und Macht, in: Dolata Ulrich/Schrape Jan-Felix (Hrsg.), Kollektivität und Macht im Internet, Soziale Bewegungen – Open Source Communities – Internetkonzerne, Wiesbaden 2018, S. 101 ff. (zit. DOLATA, Internetkonzerne)
- DOLATA ULRICH, Plattform-Regulierung, Koordination von Märkten und Kuratierung von Sozialität im Internet, Berlin J Soziol 2019, S. 179 ff. (zit. DOLATA, Plattform-Regulierung)
- DREXL JOSEF, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, Wie weit reichen die Mittel der Medienregulierung?, ZUM 2017, S. 529 ff.
- DUMERMUTH MARTIN, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG, Besprechung von BGE 149 I 2, AJP 2023, S. 1042 ff.
- EGLI PATRICIA, Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Zürich 2002
- EIFERT MARTIN, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Plattformregulierung, in: Eifert Martin/Gostomzyk Tobias, Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, Baden-Baden 2018, S. 9 ff.
- EISENEGGER MARK, Dritter, digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit als Folge der Plattformisierung, in: Eisenegger Mark/Prinzing Marlis/Ettinger Patrik/Blum Roger (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, Historische Verortung, Modelle und Konsequenzen, Wiesbaden 2021, S. 17 ff.
- ELSASS LENNART/LABUSGA JAN-HENDRIK/TICHY ROLF, Löschungen und Sperrungen von Beiträgen und Nutzerprofilen durch die Betreiber sozialer Netzwerke, CR 2017, S. 234 ff.
- ENGEL ANDREAS, Schwärme im Internationalen Zivilverfahrensrecht und im Internationalen Privatrecht, in: Köhler Ben/Korch Stefan (Hrsg.), Schwärme im Recht, Tübingen 2022, S. 123 ff.
- ERRASS CHRISTOPH/RECHSTEINER DAVID, Kommentar zu Art. 17 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. ERRASS/RECHSTEINER, St. Galler Kommentar BV, Art. 17 N ...)
- FRANK SABINE, Inhaltenmoderation, MMR 2022, S. 1026 ff.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, OR AT, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020

- GERDEMANN SIMON/SPINDLER GERALD, Das Gesetz über digitale Dienste (Digital Services Act) (Teil 1), GRUR 2023, S. 3 ff.
- GIERE KATRIN, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), Baden-Baden 2021
- GLÄSER ISABEL, Anwendbares Recht auf Plattformverträge – Fragen des IPR bei sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook, MMR 2015, S. 699 ff.
- GOSTOMZYK TOBIAS, Grundrechtsträgerschaft für soziale Netzwerke? Der Anwendungsbereich des Art.19 Abs.3 GG, in: Eifert Martin/Gostomzyk Tobias (Hrsg.), Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, Baden-Baden 2018, S. 109 ff.
- GOUNALAKIS GEORGIOS, Rechtliche Grenzen der Autocomplete-Funktion von Google, NJW 2013, S. 2321 ff.
- GRABER CHRISTOPH BEAT, Zum Konzept des Rechts in der «Gesellschaft der Netzwerke», in: Ladeur Karl-Heinz/Ingold Albert/Graber Christoph Beat/Wielsch Dan (Hrsg.), Die Zukunft der Medienverfassung, Tübingen 2021, S. 113 ff.
- GRISSE KARINA, Internetangebotssperren, Zivilrechtliche Vermittlerhaftung von Internetzugangsanbietern, Tübingen 2018
- HABERMAS JÜRGEN, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik, Berlin 2022
- HEIDTKE ARON, Meinungsbildung und Medienintermediäre, Baden-Baden 2020
- HELBIG KAROLINE, Der Einfluss von Algorithmen auf demokratische Deliberation, in: Mohabbat Kar Resa/Thapa Basanta/Parycek Peter (Hrsg.), (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, Berlin 2018, S. 339 ff.
- HELDT AMÉLIE P., Intermediärsregulierung: Quo Vadis NetzDG & Co?, UFITA 2020, S. 529 ff. (zit. HELDT, Intermediärsregulierung)
- HELDT AMÉLIE, Intensivere Drittwirkung, Tübingen 2023 (zit. HELDT, Drittwirkung)
- HELLGARDT ALEXANDER, Regulierung und Privatrecht, Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016
- HENNEMANN MORITZ/HELDT AMÉLIE, Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch soziale Netzwerke, ZUM 2021, S. 981 ff.
- HILTY RETO M., Kommentar zu Art. 2 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Basler Kommentar zum UWG, Basel 2013 (zit. HILTY, BSK UWG, Art. ... N ...)
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Recht im Sog der digitalen Transformation, Tübingen 2022 (zit. HOFFMANN-RIEM, Recht)
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung im digitalen Kontext, in: Fehling Michael/Schliesky Utz (Hrsg.), Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt, Baden-Baden 2016, S. 27 ff. (zit. HOFFMANN-RIEM, Selbstregelung)
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 2017, S. 1 ff. (zit. HOFFMANN-RIEM, Verhaltenssteuerung)
- HOLOUBEK MICHAEL, Plattformregulierung aus grundrechtlicher Perspektive, in: Grabenwarter Christoph/Holoubek Michael/Leitl-Staudinger Barbara (Hrsg.), Regulierung von Kommunikationsplattformen. Aktuelle Fragen der Umsetzung, Wien 2022, S. 29 ff.
- HOLZNAGEL DANIEL, Mit AGB gegen Hass im Netz: Kann man Online-Plattformen zwingen, ihre Community Standards durchzusetzen?, CR 2023, S. 539 ff. (zit. HOLZNAGEL, AGB)

- HOLZNAGEL DANIEL, Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?, CR 2018, S. 369 ff. (zit. HOLZNAGEL, Overblocking)
- HUMBORG CHRISTIAN/NGUYEN THUY ANH, Die publizistische Gesellschaft, Journalismus und Medien im Zeitalter des Plattformkapitalismus, Wiesbaden 2018
- INGOLD ALBERT, Filter und Filtersouveränitäten, in: Hermstrüwer Yoan/Lüdemann Jörn (Hrsg.), Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, Tübingen 2021, S. 57 ff. (zit. INGOLD, Filter)
- INGOLD ALBERT, Governance of Algorithms. Kommunikationskontrolle durch «Content Curation» in sozialen Netzwerken, in: Unger Sebastian/von Ungern-Sternberg Antje (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, Tübingen 2019, S. 183 ff. (zit. INGOLD, Governance)
- JARREN OTFRIED/FISCHER RENATE, Die Plattformisierung von Öffentlichkeit und der Relevanzverlust des Journalismus als demokratische Herausforderung, in: Seeliger Martin/Sevignani Sebastian (Hrsg.), Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?, Baden-Baden 2021, S. 365 ff.
- JUST NATASCHA, Kommunikationsplattformen: Entwicklung, Funktionen und Märkte, in: Grabenwarter Christoph/Holoubek Michael/Leitl-Staudinger Barbara (Hrsg.), Regulierung von Kommunikationsplattformen, Aktuelle Fragen der Umsetzung, Wien 2022, S. 1 ff.
- JUST NATASCHA/LATZER MICHAEL, Governance by algorithms: reality construction by algorithmic selection on the Internet, Media, Culture & Society 2017, S. 238 ff.
- KAHL JONAS/HORN FRANZISKUS, Sperrungen in sozialen Netzwerken: Verfahrensrechtliche Vorgaben des BGH, K&R 2021, S. 703 ff.
- KATZENBACH CHRISTIAN, Der «Algorithmic turn» in der Plattform-Governance, Die diskursive, politische und technische Positionierung von Algorithmen und KI als «technological fix» für komplexe Herausforderungen, Köln Z Soziol 2022, Suppl 1, S. 283 ff. (zit. KATZENBACH, «Algorithmic turn»)
- KATZENBACH CHRISTIAN, Die Ordnung der Algorithmen – Zur Automatisierung von Relevanz und Regulierung gesellschaftlicher Kommunikation, in: Mohabbat Kar Resa/Thapa Basanta/Parycek Peter (Hrsg.), (Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft, Berlin 2018, S. 315 ff. (zit. KATZENBACH, Ordnung)
- KELLER CLAUDIA, AGB von Social-Media-Plattformen, Dem geschenkten Gaul ins Maul geschaut, Medialex 2012, S. 188 ff.
- KELLNER ANNA, Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, Baden-Baden 2019
- KIENER REGINA, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, § 30
- KLONICK KATE, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, HARV. L. REV. 2018, S. 1598 ff.
- KNEBEL SOPHIE VICTORIA, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke, Baden-Baden 2018
- KNORR CHARLOTTE, Soziale Affordanzen der Thematisierung auf Medienplattformen, Wiesbaden 2022
- KÖNIG CARSTEN, Vertragliche Gestaltung der Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, AcP 2019, S. 611 ff.
- KOSSEFF JEFF, The Twenty-Six Words That Created the Internet, Ithaca 2019
- KRAMER ERNST A., Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, ZSR 137, 2018, I, S. 295 ff.
- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Bern 2023
- KROEMER LARS C., Drittwirkung der Grundrechte, Die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft als staatsrechtliche Bedingung der Drittwirkungsproblematik, Tübingen 2024

- KÜHLING JÜRGEN, Die Verantwortung der Medienintermediäre für die demokratische Diskursvielfalt, Algorithmenregulierung für Facebook, Twitter & Co.?, JZ 2021, S. 529 ff.
- KUMKAR LEA KATHARINA, Plattform-Recht revisited: Umgang mit den Marktordnungen digitaler Plattformen de lege lata et ferenda, ZEuP 2022, S. 530 ff.
- LADEUR KARL-HEINZ/GOSTOMZYK TOBIAS, Das Medienrecht und die Herausforderung der technologischen Hybridisierung, K&R 2018, S. 686 ff.
- LANG ANDREJ, Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit, AöR 2018, S. 220 ff.
- LATZER MICHAEL/HOLLNBUCHNER KATHARINA/JUST NATASCHA/SAURWEIN FLORIAN, The economics of algorithmic selection on the Internet, in: Bauer Johannes M./Latzer Michael (Hrsg.), Handbook on the Economics of the Internet, Cheltenham 2016, S. 395 ff.
- LEHMANN PETER/HONSELL HEINRICH, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. LEHMANN/HONSELL, BSK ZGB I, Art. 2 N ...)
- LESSIG LAWRENCE, Code and other Laws of Cyberspace, New York 1999 (zit. LESSIG, Code)
- LESSIG LAWRENCE, Code Version 2.0, New York 2006 (zit. LESSIG, Version 2.0)
- LIESEM KERSTIN, Opening the Black Box «Algorithmus» – Die Medienintermediärsregulierung im Entwurf zum Medienstaatsvertrag, K&R 2019, S. 687 ff.
- LISCHKA KONRAD, Wie Algorithmen Öffentlichkeit strukturieren, AfP 2018, S. 388 ff.
- LOOSEN WIEBKE/SCHOLL ARMIN, Journalismus und (algorithmische) Wirklichkeitskonstruktion, Epistemologische Beobachtungen, M&K 2017, S. 348 ff.
- LÜBBE-WOLFF GERTRUDE, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988
- LÜDEMANN JÖRN, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, S. 279 ff.
- MARTIN CÉLINE, Grundrechtskollisionen, Basel 2007
- MAST TOBIAS, AGB-Recht als Regulierungsrecht, JZ 2023, S. 287 ff.
- MAYER MAGDALENA, Soziale Netzwerke im Internet im Lichte des Vertragsrechts, Stuttgart 2018
- MEISE BARBARA/HUGUENIN CLAIRE, Kommentar zu Art. 19/20 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. MEISE/HUGUENIN, BSK OR I, Art. 19/20 N ...)
- MENDELSON JULIANE K., Die «normative Macht» der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, S. 8 ff.
- METZGER AXEL, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 2016, S. 817 ff.
- MICHL FABIAN, Die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht, JURA 2017, S. 1062 ff.
- MITROVIC MILIVOJE, Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 2022
- MUCKEL STEFAN, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft. Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVDStRL, Bd. 79, Berlin 2020
- MÜLLER GEORG, Schutzwirkung der Grundrechte, in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VII/2, Heidelberg 2007, § 204 (zit. MÜLLER G., Schutzwirkung)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Bern 1964 (zit. MÜLLER J. P., Grundrechte)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, V.1, S. 1049 ff. (zit. MÜLLER J. P., Entstehung)

- MÜLLER JÖRG PAUL, Praktische Konkordanz in der Verfassungsinterpretation, in: Bernard Frédéric/Hertig Randall Maya/Bovet Christian/Flückiger Alexandre (Hrsg.), *Le droit au service de l'humanité, Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Genève 2023, S. 329 ff. (zit. MÜLLER J. P., Konkordanz)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018 (zit. MÜLLER J. P., Verwirklichung)
- MÜLLER-FRANKEN SEBASTIAN, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen, AfP 2018, S. 1 ff.
- NEUBERGER CHRISTOPH, Funktionale und defekte Öffentlichkeit in der Demokratie – Analyse und Anwendung am Beispiel der Schweiz, Berlin 2020, <www.bakom.ch> Elektronische Medien/Studien/Einzelstudien (zit. NEUBERGER, Öffentlichkeit)
- NEUBERGER CHRISTOPH, Journalismus und Plattformen als vermittelnde Dritte in der digitalen Öffentlichkeit, Köln Z Soziol 2022, Suppl 1, S. 159 ff. (NEUBERGER, Journalismus)
- PATROS LENARD, Die Datenschutzstrategie von Meta, RD 2023, S. 584 ff.
- PENTZOLD CHRISTIAN/KATZENBACH CHRISTIAN/FRAAS CLAUDIA, Digitale Plattformen und Öffentlichkeiten mediatisierter politischer Kommunikation, APuZ 22–23/2014, S. 28 ff.
- PILLE JENS-ULLRICH, Meinungsmacht sozialer Netzwerke, Baden-Baden 2016
- PUPPIS MANUEL, Digitale Öffentlichkeit und Medienpolitik: Von Media Governance zu Mediation Governance, in: Prinzing Marlis/Seethaler Josef/Eisenegger Mark/Ettinger Patrik (Hrsg.), *Regulierung, Governance und Medienethik in der digitalen Gesellschaft*, Wiesbaden 2024, S. 81 ff. (zit. PUPPIS, Öffentlichkeit)
- PUPPIS MANUEL, Medienpolitik, 3. Aufl., Tübingen 2023 (zit. PUPPIS, Medienpolitik)
- RAUE BENJAMIN, Die Regulierung von Hate Speech mit Mitteln des Zivilrechts, JZ 2022, S. 232 ff. (zit. RAUE, Regulierung)
- RAUE BENJAMIN, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, Ansprüche von Nutzern sozialer Netzwerke gegen die Löschung ihrer Beiträge, JZ 2018, S. 961 ff. (zit. RAUE, Meinungsfreiheit)
- RAUE BENJAMIN, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, S. 209 ff. (zit. RAUE, Plattformnutzungsverträge)
- RAUE BENJAMIN/HEESEN HENDRIK, Der Digital Services Act, NJW 2022, S. 3537 ff.
- ROSSNAGEL ALEXANDER, Technik, Recht und Macht, MMR 2020, S. 222 ff.
- SANDHU AQILAH, Die Wettbewerbsbehörden als Datenschutzhüter, EuZW 2024, S. 26 ff.
- SAURWEIN FLORIAN/JUST NATASCHA/LATZER MICHAEL, Algorithmische Selektion im Internet: Risiken und Governance automatisierter Auswahlprozesse, kommunikation@gesellschaft 2017
- SAXER URS, Medien- und Kommunikationsverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2020, VIII.13, S. 2371 ff. (zit. SAXER, Verfassung)
- SAXER URS, Von den Medien zu den Plattformen, Tübingen 2023 (zit. SAXER, Medien)
- SCHEFER MARKUS, Kommunikationsgrundrechte, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2020, V.11, S. 1413 ff.
- SCHEFER MARKUS/CUENI RAPHAELA, Öffentlichkeit im Wandel: Überlegungen aus grundrechtlicher Sicht. Studie zu Händen des BAKOM, Basel 2020 (<www.bakom.ch> → Elektronische Medien → Studien → Einzelstudien)
- SCHIFF ALEXANDER, Informationsintermediäre, Tübingen 2021
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 1 ff.
- SCHMIDT JAN-HINRIK, Zwischen Partizipationsversprechen und Algorithmenmacht, Wie soziale Medien politisches Handeln prägen, Erfurt 2022

- SCHWEITZER HEIKE, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische «Plattform-Regulierung», ZEuP 2019, S. 1 ff.
- SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020
- SIEGERT GABRIELE, Phänomene des Media Bias im Internet, in: Stern Klaus/Peifer Karl-Nikolaus/Hain Karl-E. (Hrsg.), Media Bias im Internet – Tendenzfreiheit und Vielfalt von Medien(inhalten), München 2016, S. 45 ff.
- SOSNITZA OLAF, Das Internet der Dinge – Herausforderung oder gewohntes Terrain für das Zivilrecht?, CR 2016
- SPIECKER GENANNT DÖHMANN INDRA, Verantwortung bei begrenztem Wissen in der vernetzten Welt, in: Fehling Michael/Schliesky Utz (Hrsg.), Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt, Baden-Baden 2016, S. 53 ff.
- STAAB PHILIPP/THIEL THORSTEN, Privatisierung ohne Privatismus, Soziale Medien im digitalen Strukturwandel der Öffentlichkeit, in: Seeliger Martin/Sevignani Sebastian (Hrsg.), Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?, Baden-Baden 2021, S. 277 ff.
- STARK BIRGIT/MAGIN MELANIE, Neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit durch Informationsintermediäre: Wie Facebook, Google & Co die Medien und den Journalismus verändern, in: Eisenegger Mark/Udris Linards/Ettinger Patrik (Hrsg.), Wandel der Öffentlichkeit und der Gesellschaft, Gedenkschrift für Kurt Imhof, Wiesbaden 2019, S. 377 ff.
- SUNYAEV ALI/SCHMIDT-KRAEPELIN MANUEL/THIEBES SCOTT, Ökonomische Grundlagen, Chancen und Perspektiven von Social Media, in: Hornung Gerit/Müller-Terpitz Ralf (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl., Berlin 2021, S. 41 ff.
- SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, S. 93 ff.
- THOUVENIN FLORENT, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.) Basler Kommentar zum UWG, Basel 2013 (zit. THOUVENIN, BSK UWG, Art. 8 N ...)
- TIEF SAMIRA, Kommunikation auf Facebook, Twitter & YouTube. Verfassungsrechtlicher Schutz der Informationsintermediäre und ihrer Nutzer durch die Medienfreiheiten, Berlin 2020
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021
- TSCHENTSCHER AXEL, Schutzpflichten, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, V.7, S. 1317 ff.
- TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS/SPRECHER FRANZISKA, Öffentliches Recht, 2. Aufl., Zürich 2019
- UHLMANN FELIX, Kommentar zu Art. 27 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015 (zit. UHLMANN, BSK BV, Art. ... N ...)
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER, Kommentar zu Art. 27 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar BV, Art. 27 N ...)
- VESTING THOMAS/CAMPOS RICARDO, Content Curation, Medienregulierung für das 21. Jahrhundert, KritV 2022, S. 3 ff.
- VOSOUGHI SOROUGH/ROY DEB/ARAL SINAN, The spread of true and false news online, Science 359 (2018), S. 1146 ff.
- VOSSKUHL ANDREAS, Zur Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht, in: Bruns Alexander et al. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürmer zum 70. Geburtstag, Band I, Tübingen 2013, S. 79 ff.
- WIELSCH DAN, Die Ordnungen der Netzwerke. AGB – Code – Community Standards, in: Eifert Martin/Gostomzyk Tobias (Hrsg.), Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, Baden-Baden 2018, S. 61 ff. (zit. WIELSCH, Ordnungen)

- WIELSCH DAN, Haftung des Mediums, in: Lomfeld Bertram (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz, Tübingen 2017, S. 125 ff. (zit. WIELSCH, Haftung)
- ZELLER FRANZ, Öffentlichrechtliches und internationales Medienrecht, 21. Aufl., Bern 2024
- ZELLER FRANZ/KIENER REGINA, Kommentar zu Art. 17 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015 (zit. ZELLER/KIENER, BSK BV, Art. 17 N ...)
- ZILLIEN NICOLE, Die (Wieder-)Entdeckung der Medien – Das Affordanzkonzept in der Mediensoziologie, Sociologia Internationalis 2008, S. 161 ff.

Amtliche Dokumente

- BAKOM, Bericht «Intermediäre und Kommunikationsplattformen» vom 17. November 2021
- BUNDESRAT, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht vom 11. Dezember 2015 (zit. BUNDESRAT, Provider)
- BUNDESRAT, Hassreden, Bestehen gesetzliche Lücken? Bericht vom 15. November 2023 in Erfüllung des Postulates 21.3450, SiK-S vom 25. März 2021 (zit. BUNDESRAT, Hassreden)
- BUNDESRAT, Rechtliche Basis für Social Media, Bericht in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015 (zit. BUNDESRAT, Social Media 1)
- BUNDESRAT, Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung, Nachfolgebericht zum Postulatsbericht Amherd 11.3912 «Rechtliche Basis für Social Media» vom 10. Mai 2017 (zit. BUNDESRAT, Social Media 2)

Aufenthaltsrecht von ausländischen Opfern häuslicher Gewalt

*Anja Martina Josuran-Binder/Gabriela Medici/Veronika Moser**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	163
II.	Ausgangslage	164
	A. Aufenthalt von ausländischen Opfern ehelicher Gewalt nach geltendem Recht	164
	B. Ausgewählte Problemfelder in der Praxis	166
	C. Parlamentarische Initiative zur Ausweitung der Härtefallregelung bei Opfern häuslicher Gewalt als Antwort	168
III.	Das Beweisverfahren und dessen föderale Ausgestaltung	169
	A. Nachweis der «ehelichen oder häuslichen Gewalt»	169
	B. Föderaler Vollzug der Regelung	174
IV.	Fazit	177
V.	Literaturverzeichnis	177

I. Einleitung

REGINA KIENERS Lebenslauf und Publikationsliste zeigt eindrücklich auf, dass sie sich auf vielfältigste Art und Weise für den Schutz von Minderheiten einsetzt. Einerseits ist ein grosser Teil ihrer Forschung der Grundrechtslehre gewidmet, andererseits hat sie aber auch immer wieder den Finger auf spezifische wunde Punkte gelegt – so etwa im Zusammenhang mit dem Zugang zum Rechtsschutz im Ausländerrecht, der Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, dem Recht auf Nothilfe bei weggewiesenen Asylsuchenden oder dem Schutz elementarer Rechte von Sans-Papiers. In den vielen angeregten Diskussionen, die wir als ehemalige Assistierende von Regina an ihrem Lehrstuhl erleben durften, haben wir stets gemerkt, dass es ihr von ganzem Herzen um den Schutz des Individuums, des

* ANJA MARTINA JOSURAN-BINDER, Dr. iur., Anwältin bei Bratschi AG. Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Regina Kiener von 2012–2015; GABRIELA MEDICI, Dr. iur., stv. Sekretariatsleiterin des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds (SGB); Präsidentin der Stiftung Frauenhaus Zürich. Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Regina Kiener von 2010–2013; VERONIKA MOSER, Dr. iur., Juristin im Bundesamt für Gesundheit (BAG). Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Regina Kiener von 2014–2017. Die Autorinnen vertreten im vorliegenden Beitrag ihre eigene Meinung.

einzelnen Menschen geht. Ganz im Sinne dieser Tradition, widmet sich dieser Beitrag in der Festschrift zu Ehren Reginas daher dem Aufenthaltsstatus von ausländischen Opfern häuslicher Gewalt – einem Regelungsgebiet, das den Schutz einer Minderheit in einer besonders prekären Situation gewährleisten sollte.

Die Regelung des Aufenthalts von ausländischen Opfern häuslicher Gewalt wurde vom Parlament kürzlich überarbeitet. Die entsprechende Änderung des Ausländer- und Integrationsgesetzes wurde vom Parlament am 14. Juni 2024¹ verabschiedet. Das Inkrafttreten ist noch nicht bestimmt, die Referendumsfrist läuft bis zum 3. Oktober 2024. In einem ersten Schritt zeigen wir auf, wie der Aufenthalt von ausländischen Opfern ehelicher Gewalt nach altem, aber noch geltendem Recht geregelt ist, was sich in der Praxis für Herausforderungen stellen und welche Änderungen mit der Gesetzesnovelle erfolgen. In einem zweiten Schritt vertiefen wir die Frage, inwiefern mit der Gesetzesänderung den Schwierigkeiten in der Praxis begegnet wird.

II. Ausgangslage

A. Aufenthalt von ausländischen Opfern ehelicher Gewalt nach geltendem Recht

Wenn das Aufenthaltsrecht ausländischer Ehepartnerinnen und Ehepartner vom Fortbestand des Zusammenlebens abhängt, kann dies in Fällen häuslicher Gewalt dazu führen, dass das Opfer bei der Ehepartnerin oder dem Ehepartner verbleibt, um sein Aufenthaltsrecht nicht zu gefährden. Um Opfer häuslicher Gewalt besser zu schützen, wurde diese rechtliche Verknüpfung in mehreren Etappen wesentlich entschärft. Vor 2008 konnten alle ausländischen Opfer häuslicher Gewalt einzig einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall geltend machen und um eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen ersuchen. Die Erteilung stand im Ermessen der Fremdenpolizeibehörden. Seit 2008 gilt eheliche Gewalt als explizit im Gesetz aufgeführter wichtiger, persönlicher Grund, der zu einem Anspruch auf Erteilung einer eigenen, vom gewalttätigen Ehepartner unabhängigen Aufenthaltsbewilligung führen kann. Ausländische Opfer von ehelicher Gewalt sowie deren Kinder, deren Aufenthaltsstatus von der Ehefrau oder vom Ehemann abhängt, haben nach Auflösung der Familiengemeinschaft einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer eigenen Aufenthaltsbewilligung, wenn deren Ehepartnerin oder Ehepartner die Schweizer Staatsbürgerschaft oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt (Art. 50 Abs. 1 lit. b und Art. 52 AIG²). Dasselbe gilt auch für

¹ BBl 2024 1449.

² Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

ausländische Opfer von ehelicher Gewalt, die in einer eingetragenen Partnerschaft gelebt haben (inkl. deren Kinder).³

Eine ähnliche Regelung existiert für Opfer ehelicher Gewalt, wenn ihre Ehepartnerin oder ihr Ehepartner in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt (Art. 77 Abs. 1 lit. b, 2 und 7 VZAE⁴). Diesfalls hat das Opfer jedoch keinen Rechtsanspruch auf Erteilung der selbständigen Aufenthaltsbewilligung, vielmehr liegt die Erteilung im Ermessen der zuständigen Behörde. Opfer ehelicher Gewalt, deren Ehepartnerin oder Ehepartner in der Schweiz über eine Kurzaufenthaltsbewilligung verfügt oder vorläufig aufgenommen wurde, haben keine entsprechende Möglichkeit, zu einer selbständigen ausländerrechtlichen Bewilligung zu gelangen.

Unabhängig vom Vorliegen ehelicher Gewalt entsteht nach drei Jahren gemeinsamen Ehelebens in der Schweiz und guter Integration ausserdem jeweils ein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung (Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG). Die besondere Schutzregelung zugunsten der Opfer ehelicher Gewalt ist daher jeweils nur dann von Relevanz, wenn die Ehe weniger als drei Jahre dauerte oder – trotz Erreichens der Zeitdauer – die Integrationskriterien nicht erfüllt sind.

Die Schweiz gewährleistet mit dieser Regelung die internationalen Standards nicht vollständig. Gemäss Art. 59 der Istanbul-Konvention⁵ ist Opfern häuslicher Gewalt, deren Aufenthaltsstatus von der Ehefrau oder vom Ehemann, respektive der Partnerin oder dem Partner abhängt, bei besonders schwierigen Umständen, ein eigener Aufenthaltstitel zu erteilen; unabhängig von der Dauer der Ehe oder Partnerschaft. Die Schweiz gewährt diesen Anspruch, wie beschrieben, nur Opfern, deren Ehepartnerinnen oder Ehepartner das Schweizer Bürgerrecht besitzen oder über die Niederlassungsbewilligung verfügen. Aus diesem Grund hat die Schweiz bei der Ratifizierung der Istanbul-Konvention einen Vorbehalt zu Art. 59 angebracht.⁶

³ Gemäss Art. 52 AIG gelten die Bestimmungen über ausländische Ehegatten für die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare sinngemäss. Für die bessere Lesbarkeit wird die eingetragene Partnerschaft nachfolgend nicht mehr erwähnt.

⁴ Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201).

⁵ Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (SR 0.311.35).

⁶ «Gemäss Artikel 78 Absatz 2 des Übereinkommens behält sich die Schweiz das Recht vor [...] die Vorschriften in Artikel 59 nicht oder nur in bestimmten Fällen oder unter bestimmten Bedingungen anzuwenden.»

B. Ausgewählte Problemfelder in der Praxis

Im Auftrag des Staatssekretariats für Migration (SEM) wurde die eingangs beschriebene Regelung des Aufenthaltsrechts von gewaltbetroffenen ausländischen Personen im Rahmen einer Grundlagenstudie (Studie Büro BASS)⁷ untersucht. Die Studie hat folgende Problemfelder in der Praxis identifiziert.

Erstens enthält die Studie Büro BASS klare Hinweise, dass Personen, deren Ehepartnerin oder Ehepartner lediglich über eine Aufenthaltsbewilligung (und nicht über eine Schweizer Staatsbürgerschaft oder Niederlassungsbewilligung) verfügen, nicht nur rechtlich⁸, sondern auch tatsächlich schlechter gestellt werden. Im flächendeckend untersuchten Jahr 2015 stellten Opfer, deren Ehepartnerin oder Ehepartner nur über eine Aufenthaltsbewilligung verfügten, gemessen an der Population, unterdurchschnittlich viele Anträge auf Verlängerungen der Aufenthaltsbewilligung. Und diese Anträge wurden vom SEM, das dem kantonalen Entscheid zustimmen muss, zusätzlich öfters abgelehnt.⁹

Zweitens hat die Studie Büro BASS aufgezeigt, wie das Vorliegen ehelicher Gewalt in den Verfahren bewiesen werden musste und untersuchte die diesbezügliche Praxis der Migrationsbehörden und allfällige Herausforderungen.¹⁰ Die Verfahren vor den Migrationsämtern verlaufen in der Mehrheit der Kantone vorwiegend oder ausschliesslich schriftlich, namentlich aus Beweisgründen. Die Studie zeigt, auf welche Nachweise sich die Migrationsbehörden stützten, wenn eine Härtefallbewilligung erteilt wurde. Ergänzend zeigt sie mittels Befragungen auf, welche Nachweise von den Migrationsbehörden bevorzugt werden. Sie kommt zum Schluss, dass fehlende Nachweise oder eine schlechte Dokumentation der Gewalterfahrungen ein Hauptgrund für die Ablehnung von Härtefallgesuchen darstellen.¹¹ Weiter zeigt die Studie Büro BASS auf, dass das Vorliegen von Strafurteilen, von Polizeirapporten und medizinische Dokumentationen eine herausragende Rolle einnehmen im Rahmen aller untersuchten Härtefallbewilligungsverfahren aufgrund ehelicher Gewalt. Damit übereinstimmend werden Polizeirapporte und Arztzeugnisse nach Ansicht der befragten Migrationsämter als besonders wichtige Nachweisformen erachtet. Die Studie wies jedoch auch darauf hin, dass insbesondere Arztzeugnisse häufig ungenügend ausfallen – einerseits, weil Ärzte oft nicht angemessen für die Dokumentation ehelicher Gewalt entschädigt werden und andererseits, weil Opfer häufig Schwierigkeiten haben, diese Dokumen-

⁷ GUGGISBERG et al., S. 45.

⁸ Vgl. dazu oben II.A.

⁹ GUGGISBERG et al., S. 45.

¹⁰ GUGGISBERG et al., S. 45.

¹¹ Viele zivilgesellschaftliche Organisationen und vereinzelte Kantone forderten in der Vernehmlassung zur Änderung von Art. 50 AIG deshalb wenig erstaunlich, dass eine gesetzliche Erleichterung der Beweislast zu prüfen sei, vgl. Parlamentarische Initiative SPK-N (21.504) «Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Artikel 50 AIG garantieren», Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 12. Oktober 2023, S. 29 (<https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/79/cons_1>, zuletzt besucht am 19. Juni 2024).

tationen direkt nach einer Gewalterfahrung anzufordern. In diesem Zusammenhang wurde auch angemerkt, dass die Dokumentation von Verletzungen für juristische Zwecke nicht über die Kranken- oder Unfallversicherung abgerechnet werden kann.

Drittens zeigte die Studie Büro BASS auf, dass Berichte von Opferhilfestellen und Frauenhäusern zwar nach Ansicht der meisten Migrationsämter als relevante Quellen betrachtet werden, einige Migrationsämter allerdings Bedenken hinsichtlich ihrer Neutralität äusseren. Die Berichte der Fachstellen wurden dabei insbesondere von den Migrationsämtern jener Kantone als wichtig bezeichnet, in welchen es ein eigenes Frauenhaus gibt. Der direkte Kontakt scheint entsprechend eine Rolle zu spielen. Die Fachstellen wiesen ihrerseits darauf hin, dass in den Berichten eine schwierige Gratwanderung gelingen müsse, um die Schilderungen der Betroffenen und ihrer Gewalterfahrungen möglichst differenziert und neutral darzustellen – trotz Interessenvertretung.

Als Reaktion auf diese Feststellungen wurden in den letzten Jahren auf kantonaler Ebene Massnahmen getroffen, um die Problematik der ungenügenden Nachweise durch klare Anweisungen an Fach- und Opferhilfestellen sowie an medizinische Fachpersonen anzugehen.¹² Ein von einigen Akteuren gefordertes allgemeines Raster für solche Berichte fehlt bislang. Auch in neueren Stellungnahmen weisen zahlreiche im Bereich tätige, zivilgesellschaftliche Organisationen darauf hin, dass die Berichte von Fachstellen je nach Kanton äusserst unterschiedlich berücksichtigt werden. Das führt mithin in der Praxis zur schwierigen Situation, dass Gesuche von Gewaltbetroffenen, die vergleichbare eheliche Gewalt erleben, von den Migrationsbehörden je nach Kanton weiterhin sehr unterschiedlich beurteilt werden.¹³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Problemfelder insbesondere bei der Gleichstellung von Opfern, deren Ehepartnerin oder Ehepartner nur über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen, bei den Beweisverfahren sowie genereller beim föderalen Vollzug anzusiedeln sind.

¹² Bericht des Bundesrats vom April 2018 in Erfüllung des Postulates 15.3408 Feri vom 5. Mai 2015, «Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind», S. 17.

¹³ Parlamentarische Initiative SPK-N (21.504) «Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Artikel 50 AIG garantieren», Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 12. Oktober 2023, S. 19.

C. Parlamentarische Initiative zur Ausweitung der Härtefallregelung bei Opfern häuslicher Gewalt als Antwort

Das Parlament hat am 14. Juni 2024 eine Änderung von Art. 50 AIG verabschiedet, mit welcher neu auch Ehepartnerinnen und Ehepartner von Personen mit einer Aufenthalts- und Kurzaufenthaltsbewilligung sowie mit einer vorläufigen Aufnahme bei Vorliegen häuslicher Gewalt einen Anspruch auf eine eigenständige ausländerrechtliche Bewilligung haben.^{14, 15} Kern der Gesetzesänderung ist die rechtliche Gleichstellung der betroffenen Personen: Neu spielt die Staatsangehörigkeit oder der Aufenthaltsstatus der Gewalt ausübenden Person keine Rolle mehr für den rechtlichen Schutz des Opfers. Verfügt das Opfer abhängig von der Bewilligung seiner Ehepartnerin oder seines Ehepartners über eine Kurzaufenthaltsbewilligung oder eine vorläufige Aufnahme, so wird ihm neu eine eigenständige Kurzaufenthaltsbewilligung beziehungsweise eine vorläufige Aufnahme erteilt, nicht aber eine Aufenthaltsbewilligung gewährt.¹⁶

Die geänderte Bestimmung sieht zudem vor, dass nicht mehr zwingend die Person selbst Opfer der häuslichen Gewalt geworden sein muss; vielmehr greift die Härtefallregelung auch dann, wenn ein Kind der Familiengemeinschaft Opfer häuslicher Gewalt wurde. Damit erfolgt auch eine Änderung in der Terminologie: die «eheliche Gewalt» wird durch den Begriff der «häuslichen Gewalt» ersetzt. Der Bundesrat wird mit dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung prüfen, ob der Vorbehalt zu Art. 59 der Istanbul-Konvention gestrichen werden kann.¹⁷ Diese formale, rechtliche Gleichstellung der Opfer häuslicher Gewalt ist zu begrüßen. Ob die Rechtsänderung auch dazu führen wird, dass die betroffenen Personen ihren Anspruch auf eine eigenständige Aufenthaltsbewilligung vermehrt geltend machen und zugesprochen erhalten, wird sich zeigen müssen.¹⁸

Als zweite Anpassung sind mit der Änderung des AIG vom 14. Juni 2024 die bislang in Art. 77 Abs. 6 und 6^{bis} VZAE aufgeführten, bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigenden Hinweise und Auskünfte auf Gesetzesstufe gehoben, spezifiziert und teilweise angepasst worden (vgl. Art. 50 Abs. 2 lit. a nAIG). Damit sollen die Herausforderungen im Beweisverfahren adressiert werden. Nachfolgend wird vertieft untersucht, inwiefern mit dieser

¹⁴ BBl 2024 1449, Ausgangspunkt war die am 5. November 2021 eingereichte parlamentarische Initiative 21.504 «Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Artikel 50 AIG garantieren».

¹⁵ Zusätzlich sollen auch Konkubinatspartnerinnen und Konkubinatspartner, denen aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Konkubinatspartnerin oder dem Konkubinatspartner erteilt wurde (Art. 30 Abs. 1 lit. b AIG) von der Regel erfasst werden.

¹⁶ Siehe dazu auch die Stellungnahme von Prof. Progin-Theuerkauf in der Vernehmlassung zur Parlamentarischen Initiative SPK-N (21.504) «Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Artikel 50 AIG garantieren», Stellungnahmen, S. 549.

¹⁷ Vgl. zum Vorbehalt oben II.A.

¹⁸ Vgl. zur Problematik oben II.B.

Änderung den identifizierten Problemen im Beweisverfahren und bei der föderalen Ausgestaltung der Bewilligungspraxis begegnet wird.

III. Das Beweisverfahren und dessen föderale Ausgestaltung

A. Nachweis der «ehelichen oder häuslichen Gewalt»

Voraussetzung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Beendigung einer Ehe vor Ablauf von drei Jahren ist das Vorliegen eines wichtigen persönlichen Grundes, der unter anderem namentlich dann gegeben ist, wenn die antragstellende Person Opfer ehelicher Gewalt – oder nach der Neuregelung «häuslicher Gewalt»¹⁹ – geworden ist (vgl. Art. 50 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 nAIG). Die Voraussetzung des Vorliegens häuslicher Gewalt führt unmittelbar zu den zwei Fragen, was als häusliche Gewalt qualifiziert wird und inwiefern die betroffene Person einen entsprechenden Sachverhalt nachweisen muss.

Häusliche Gewalt bedeutet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine systematische Misshandlung, mit dem Ziel, Macht und Kontrolle auszuüben – nicht hingegen etwa eine einmalige Ohrfeige oder eine verbale Beschimpfung.²⁰ Die physische oder psychische Zwangsausübung und deren Auswirkungen müssen damit von einer gewissen Konstanz beziehungsweise Intensität zeugen, um einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG begründen zu können.²¹ Die erniedrigende Behandlung muss in einem Masse schwerwiegend sein, dass von der betroffenen Person unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände nicht erwartet werden kann, dass sie lediglich aus bewilligungsrechtlichen Gründen in der ihre Menschenwürde und Persönlichkeit verneinenden Beziehung verbleibt.²² Kann die Fortführung der familiären Gemeinschaft einer Person objektiv betrachtet nicht mehr zugemutet werden, darf die Aufhebung der Gemeinschaft keine ausländerrechtlichen Nachteile nach sich ziehen.²³ Dies ergibt sich bereits aus den verfassungs- und konventionsrechtlich bedingten staatlichen Schutzpflichten (Art. 7 und Art. 35 Abs. 1 und 3 BV²⁴ sowie Art. 3 und Art. 8 EMRK²⁵).²⁶ Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG soll damit auch sicherstellen, dass der Gesetzgeber den grundrechtlichen Schutzpflichten

¹⁹ Vgl. dazu oben II.C.

²⁰ BGE 136 II 1 E. 5 m.w.H.

²¹ Vgl. BGE 138 II 229 E. 3.2.1.

²² BGE 138 II 229 E. 3.2.2.

²³ BGE 138 II 229 E. 3.2.2.

²⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

²⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)

²⁶ Vgl. BGE 138 II 229 E. 3.2.2 und dazu KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 37.

nachkommt, die sich in erster Linie an ihn richten. Der Staat hat seine Rechtsordnung so auszugestalten, dass Übergriffe in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter verhindert werden.²⁷

Die geforderte systematische Misshandlung mit dem Ziel, Macht und Kontrolle auszuüben, muss von der betroffenen Person gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar nicht direkt bewiesen werden, sie muss den kantonalen Migrationsbehörden aber in geeigneter Weise glaubhaft gemacht werden.²⁸ Ein direkter Beweis wäre oftmals schwierig zu erbringen, womit der Staat seinen Schutzpflichten nicht mehr nachkäme, würde er einen solchen verlangen. Hinsichtlich der Glaubhaftmachung trifft die betroffene Person aber eine weitreichende Mitwirkungspflicht im kantonalen Verfahren (Art. 90 AIG).²⁹

Die Anwendbarkeit des Beweismasses der Glaubhaftmachung bedeutet, dass es ausreichend sein muss, dass die Möglichkeit eines Zutreffens der behaupteten Tatsachen höher eingeschätzt wird als deren Gegenteil.³⁰ Zur im Zusammenhang mit Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG geforderten Glaubhaftmachung konkretisiert das Bundesgericht das Folgende:

«Allgemein gehaltene Behauptungen oder Hinweise auf punktuelle Spannungen genügen nicht; wird häusliche Gewalt in Form psychischer Oppression behauptet, muss vielmehr die Systematik der Misshandlung bzw. deren zeitliches Andauern und die daraus entstehende subjektive Belastung objektiv nachvollziehbar konkretisiert und beweismässig unterlegt werden. [...] Nur in diesem Fall und beim Bestehen entsprechender Beweisanträge, die nicht in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen werden können, wobei aber allfälligen sachinhärenten besonderen Beweisschwierigkeiten Rechnung zu tragen ist, rechtfertigt es sich, ein ausländerrechtliches Beweisverfahren durchzuführen.»

Die bundesgerichtliche Konkretisierung der geforderten Beweisdichte legt nahe, dass die häusliche Gewalt von der betroffenen Person trotz Geltung der Beweiserleichterung relativ konkret und detailliert nachgewiesen werden muss – wird doch einerseits ein «beweismässiges Unterlegen» der systematischen Misshandlung verlangt und soll andererseits ein Beweisverfahren nur dann durchgeführt werden, wenn die entsprechenden Beweisanträge nicht bereits in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen werden können. Die Anforderungen des Bundesgerichts an den Nachweis der häuslichen Gewalt sind damit hoch³¹ und den kantonalen Behörden kommt bei den Fragen, inwiefern ein eigentliches Beweisverfahren durchgeführt werden soll und wann die häusliche Gewalt als hinreichend glaubhaft erscheint, ein relativ weitreichender Ermessensspielraum zu.

Neben der Rechtsunsicherheit, die den Betroffenen damit widerfährt, erscheint dies gerade auch vor dem Hintergrund problematisch, dass die Betroffenen sich gegen die entsprechenden Feststellungen im kantonalen Verfahren auf Bundesebene nur begrenzt wehren

²⁷ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, S. 36; ausführlich zu den staatlichen Schutzpflichten MEDICI, S. 10 ff.

²⁸ BGE 138 II 229 E. 3.2.3.

²⁹ Vgl. BGE 126 II 335 E. 2b/bb.

³⁰ Vgl. etwa BGer, 2C_915/2019 vom 13. März 2020, E. 3.5.

³¹ Vgl. dazu auch SPESCHA, OFK Migrationsrecht, Art. 50 AIG N 26.

können, da die Beweiswürdigung – selbst wenn sie auf Indizien beruht – und die sich daraus ergebenden tatsächlichen Schlussfolgerungen Tatfragen darstellen (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG³²).³³ Dementsprechend kann auch nur begrenzt sichergestellt werden, dass in der ganzen Schweiz ein einheitliches Schutzniveau garantiert wird.³⁴

Ob der Staat damit seinen sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflichten nachkommt, ist fraglich. Die Lehre spricht sich mitunter dafür aus, umgekehrt zum strafrechtlichen *in dubio*-Grundsatz, im Zweifel oder in Grenzfällen zu Gunsten des mutmasslichen Gewaltopfers einen Verlängerungsanspruch zu bejahen, um den staatlichen Schutzpflichten Nachachtung zu verschaffen.³⁵ Viele zivilgesellschaftliche Organisationen und vereinzelte Kantone forderten in der Vernehmlassung zur Änderung von Art. 50 AIG sogar, dass eine gesetzliche Erleichterung der Beweislast zu prüfen sei.³⁶

Ein gewisser Rahmen respektive eine gewisse Konkretisierung des Beweisverfahrens ergibt sich dennoch aus der Auflistung spezifisch zulässiger Beweismittel in der VZAE. Art. 77 Abs. 5 VZAE legt zunächst fest, dass die zuständigen Behörden Nachweise verlangen können, wenn das Vorliegen ehelicher Gewalt geltend gemacht wird. In Art. 77 Abs. 6 VZAE werden sodann spezifische Beweismittel aufgelistet, die als Hinweise für das Vorliegen ehelicher Gewalt gelten. Es sind dies Arztzeugnisse (lit. a), Polizeirapporte (lit. b), Strafanzeigen (lit. c), Massnahmen im Sinne von Art. 28b ZGB (lit. d) und entsprechende strafrechtliche Verurteilungen (lit. e). Die Liste ist aber nicht abschliessend, so kann etwa auch eine konsequente Trennung und Distanzierung zum Ehegatten ein Indiz für die Unzumutbarkeit der Weiterführung der ehelichen Beziehung darstellen.³⁷ Zudem werden gemäss Art. 77 Abs. 6^{bis} VZAE Hinweise und Auskünfte von spezialisierten Fachstellen – so etwa Berichte von Frauenhäusern³⁸ – mitberücksichtigt.

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die genannten Beweismittel sodann klargestellt, dass ein Freispruch in einem entsprechenden Strafverfahren nicht *e contrario* als Beweis gegen das Vorliegen häuslicher Gewalt dienen darf. In BGE 138 II 229 hat es erwogen, dass die kantonalen Behörden die von der Beschwerdeführerin geschilderten Umstände zu Unrecht nicht weiter vertieft und alleine gestützt auf die strafrechtliche Einschätzung eine hinreichende Intensität der Beeinträchtigung verneint hätten.³⁹ Dennoch hat sich in der Praxis

³² Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

³³ Vgl. BGer, 2C_465/2023 vom 6. März 2024, E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 140 I 114 E. 3.3.4.

³⁴ Vgl. zum föderalen Vollzug und den damit einhergehenden Problemfeldern auch unten III.B.

³⁵ SPESCHA, OFK Migrationsrecht, Art. 50 AIG N 28.

³⁶ Parlamentarische Initiative SPK-N (21.504). «Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Artikel 50 AIG garantieren», Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 12. Oktober 2023, S. 29.

³⁷ Vgl. BGer, 2C_465/2023 vom 6. März 2024, E. 4.4.2.

³⁸ Vgl. etwa BGer, 2C_465/2023 vom 6. März 2024, E. 4.4.3.

³⁹ Vgl. dazu WIEDERKEHR/PLÜSS, S. 307 f.

gezeigt, dass Strafurteilen und Polizeirapporten (neben medizinischen Dokumentationen) im Rahmen des Beweisverfahrens eine herausragende Rolle zukommt.⁴⁰

Im Zuge der Gesetzesrevision⁴¹ werden nun die – bislang in Art. 77 Abs. 6 und 6^{bis} VZAE aufgeführten – zu berücksichtigenden Hinweise und Auskünfte auf Gesetzesstufe gehoben und teils angepasst respektive ausgedehnt. Der Vorentwurf sah in Art. 50 Abs. 2 lit. a vor, dass insbesondere die folgenden Hinweise durch die zuständige Behörde zu berücksichtigen sind: die Anerkennung als Opfer im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OHG⁴² durch die dafür zuständigen Behörden (Ziff. 1), die Bestätigung einer notwendigen Betreuung oder Schutzgewährung durch eine auf häusliche Gewalt spezialisierte Fachstelle mit öffentlicher Finanzierung (Ziff. 2), polizeiliche oder richterliche Massnahmen zum Schutz des Opfers (Ziff. 3), Arztberichte oder andere Gutachten (Ziff. 4), Polizeirapporte und Strafanzeigen (Ziff. 5) sowie strafrechtliche Verurteilungen (Ziff. 6). Damit sollte die – noch immer nicht abschliessende Aufzählung – einerseits eine Ausdehnung erfahren und andererseits durch die Verankerung im formellen Gesetz an Bedeutung gewinnen.⁴³ Die Anpassung hat im Vernehmlassungsverfahren nicht nur Zuspruch erhalten. So hat etwa das Bundesverwaltungsgericht in seiner Vernehmlassung beanstandet, dass mit der Anhebung der Kriterien auf Gesetzesstufe nicht nur die Rechtssicherheit verbessert, sondern gleichzeitig ein System «gesetzlicher Nachweise» geschaffen würde, das dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zuwiderliefe.⁴⁴ Diese Kritik ist unberechtigt, da der Grundsatz der freien Beweiswürdigung – also die Frage, wie der Beweis im konkreten Fall zustande kommt und wie die verschiedenen Beweismittel von den Entscheidungsinstanzen zu gewichtet sind⁴⁵ – auch mit der Neuregelung unangetastet bleibt. Es wird lediglich umfassender und auf Gesetzesstufe festgehalten, welche Hinweise von den Behörden auf jeden Fall zu berücksichtigen sind. Die Frage, wie diese im konkreten Fall gewichtet werden und inwiefern weitere, nicht von der Aufzählung erfasste Hinweise ebenfalls relevant sein könnten, steht weiterhin im Ermessen der Entscheidungsinstanz. Dennoch stärken die Anhebung auf Gesetzesstufe und namentlich die Ausdehnung des Katalogs der (insbesondere) zu berücksichtigenden Beweismittel die Rechtssicherheit der betroffenen Personen, indem der Rahmen des Beweisverfahrens konkretisiert wird. Dies ist gerade vor dem Hintergrund, dass die Beweisverfahren in den verschiedenen Kantonen bislang sehr unterschiedlich geführt wurden⁴⁶, ein legitimes Ziel.

⁴⁰ Vgl. dazu oben II.B.

⁴¹ Vgl. dazu oben II.C.

⁴² Opferhilfegesetz vom 23. März 2007 (SR 312.5).

⁴³ Vgl. Parlamentarische Initiative «Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Art. 50 AIG garantieren», Vorentwurf und erläuternder Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 17. November 2022, S. 8 f.

⁴⁴ Parlamentarische Initiative SPK-N (21.504) «Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Artikel 50 AIG garantieren», Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 12. Oktober 2023, S. 14.

⁴⁵ Vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, S. 156.

⁴⁶ Vgl. oben II.B und unten III.B.

In der Ratsdebatte gab insbesondere Ziff. 2 Anlass zu Diskussionen. Im Unterschied zum Vorentwurf sah der Entwurf diesbezüglich vor, dass die Bestätigung einer notwendigen *Beratung*, *Betreuung* oder *Schutzgewährung* durch eine auf häusliche Gewalt spezialisierte Fachstelle als Hinweis dient.⁴⁷ Der Nationalrat als erstberatender Rat hat diese Version des Gesetzestextes angenommen.⁴⁸ Der Ständerat als zweitberatender Rat hat zunächst eine integrale Streichung von Ziff. 2 entschieden.⁴⁹ Damit wären gerade die für die Praxis sehr relevanten Berichte der Frauenhäuser⁵⁰ wieder aus der Liste der insbesondere zu beachtenden Hinweise gestrichen worden. Die explizite Streichung während des Gesetzgebungsverfahrens und die entsprechenden Hinweise in den Materialien hätten auch dazu führen können, dass die Berichte der Frauenhäuser im Rahmen einer historischen Auslegung des neuen Gesetzestextes an Bedeutung eingebüsst hätten und damit die Möglichkeit der Opfer, die häusliche Gewalt hinreichend zu belegen, im Unterschied zur heutigen Situation beschnitten worden wäre, was faktisch zu einer Einschränkung des Rechtsschutzes geführt hätte. Das war klar nicht Ziel der Gesetzesnovelle.⁵¹

Im Differenzbereinigungsverfahren wurde die Ziff. 2 in der Folge aber wieder aufgenommen, ergänzt um eine Anpassung, wonach die Bestätigung einer notwendigen *Betreuung* oder *Schutzgewährung* durch eine auf häusliche Gewalt spezialisierte Fachstelle zu berücksichtigen ist, sofern diese *in der Regel* öffentlich finanziert wird. Das Parlament hat dabei den Begriff der «Beratung» aus dem Gesetzestext gestrichen. Die Bestätigung eines allgemeinen Beratungsgesprächs wird damit wohl als Hinweis für das Vorliegen häuslicher Gewalt nicht ausreichen.⁵² Gleichzeitig hat Bundesrat Beat Jans in der Ratsdebatte aber darauf hingewiesen, dass die Begriffe «Bestätigung» und «Betreuung» bewusst breit gefasst sind und unter Betreuung beispielsweise nicht nur eine Übernachtungsmöglichkeit, sondern auch eine ambulante Beratung fallen kann, wenn sie denn im Sinne des Gesetzestextes notwendig war.⁵³ Dies setzt ein deutliches Zeichen, dass den Berichten der Frauenhäuser im Beweisverfahren Bedeutung zukommen soll und diese wichtigen Hinweise von Organisationen und Fachpersonen, die in direktem und nahem Kontakt mit den Gewaltbetroffenen standen, zu beachten sind. Auch hier wird sich zeigen, ob die Rechtsänderung zu einer gewissen Harmonisierung der Beweisverfahren und einer stärkeren Berücksichtigung der Berichte von Fachorganisationen führen wird.

⁴⁷ Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 12. Oktober 2023 zur Parlamentarische Initiative «Bei häuslicher Gewalt die Härtefallpraxis nach Artikel 50 AIG garantieren», BBl 2023 2419.

⁴⁸ AB 2023 N 2456.

⁴⁹ AB 2024 S 47.

⁵⁰ Vgl. dazu oben II.B.

⁵¹ Vgl. dazu oben II.C.

⁵² Votum Beat Jans vom 29.5.2024 AB 2024 S 344.

⁵³ Votum Beat Jans vom 27.5.2024 AB 2024 N 792; Votum Beat Jans vom 29. Mai 2024 AB 2024 S 344.

B. Föderaler Vollzug der Regelung

Gesuche um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sind gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG an die kantonalen Migrationsbehörden zu richten und werden von diesen erstinstanzlich beurteilt. Den kantonalen Migrationsbehörden kommt dabei einzig bei der Würdigung des Sachverhaltes ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Vermögen die betroffenen Personen das Vorliegen häuslicher Gewalt glaubhaft zu machen, haben sie Anspruch auf eine eigenständige Regelung ihres weiteren Aufenthalts in der Schweiz. Die kantonalen Behörden haben aber jeweils die Zustimmung des SEM zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einzuholen (vgl. Art. 99 AIG i.V.m. Art. 85 VZAE und Art. 4 lit. d der Verordnung des EJPD über das ausländerrechtliche Zustimmungsverfahren⁵⁴).

Zweck des Zustimmungsverfahrens ist die Gewährleistung einer einheitlichen Praxis durch die Kantone.⁵⁵ Die Zulässigkeit dieses Zustimmungsverfahrens bei Anspruchsbewilligungen wie jener in Art. 50 AIG ist in der Literatur hingegen höchst umstritten.⁵⁶ Das Bundesverwaltungsgericht kam unlängst zum Schluss, dass die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens nach einem kantonalen Gerichtsentscheid gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung und gegen grundlegende Verfahrensgarantien der Bundesverfassung sowie der EMRK verstösst (Art. 29 Abs. 1, Art. 29a, Art. 30 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 6 und Art. 13 EMRK).⁵⁷ Darüber hinaus fördert das SEM die einheitliche Anwendung von Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG insbesondere über Weisungen, Kreisschreiben, Informations- und Weiterbildungsveranstaltungen.⁵⁸

Nachfolgend wird die Frage vertieft, ob diese Ausgestaltung des Vollzugs aus Sicht der grundrechtlichen Schutzpflichten genügend ausfällt. Im Vordergrund steht dabei die menschen- und grundrechtliche Pflicht zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes im Sinne von Art. 29a i. V. m. Art. 35 BV für migrantische Opfer häuslicher Gewalt. Art. 29a BV gewährleistet dabei zwar weder einen gerichtlichen Instanzenzug, noch stellt die Rechtsweggarantie unmittelbare Anforderungen an die Gerichtsorganisation selbst.⁵⁹ Doch das Recht auf effektiven Rechtsschutz beinhaltet nicht nur einen Anspruch auf unabhängige Justiz-

⁵⁴ Verordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide (SR 142.201.1).

⁵⁵ SPESCHA, in: OFK Migrationsrecht, Art. 99 AIG N 1 f.

⁵⁶ UEBERSAX, N 10; DIETHELM, dRSK 19. Juni 2015; SPESCHA, OFK Migrationsrecht, Art. 99 AIG N 4.

⁵⁷ BVGer, F-2182/2021 vom 6. Juni 2024, E. 10 ff.

⁵⁸ Vgl. die Weisung des SEM zum Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit, aus wichtigen öffentlichen Interessen und als schwerwiegender persönlicher Härtefall, Ziff. 6.15.3.3 Opfer ehelicher Gewalt (<https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/auslaenderbereich/familiennachzug.html>), zuletzt besucht am 19. Juni 2024) sowie die Hinweise auf regionale Informations- und Weiterbildungsveranstaltungen des Bundesamts für Migration zugunsten kantonomer Migrationsämter in den Jahren 2013–2015 in GUGGISBERG et al., S. 30.

⁵⁹ KLEY ANDREAS, St. Galler Kommentar BV, Art. 29a N 6.

behörden sowie auf faire und wirksame Justizverfahren, sondern fordert auch nach einem systematischen Monitoring der Behördenpraxis – um sicherzustellen, dass der Zugang zur Justiz tatsächlich realisiert ist.⁶⁰ Dies gilt insbesondere für besonders verletzte Personengruppen wie Opfer häuslicher Gewalt.⁶¹ Art. 11 Abs. 1 lit. a und b der Istanbul-Konvention fordert entsprechend auch die Erhebung einschlägiger, genau aufgeschlüsselter statistischer Daten über die Wirksamkeit der Schutzmassnahmen zugunsten der Opfer von Gewalt.

Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht die Frage bislang nicht geklärt, ob diese umfassende Verwirklichungspflicht gerichtlich durchsetzbar ist.⁶² Aber auch welche Massnahmen zur umfassenden Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang angezeigt sind, bleibt eine soweit ersichtlich offene Forschungsfrage.⁶³ Nachfolgend soll eine fallspezifische Annäherung an diese Frage vorgenommen werden.

In der Schweiz gibt es mittlerweile seit Jahrzehnten Hinweise, dass die Kantone ihre Bewilligungspraxis für Härtefallbewilligungen zugunsten von Opfern ehelicher Gewalt sehr unterschiedlich handhaben. Eine Tripartite Agglomerationskonferenz hatte in ihrem Bericht «Rechtliche Integrationshemmnisse» bereits vor 20 Jahren eine Vereinheitlichung der kantonalen Praxis zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligungen in Härtefällen angeregt; 2009 wiederholte eine umfassende Studie zur Gewaltproblematik die Empfehlung an den Bundesrat und forderte eine vertiefte Untersuchung und Beurteilung der Frage, ob der Vollzug der ausländerrechtlichen Härtefallregelung bei ehelicher Gewalt und insbesondere der Ermessensspielraum im Sinne des Opferschutzes ausgeschöpft werde.⁶⁴ Auch die eingangs erwähnte Studie Büro BASS zeigte nicht nur auf, dass die Ablehnungsquote von Härtefallgesuchen aus Kantonen der Deutschschweiz mit 5 Prozent deutlich tiefer liegt als jene in den lateinisch-sprachigen Kantonen (32 %).⁶⁵ Sie wies auch darauf hin, dass rund die Hälfte der zivilgesellschaftlichen Fachorganisationen sowie eine bedeutende Minderheit der kantonalen Migrationsbehörden der Auffassung waren, dass sich mit der Einführung der neuen Härtefallbestimmung im Jahr 2008 im Grundsatz nicht viel verändert habe.⁶⁶

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur werden die grossen Vollzugsunterschiede bei der Anwendung von Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG als höchst unbefriedigend gerügt; gewisse

⁶⁰ Dazu ausführlich KIENER, Zugang, S. 8 ff.

⁶¹ Vgl. KIENER, Effektiver Rechtsschutz, S. 32 und SCHWARZENEGGER/OTT, S. 82 zur aus grundrechtlichen Gründen problematisch hohen Einstellungsquote in Strafverfahren bei der Verfolgung häuslicher Gewalt.

⁶² Vgl. BGE 137 I 128 zur Verletzung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV aufgrund der Verweigerung der Parteistellung nach Art. 14 Abs. 4 AsylG im kantonalen Verfahren und der deshalb fehlenden Ermessenskontrolle; dazu auch EBNÖTHER, S. 1.

⁶³ KIENER, Grundrechte, S. 1214 f.

⁶⁴ Bericht des Bundesrates vom 13. Mai 2009 in Erfüllung des Postulats Stump 05.3694 vom 7. Oktober 2005, Bericht über Gewalt in Paarbeziehungen. Ursachen und in der Schweiz getroffene Massnahmen, BBl 2009 4087, vgl. S. 4106 f. und S. 4121 f.

⁶⁵ GUGGISBERG et al., S. 15.

⁶⁶ GUGGISBERG et al., S. 42 f., vgl. dazu oben II.A.

Urteile zeugen in den Augen der Autorinnen und Autoren von einem hohen Sensibilisierungsbedarf der Migrationsbehörden.⁶⁷ In der Literatur wird entsprechend gefordert, dass die behauptete Gewalthaltigkeit der Beziehungssituation durch spezialisierte Fachpersonen abzuklären sei.⁶⁸ Die Relevanz dieser Forderung scheint auch in der Studie Büro BASS erhärtet zu werden: Berichte von spezialisierten Opferberatungsstellen und Frauenhäusern werden insbesondere von den Migrationsämtern jener Kantone als wichtig bezeichnet, in denen bereits direkte Kontakte existieren.⁶⁹ Die Vernetzung, Koordination und Kooperation der beteiligten Akteure spielt aus Sicht der Forschenden eine entscheidende Rolle bei der Umsetzung der Härtefallregelung.

In eine ähnliche Richtung geht der Schlussbericht des NFP 60, ein Forschungsvorhaben zur Sicht gewaltbetroffener Frauen, das bereits vor zehn Jahren die Schaffung verbindlicher Grundlagen, Rahmenbedingungen und Abläufe empfahl, und dazu aufforderte, die Entwicklung eines nationalen Gewaltschutzgesetzes zu prüfen, um die Verfahrensungleichheiten zwischen den Kantonen abzubauen.⁷⁰

Trotz dieser Hinweise beschränken sich die staatlichen Massnahmen zur Harmonisierung des kantonalen Vollzugs weiterhin vorab auf jene Fälle, in denen der Bundesrat das Zustimmungungsverfahren vorgesehen hat – und damit also auf jene Fälle, die zuvor von den kantonalen Behörden positiv, also im Sinne der Gesuchstellenden, entschieden worden sind. Doch was nützt den schutzsuchenden Opfern häuslicher Gewalt eine Harmonisierung für jene Härtefall-Situationen, die in ihrem Sinne entschieden worden sind – solange nicht sichergestellt ist, dass die ablehnenden Entscheide erfasst und kategorisiert werden können?⁷¹ Nach der hier vertretenen Ansicht reicht es aus grundrechtlicher Perspektive nicht, dass besonders vulnerablen Opfern Rechte gegeben werden und sie diese Rechte kennen. Sie müssen auch um die Möglichkeiten wissen, ob bzw. wie ihre Rechte durchgesetzt werden.⁷² Und die rechtsanwendenden Behörden trifft die Pflicht, zur Verwirklichung des Rechts auf Justizzugang beizutragen und ihnen zustehende Ermessensspielräume zu nutzen.⁷³ Angesichts der Tatsache, dass sich der Bundesrat demnächst Gedanken machen kann, inwiefern die neue Gesetzgebung auf Verordnungsebene konkretisiert werden soll, scheint aus grundrechtlicher Sicht die Prüfung eines weiteren Schritts zur Harmonisierung des föderalen Vollzugs angezeigt. So, dass wenigstens auch ablehnende kantonale Entscheide erfasst werden sollten. Auch eine neue Ausgestaltung des Zustimmungsverfahrens für Härtefallbewilligungen im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b AIG scheint prüfenswert.

⁶⁷ SPESCHA, OFK Migrationsrecht, Art. 50 AIG N 27 f. m. w. H.

⁶⁸ GLOOR/MEIER, S. 352.

⁶⁹ Vgl. GUGGISBERG et al., S. 36 und S. 47; bereits ähnlich auch GLOOR/MEIER, S. 352.

⁷⁰ GLOOR/MEIER, S. 348.

⁷¹ Vgl. auch KIENER, Effektiver Rechtsschutz, S. 24, die eine ähnliche rhetorische Frage bezüglich der Durchsetzung von Rechten von Sans-Papiers stellt.

⁷² Vgl. ähnlich KIENER/MEDICI, S. 146 f.

⁷³ KIENER/BREITENBÜCHER, S. 375 f.

IV. Fazit

Die Gewährung eines eigenständigen Aufenthaltsrechts für ausländische Opfer häuslicher Gewalt dient dem Schutz und der Verwirklichung grundlegender verfassungs- und konventionsrechtlicher Schutzpflichten. Der Gesetzgeber hat unlängst eine Gesetzesänderung verabschiedet, welche den rechtlichen Schutz der betroffenen Personen ausweitete, die zu berücksichtigenden Beweismittel konkretisiert und die Rolle der häufig zivilgesellschaftlich organisierten Fachstellen im Beweisverfahren stärkt. Das ist zu begrüßen. Um dem Anspruch der Betroffenen auf einen effektiven Zugang zur Justiz angemessen gerecht zu werden, sind jedoch weitere Massnahmen zu prüfen – insbesondere zur Harmonisierung des Vollzugs.

V. Literaturverzeichnis

- DIETHELM RAHEL, Das Bundesgericht ändert seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Zustimmungsverfahrens im Ausländerrecht, dRSK 19. Juni 2015
- EBNÖTHER URS, Vom Ermessen bei ausländerrechtlichen Härtefällen, iusnet Migrationsrecht, 24. Mai 2023
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Kommentar BV, Art. ... N ...)
- GLOOR DANIELA/MEIER HANNA, «Der Polizist ist mein Engel gewesen», Sicht gewaltbetroffener Frauen auf institutionelle Interventionen bei Gewalt in Ehe und Partnerschaften, Schweizerischer Nationalfonds NFP 60, Schlussbericht, 2014
- GUGGISBERG JÜRIG/EGGER THERES/GUGGENBÜHL TANJA/GOUMAZ MARGAUX/BISCHOF SEVERIN in Zusammenarbeit mit CARONI MARTINA/INGLIN CLAUDIA, Bericht über die Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von gewaltbetroffenen ausländischen Personen, Bern 2017
- KIENER REGINA, Grundrechte in der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Verfassungsrecht der Schweiz Bd. II, Zürich 2020, S. 1193 ff. (zit. KIENER, Grundrechte)
- KIENER REGINA, Zugang zu Justiz, ZSR 2019 II, 8 ff. (zit. KIENER, Zugang)
- KIENER REGINA, Das Recht auf effektiven Rechtsschutz, in: Kaufmann Claudia/Hausammann Christina (Hrsg.), Zugang zum Recht, vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz, Basel 2017, S. 23 ff. (zit. KIENER, Effektiver Rechtsschutz)
- KIENER REGINA/BREITENBÜCHER DANIELLE, Das Recht von Sans-Papiers auf Justizzugang, ZBI 120/2019, S. 356 ff.
- KIENER REGINA/MEDICI GABRIELA, Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz, grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte, ZSR 2014, S. 133 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
- MEDICI GABRIELA NAEMI, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizer Privathaushalten, Menschenrechtliche Vorgaben und staatliche Handlungspflichten, Zürich/Basel/Genf 2015

- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/OTT RAHEL, Polizeiliche und strafrechtliche Massnahmen gegen häusliche Gewalt – Wirkung und Praxis, in: Kaufmann Claudia/Hausammann Christina (Hrsg.), Zugang zum Recht, vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz, Basel 2017, S. 79 ff.
- SPESCHA MARC/ZÜND ANDREAS/BOLZLI PETER/HRUSCHKA CONSTANTIN/DE WECK FANNY (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Freizügigkeitsabkommen (FZA) sowie Bürgerrechtsgesetz (BüG) mit weiteren Erlassen, 5. Aufl., Zürich 2019 (zit. BEARBEITER/IN, OFK Migrationsrecht, Art. ... N ...)
- UEBERSAX PETER, Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der Botschaft des Bundesrates vom März 2018, Jusletter 9. Juli 2018
- WIEDERKEHR RENÉ/PLÜSS KASPAR, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020

Tödliche Polizeigewalt

Strafrechtliche und strafprozessuale Überlegungen zum Fall Mike Ben Peter

*Marc Thommen/Jana Hesske/Silvan Keller**

Inhaltsverzeichnis

I.	Fakten	180
A.	Sachverhalt	180
B.	Untersuchung	181
C.	Racial Profiling	182
II.	Strafrecht	184
A.	Kausalität	185
B.	Sorgfaltspflicht	187
C.	Rechtfertigung	190
III.	Strafprozessrecht	192
A.	Untersuchung	193
B.	Unabhängigkeit	195
C.	Angemessenheit	199
IV.	Fazit	201
V.	Literatur- und Materialienverzeichnis	202

Regina Kiener ist nicht nur eine der renommiertesten, sondern auch eine der engagiertesten Verfassungsrechtler:innen der Schweiz. Das hat sie nicht zuletzt mit ihrer Tätigkeit in der Venedig Kommission unter Beweis gestellt. Spätestens mit ihrer Habilitationsschrift zur richterlichen Unabhängigkeit von 2001 hat sie auch weit in die Gemeinschaft der Strafrechtler:innen hinein Beachtung gefunden.¹ In den drei Jahrzehnten ihrer akademischen Karriere hat sie sich sehr intensiv mit dem Polizeirecht auseinandergesetzt.² Im Frühjahrs-

* Prof. Dr. iur. Marc Thommen ist Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich (marc.thommen@ius.uzh.ch). Jana Hesske, MLaw (jana.hesske@ius.uzh.ch) und Silvan Keller, BLaw (silvan.keller@ius.uzh.ch) sind wissenschaftliche Mitarbeiter:innen am Lehrstuhl von Marc Thommen. Wir danken Dr. iur. Markus H.F. Mohler, ehemaliger Lehrbeauftragter für öffentliches, speziell Sicherheits- und Polizeirecht an den Universitäten Basel und St. Gallen, Kommandant der Kantonspolizei Basel-Stadt sowie Staatsanwalt, für seine sehr hilfreichen Anmerkungen und Ergänzungen.

¹ KIENER, Richterliche Unabhängigkeit.

² KIENER, [Umsetzung](#); KIENER, Die Rote Zora; KIENER, [Hybrider Status](#); KIENER, Grundrechte.

semester 2015 haben wir im Emmental gemeinsam ein Blockseminar zu verdeckten polizeilichen Massnahmen durchgeführt, an dem auch Mitarbeiter des Nachrichtendienstes und von Anti-Terror-Einheiten der Polizei als Gastreferenten aufgetreten sind und das dem Erstautor in bester Erinnerung bleibt. In ihren Schriften und Äusserungen hat Regina Kiener stets Verständnis für die Komplexität und Respekt vor den Herausforderungen der Polizeiarbeit gezeigt, andererseits aber auch nachdrücklich die Einhaltung rechtsstaatlicher Standards gefordert. Wir hoffen, dass wir diesen Differenzierungsgrad in unseren Ausführungen auch erreichen.

I. Fakten

Unser Beitrag behandelt einen Fall³ tödlicher Polizeigewalt, der in der Romandie für viel Aufmerksamkeit und Betroffenheit gesorgt hat. In diesem Kapitel werden die Fakten (I.) nachgezeichnet, indem der Sachverhalt (1.) und die Strafuntersuchung (2.) geschildert werden, bevor wir auf den Vorwurf eingehen, die Waadtländer Polizei betreibe racial profiling (3.). Sodann untersuchen wir den Fall aus der Warte des materiellen Strafrechts (II.), um schliesslich einer prozessualen Frage (III.) auf den Grund zu gehen, die auch Regina Kiener ein Forscherinnenleben lang beschäftigt hat: die *Unabhängigkeit* der Justiz. Wir schliessen mit einem Fazit zur Aufarbeitung von Polizeigewalt in der Schweiz (IV.).

A. Sachverhalt

Am 28. Februar 2018 geriet Mike Ben Peter (41), nigerianischer Einwanderer und Vater von zwei Kindern und in Erwartung eines Dritten, in der Nähe des Lausanner Bahnhofs in eine Polizeikontrolle. Er wurde des Drogenhandels verdächtigt. Ein Polizist hatte ihn beobachtet, wie er ein Säckchen bei einem geparkten Auto aufflas.⁴ Dieses enthielt – wie sich später herausstellte – wenige Gramm Marihuana.⁵ Ferner hatte er gemäss Anklageschrift in

³ Tribunal d'Arrondissement de Lausanne, Jugement rendu par le Tribunal correctionnel le 22 juin 2023, [PE18.004238](#) (zit. Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#)). Das (anonymisierte) Urteil wurde uns vom Bezirksgericht Lausanne mit Schreiben vom 18. Juli zugestellt, was an dieser Stelle zu verdanken ist. Das Urteil wurde inzwischen durch den Cour d'appel pénale des Kantons Waadt mit dem Urteil [PE18.004238-LML/STL](#) vom 8. Juli 2024 bestätigt.

⁴ État de Vaud, Ministère public, Acte d'accusation du 15 décembre 2022, zitiert aus: Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 87 («*Aux alentours de 22h30, pendant qu'il cheminait dans la rue Ste-Luce en direction de la gare [policier X.] a remarqué [Mike Ben Peter] qui débouchait d'un escalier, se pencher à proximité d'un véhicule stationné et ramasser un sachet plastique.*»).

⁵ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 93 («*...se penchant à proximité d'un véhicule stationné pour ramasser un sachet en plastique (dont on verra ci-dessous qu'il contenait de la marijuana)*», S. 126 («*...le sachet de quelques grammes de marijuana qu'il avait sur lui*»)).

seinem Mund Kügelchen («boulettes», «fingers») mit Kokain versteckt.⁶ Der Polizeibeamte forderte ihn auf, den Plastikbeutel zu zeigen. Daraufhin liess Mike Ben Peter den Beutel fallen und widersetzte sich gestikulierend der Kontrolle. Der Polizist forderte Verstärkung an. Sodann versuchte er, den gemäss gerichtlicher Feststellung übergewichtigen Mike Ben Peter unter Kontrolle zu bringen, indem er ihm mehrere Kniestösse in den Genitalbereich versetzte und Pfefferspray ins Gesicht sprühte. Nachdem die Verstärkung eintraf, wurde der laut schreiende Mike Ben Peter von mehreren Polizeibeamten gewaltsam auf den Boden gedrückt und unter anderem mithilfe eines Schlagstocks festgehalten. Nachdem sie ihm Handschellen angelegt hatten, hielten sie ihn noch ungefähr drei Minuten in Bauchlage am Boden fixiert.⁷ Dann merkten sie, dass sich Mike Ben Peter nicht mehr wehrte. Sie versuchten in der Folge, ihn zu reanimieren und riefen eine Ambulanz herbei. Kurz vor Mitternacht wurde er mit einem Herzstillstand in die Notaufnahme des Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) eingeliefert. Er war jedoch nicht mehr zu retten. Sein Tod wurde am folgenden Morgen, dem 1. März 2018, offiziell festgestellt.⁸

B. Untersuchung

Der stellvertretende Generalprokurator und Leiter der im Jahr 2020⁹ geschaffenen «Division affaires spéciales» der Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt, Laurent Maye, hat in der Folge eine Untersuchung wegen fahrlässiger Tötung gegen die involvierten Polizeibeamten eröffnet. Am 15. Dezember 2022 hat er Anklage wegen fahrlässiger Tötung erhoben.¹⁰ An-

⁶ État de Vaud, Ministère public, Acte d'accusation du 15 décembre 2022, zitiert aus: Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 88 («En retournant sa tête, ils ont constaté la présence d'une boulette de cocaïne à terre»; «En cours de massage cardiaque, ils ont encore retiré trois fingers de cocaïne de la bouche de [Mike Ben Peter].»). Später sagten die Polizeibeamten aus, Mike Ben Peter habe bei der Verhaftung aufgrund des versteckten Kokains «Schaum vor seinem Mund gehabt», État de Vaud, Ministère public, Acte d'accusation du 15 décembre 2022, Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 88 («En retournant sa tête, ils ont constaté la présence d'une boulette de cocaïne à terre, collée contre son menton ainsi que d'une mousse blanche au niveau de sa bouche.»). Zu den Fakten, die gegen diese Darstellung sprechen, unten III. (Ingress).

⁷ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 113 und 118 («...maintenu couché sur le ventre au sol durant 3 minutes après la fin du menottage»).

⁸ État de Vaud, Ministère public, Acte d'accusation du 15 décembre 2022, zitiert aus: Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 88 («En dépit des soins prodigués, l'évolution de son état est devenue rapidement défavorable. Son décès a été constaté le 1^{er} mars 2018 à 10h39; il a été causé par une défaillance multi-viscérale faisant suite à l'arrêt cardiorespiratoire.»).

⁹ ANTONIO FUMAGALLI/DANIEL GERNY, Trotz Anklage will der Staatsanwalt im Fall Mike Ben Peter einen Freispruch: weshalb bei Polizeigewalt eine Nähe zwischen Anklägern und Beschuldigten heikel ist, [NZZ vom 22. Juni 2023](#).

¹⁰ État de Vaud, Ministère public, Acte d'accusation du 15 décembre 2022, zitiert aus: Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 87 («sont renvoyés devant le tribunal de céans par l'acte d'accusation rendu le 15 décembre 2022 par le Ministère public central de la division affaires spéciales»).

lässlich der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Lausanne hat die Staatsanwaltschaft ihre Anklage jedoch wieder fallengelassen und einen Freispruch verlangt, weil sich kein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen der Intervention der Polizisten und dem Tod von Mike Ben Peter nachweisen lasse.¹¹ Am 22. Juni 2023 ist das Bezirksgericht Lausanne dem Ankläger gefolgt und hat sämtliche Angeklagten freigesprochen. Weder der natürliche Kausalzusammenhang noch eine Sorgfaltspflichtverletzung lägen vor.¹²

C. Racial Profiling

Der Tod von Mike Ben Peter und der Freispruch der Polizeibeamten haben in der Suisse romande grosse Empörung ausgelöst und viel mediale Aufmerksamkeit erfahren.¹³ Aufgrund der vergleichbaren Todesumstände wurde Mike Ben Peter auch als George Floyd der Schweiz bezeichnet.¹⁴ Der Fall hat auch deshalb zu heftigen Reaktionen geführt, weil er sich in eine ganze Serie von Fällen einreihet, in der Personen dunkler Hautfarbe bei oder nach Einsätzen der Waadtländer Polizei verstorben sind.¹⁵ Zwar bestanden Hinweise auf

¹¹ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 120 (*«L'accusation a néanmoins été abandonnée parce que le rapport d'autopsie et les deux rapports d'expertises développés plus haut écartent tout lien de causalité naturelle entre les comportements incriminés et le décès»*); vgl. auch Mort de Mike Ben Peter: le Ministère public abandonne l'accusation contre les policiers, [RTS Info vom 19. Juni 2023](#) (*«Mort de Mike Ben Peter: le Ministère public abandonne l'accusation contre les policiers»*).

¹² Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), zur Kausalität: S. 120 (*«...le rapport d'autopsie et les deux rapports d'expertises développés plus haut écartent tout lien de causalité naturelle entre les comportements incriminés et le décès»*), zur Sorgfaltspflicht: S. 127 (*«En définitive...le tribunal estime qu'...on ne peut pas retenir de violation du devoir de prudence; autrement dit, les...conditions posées pour retenir d'une négligence ne sont pas remplies.»*).

¹³ ANTONIO FUMAGALLI, Freispruch für sechs Polizisten führt zu Szenen, wie sie die Schweizer Justiz nicht kennt, [NZZ vom 22. Juni 2023](#).

¹⁴ Auch die Schweiz hat einen «George Floyd»-Fall, [Blick vom 4. Juni 2020](#); CARLOS HANIMANN, Am Gericht und der Polizist schweigt eisern, [Republik vom 21. Juni 2023](#); ANTONIO FUMAGALLI, Warum starb Mike Ben Peter? «Ich habe gemacht, was ich für richtig hielt», sagt einer der angeklagten Polizisten, [NZZ vom 12. Juni 2023](#).

¹⁵ Todesfall von Morges: Im Bahnhof Morges wurde ein Mann, der mit einem Messer die zuvor zu Hilfe gerufene Polizei angriff, von einem so bedrohten Polizisten erschossen (s.a. CARLOS HANIMANN, Der Tote von Morges, [Republik vom 27. September 2021](#)); Lamine Fatty: Der 23-jährige gambische Asylsuchende verstarb nach zwei Tagen Haft «unter ungeklärten Umständen» in seiner Gefängniszelle. (DANIEL KRÄHENBÜHL, Starben auch in der Schweiz Schwarze durch Polizeigewalt?, [20 Minuten vom 3. Juni 2020](#)); Hervé Mandundu: Der 27-Jährige verstarb ebenfalls während eines Polizeieinsatzes, nachdem ein Polizist drei Schüsse auf ihn abgefeuert hatte (Le procès d'un policier jugé pour meurtre s'est ouvert à Renens, [RTS Info vom 23. März 2021](#)); Claudio: Der 31-jährige Kapverdier wurde von der Polizei irrtümlicherweise für einen Drogendealer gehalten und musste aufgrund der gewaltsamen Festnahme mit zahlreichen Verletzungen in die Notaufnahme gebracht werden. (DANIEL KRÄHENBÜHL, Starben auch in der Schweiz Schwarze durch Polizeigewalt?, [20 Minuten vom 3. Juni 2020](#)); Vorfall vom 2. Februar 2010:

Drogenhandel und damit ein «genügender Anfangsverdacht»¹⁶ für eine polizeiliche Kontrolle von Mike Ben Peter, allerdings hat der Vertreter der Opferfamilie, Maître Simon Ntah, vor Gericht auch darauf hingewiesen, «*que le racisme n'est pas très loin et que la police aurait pris l'habitude – notamment lorsqu'elle interpelle des personnes d'origine africaine – d'aller un peu plus loin que ce qu'on devrait*».¹⁷ Die Schweiz wurde seither auch schon vom Hochkommissariat für Menschenrechte der Vereinten Nationen gerügt: «*Switzerland must urgently confront anti-Black racism*».¹⁸ Der von der UNO-Generalversammlung abgenommene Bericht kommt etwa zum Schluss, dass «*police operations include brutal arrests, racial profiling, degrading treatment*».¹⁹ Nach diesem Bericht deutet die Allgegenwärtigkeit und Straflosigkeit («*ubiquity and impunity*») solcher Fehlverhalten darauf hin, dass die Schweiz ein systemisches Problem mit Rassendiskriminierung hat,²⁰ wobei explizit auch der Fall Mike Ben Peter genannt wird.²¹ Dies wird durch die jüngste Rechtsprechung des EGMR bestätigt: Der Beschwerdeführer M. Mohamed Shee Wa Baile war am Morgen des 5. Februar 2015 auf dem Weg zu seiner Arbeit, als er am Hauptbahnhof Zürich von der Polizei für eine Identitätskontrolle angehalten wurde. Da Wa Baile sich weigerte, den Aufforderungen der Polizisten Folge zu leisten, wurde er durchsucht. Erst nachdem die Identität mittels eines Dokuments bestätigt werden konnte, durfte er den Ort verlassen.²² Im Verfahren machte er geltend, aufgrund seiner Hautfarbe bei der Polizeikontrolle dis-

Ein tschadischer Staatsangehöriger wurde von der Polizei festgenommen, befragt und anschliessend am Stadtrand von Lausanne im Wald ausgesetzt. Er musste mittels Notruf gerettet werden. (Fristlose Entlassung von Lausanner Polizist war unzulässig, [NZZ vom 30. März 2012](#)); Vorfall vom 31. Dezember 2006: Zwei Polizisten nahmen einen Eritreer fest, setzten Pfefferspray gegen ihn ein und setzten ihn am Stadtrand von Lausanne aus. (Bundesgericht annulliert Freispruch für Lausanner Polizisten, [Tageswoche vom 5. November 2011](#)).

¹⁶ MOHLER, [Jusletter 2017, N 43 ff.](#)

¹⁷ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 120.

¹⁸ [UN-Report](#), *passim*.

¹⁹ [UN-Report](#), Ziff. 69 («...the Working Group is concerned about the prevalence of racial discrimination and the human rights situation of people of African descent in Switzerland. Notably, the racial discrimination cited throughout the present report are not outlier incidents. The ubiquity and impunity of this misconduct indicates that a serious systemic problem exists.»).

²⁰ [UN-Report](#), Ziff. 76 («...The Working Group heard shocking reports of police brutality and the expectation of impunity. Global demand for policing reform in 2020 appears not to have affected policing practices. Instead, police operations include brutal arrests, racial profiling, degrading treatment and the reinforcement of negative racial stereotypes in public spaces.»).

²¹ [UN-Report](#), Ziff. 42 («The Working Group has also followed closely the cases of Mike Ben Peter, asphyxiated by police in Lausanne; Lamin Fatty, found dead in a police cell at the Centre de la Blécherette; Hervé Mandundu, killed by police in Bex; Mohammed Wa Baile, seeking justice for unlawful racial profiling in Zurich; and Omar Mussa Ali, shot several times by the police in Zurich. Each of these cases represents the violence of racial profiling, and families' quests for justice in a system that is sluggish and unwelcoming. Notably, these examples have not prompted an investigation of systemic racism in law enforcement by either cantonal or confederation authorities.»).

²² Zum Ganzen siehe EGMR, 20.2.2024, [No. 43868/18 und 25993/21](#), Wa Baile/Switzerland, Ziff. 4.

kriminiert worden zu sein.²³ Mit dieser Rüge hatte er (erst) in Strassburg Erfolg: *«The Court found [...] that the applicant had an arguable claim of discrimination on the ground of his skin colour.»*²⁴ Die Schweiz wurde unter anderem wegen einer Verletzung des Diskriminierungsverbots ([Art. 14 EMRK](#)) verurteilt.²⁵

II. Strafrecht

Aus Sicht des materiellen Strafrechts wirft das Urteil verschiedene Fragen auf, die hier nur angeschnitten werden können. Als Erstes fragt man sich, weshalb die Staatsanwaltschaft nicht – wie von der Privatklägerschaft verlangt – in dubio pro durore²⁶ eine eventualvorsätzliche Tötung angeklagt hat. Das Gericht sah in der Anklage keine Anhaltspunkte für Eventualvorsatz.²⁷ Zumindest erlaubt sei hier die Frage, ob dies gleich beurteilt würde, wenn sechs Anhänger eines Fussballclubs einen Fan eines gegnerischen Fussballclubs so zu Boden ringen und niederdrücken, dass er in der Folge verstirbt. Zumal die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Schluss von hoch gefährlichem Verhalten auf Inkaufnahme des Erfolgs zulässt.²⁸ Zweitens fällt auf, dass sich nur die unmittelbar involvierten Polizisten einer Strafuntersuchung ausgesetzt sahen, indes weder ihre Vorgesetzten noch die für die Ausbildung zu Festnahmepraktiken verantwortlichen Personen.²⁹ Drittens leuchtet nicht ein,

²³ EGMR, 20.2.2024, [No. 43868/18 und 25993/21](#), Wa Baile/Switzerland, Ziff. 1.

²⁴ European Court of Human Rights, [Press Release issued by the Registrar of the Court](#), EHCR 045 (2024) vom 20.2.2024, S. 1; vgl. schon MOHLER, [Jusletter 2017, N 57](#).

²⁵ EGMR, 20.2.2024, [No. 43868/18 und 25993/21](#), Wa Baile/Switzerland, Dispositiv Ziff. 4–6.

²⁶ [BGE 137 IV 219](#) E. 7.1; BGer, [1B 348/2011](#) vom 24. Februar 2012, E. 3.3; OPPLIGER/BOUVARD, fp 2019, S. 41; ACKERMANN/SCHÖDLER, fp 2016, S. 35.

²⁷ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 90 (*«il ne resultait pas de l'acte d'accusation qu'on soit en présence d'éléments allant dans le sens d'une prise de risque inconsidérée allant jusqu'au meurtre par dol eventuel.»*).

²⁸ [BGE 130 IV 58](#) E. 9. Eine ganz andere Frage ist, ob dieser Schluss strafrechtsdogmatisch überzeugend ist, dazu THOMMEN/JETZER, [Eventualvorsatz und Lebensgefährdung](#), S. 195 ff.

²⁹ [UN-Basic Principles on the Use of Force](#), Ziff. 24 (*«Governments and law enforcement agencies shall ensure that superior officers are held responsible if they know, or should have known, that law enforcement officials under their command are resorting, or have resorted, to the unlawful use of force and firearms, and they did not take all measures in their power to prevent, suppress or report such use.»*). Diese Prinzipien haben als «relevant international law» auch in die Rechtsprechung Eingang gefunden: EGMR, 12.3.2013, [No. 16281/10](#), Aydan/Turkey, Ziff. 99; EGMR, 19.4.2012, [No. 49382/06](#), Saso Gorgiev/Macedonia, Ziff. 25; SCHWEIZERISCHES POLIZEI-INSTITUT, [S. 59, Ziff. 2.4.1](#) – Sensibilisierung (*«Die Wahrscheinlichkeit des Eintretens des Phänomens «Lagebedingter Erstickungstod» bei polizeilichen Fest- oder Gewahrsamsnahmen kann deutlich verringert werden, wenn alle Polizisten über den LBET informiert sind»*). Zur Ausbildung ferner: ZUMSTEG, [SR 1/2012](#), S. 18 (*«Daneben müssen die Beamten entsprechend ausgebildet sein, so dass sie Gewalt nur da anwenden, wo dies absolut notwendig ist.»*); s.a. EGMR,

weshalb selbst für den Fall, dass sich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Tötung von Mike Ben Peter nicht etablieren liesse, die im Laufe der Verhaftung angewendete Gewalt (Knietösse in die Genitalien) keiner strafrechtlichen Würdigung (Körperverletzung, Tätlichkeit, Amtsmissbrauch) unterzogen wurden.³⁰

Näher zu untersuchen ist die fahrlässige Tötung. Das Bezirksgericht Lausanne stützt seinen Freispruch hier im Wesentlichen auf drei nachfolgend zu analysierende Erwägungen. Erstens bestehe kein natürlicher Kausalzusammenhang (1.) zwischen dem Polizeieinsatz und dem Tod von Mike Ben Peter.³¹ Zweitens hätten die Polizeibeamten ihre Sorgfaltspflichten (2.) nicht verletzt.³² Zumindest implizit scheint das Bezirksgericht drittens davon auszugehen, dass das Vorgehen der Polizei gerechtfertigt war, mithin eine zulässige Festnahme (3.) vorlag.³³

A. Kausalität

Nach [Art. 117 StGB](#)³⁴ wird wegen fahrlässiger Tötung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht. Gemäss [Art. 12 Abs. 3 StGB](#) begeht ein Verbrechen oder Vergehen fahrlässig, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.

26.10.2005, [No. 35072/97](#) und [37194/97](#), Simsek and others/Turkey, Ziff. 105 («...police officers should not be left in a vacuum when exercising their duties, whether in the context of a prepared operation or a spontaneous pursuit of a person perceived to be dangerous. A legal and administrative framework should define the limited circumstances in which law-enforcement officials may use force...»).

³⁰ Apodiktisch Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 90 («Il a donc été décidé de ne pas faire application de l'art. 344 CPP, ceci valant également pour les chefs d'accusation de lésions corporelles simples (123 CP) et abus d'autorité (312 CP)»); z.R. kritisch MARKUS MOHLER, in: Henry Habegger, Ein Urteil mit (zu) vielen Auffälligkeiten, [Aargauer Zeitung vom 24. Juni 2023](#), S. 4.

³¹ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 128 («tout amène à considérer que le lien de causalité n'est pas établi entre l'interpellation et le décès.»).

³² Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 127 («En définitive... le tribunal estime qu'... on ne peut pas retenir de violation du devoir de prudence.»).

³³ I.d.S. Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 127 («Ces considérations amènent le tribunal à admettre qu'au vu de l'extrême particularité de cette interpellation tragique, on ne pouvait exiger des prévenus [...] qu'ils agissent différemment.») und S. 128 («On ne voit pas qu'on puisse reprocher aux prévenus [...] d'avoir provoqué fautivement cet état de stress aigu. Il est dans l'ordre des choses qu'une personne interpellée en conçoive du stress, de la contrariété, de la colère ou de l'énervement.»).

³⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; [SR 311.0](#)).

Nach der Rechtsprechung setzt ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung zunächst voraus, «dass der Täter den Erfolg [...] verursacht hat.»³⁵ Ob der Täter den Erfolg verursacht hat, ist eine Frage der natürlichen Kausalität. Nach jahrzehntelanger Praxis gilt ein Verhalten im «natürlichen Sinne... als kausal, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen... Dass die Verletzung die alleinige oder unmittelbare Ursache des Unfalles gewesen sei, ist nicht erforderlich; es genügt, dass sie zusammen mit anderen Bedingungen das Unfallgeschehen beeinflusste.»³⁶ Nach der Äquivalenztheorie sind alle Bedingungen, die «überhaupt zum Eintritt des Erfolgs mitwirken, gleichwertig.»³⁷ Man muss sich fragen, «au regard de toutes les circonstances et règles scientifiques reconnues, si, sans le comportement de l'auteur, le résultat serait tout de même intervenu, et ce dans sa forme tout à fait concrète.»³⁸ Dabei genügt es, wenn das «Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit [...] die Ursache des Erfolgs bildete.»³⁹

In casu folgte das Gericht den medizinischen Expert:innen, die die lagebedingte Fixierung als Todesursache ausgeschlossen haben und stattdessen das sog. Excited Delirium Syndrome (ExDS) ins Zentrum stellten, wonach der Tod auf den mit der Verhaftung einhergehenden Stress zurückzuführen ist. Die ExDS-Diagnose ist in der Fachwelt hochgradig umstritten und unterdessen diskreditiert.⁴⁰ Deutlich näherliegend ist die Schlussfolgerung, dass vorliegend die gewaltsame Fixierung und die dadurch verursachte lagebedingte Asphyxie die Hauptursachen für den fatalen Ausgang waren.⁴¹ Selbst wenn man ExDS als

³⁵ [BGE 143 IV 138](#) E. 2.1 m.w.H.

³⁶ [BGE 95 IV 139](#) E. 2a.

³⁷ BGer, [6B_885/2013](#) vom 24. März 2014, E. 2.6.

³⁸ VILLARD/CORBOZ, CR CP-I, Art. 12 N 182.

³⁹ [BGE 125 IV 195](#) E. 2b.

⁴⁰ STRÖMMER et al., [Forensic Science, Medicine and Pathology 16\(4\)/2020](#), S. 684 («These results provide strong evidence that the more likely it is that a death resulted from restraint, the more likely it is that the death will be attributed to ExDS, which allows for the restraint to be ignored as a cause. Thus, the evidence suggests that ExDS is not a unique cause of death in the absence of restraint, and that the supposition to the contrary is an artifact of circular reasoning and confounding rather than an evidence-based inference.»); WALSH et al., [West J Emerg Med 24\(2\)/2023](#), S. 157 («The evidence shows, however, that Black people are differentially labeled with ExD, seemingly dying at a higher rate than White people.»); MCGUINNESS/LIPSEGE, [Psychological Medicine 52\(9\)/2022](#), S. 1602 («[...] it is, however, not recognised as such by the American Medical Association, the American Psychiatric Association or the World Health Organisation. Nor is it to be found in the most recent Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM V). A diagnostic entity requires a standardised definition, a specific diagnostic test and a unique pathophysiological mechanism with a consistent morbid anatomical basis or a specific aetiology. By contrast, excited delirium has been defined mainly on the basis of subjective descriptions of severely agitated behaviour.») und S. 1609 («This diagnosis has been invoked at enquiries and inquests to exculpate officers whose dangerous use of restraint may have significantly contributed to the death of these publicly distressed individuals.»).

⁴¹ MICHAEL D. FREEMAN, in: Amit Juillard, Selon des experts américains, Mike Ben Peter est mort à cause de la police, [Blick vom 26. November 2023](#) («J'estime que le décès de M. Peter a entiè-

Todesursache akzeptierte, hätte dies die Angeklagten in casu nicht entlastet, zumal sie die Art und Weise der Verhaftung ebenfalls zu verantworten haben.⁴² Jedenfalls lässt sich nicht bestreiten, dass die gewaltsame Festnahme *natürlich kausal* war für den Tod. Mike Ben Peter wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht am Morgen des 1. März 2018 im Waadtländer Universitätsspital an den Folgen eines Herz- und Kreislaufstillstands gestorben, wenn ihn die sechs Beamten der Lausanner Stadtpolizei am späten Abend des 28. Februar 2018 nicht bis zur Regungslosigkeit auf den Boden gedrückt hätten. Weitere Risikofaktoren, wie männliches Geschlecht, Übergewicht, Herzrhythmusstörungen oder durch die Verhaftung induzierter Stress, ändern nichts an diesem Befund.⁴³ Die Schlussfolgerung des Gerichts, wonach sich kein Kausalzusammenhang zwischen der Festnahme und dem Tod von Mike Ben Peter etablieren lasse,⁴⁴ beruht auf einer bundesrechtswidrigen Konzeption der natürlichen Kausalität.

B. Sorgfaltspflicht

Nebst der Verursachung des Erfolgs setzt ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung nach ständiger Praxis die Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraus: *«Dies ist der Fall, wenn der Täter im Zeitpunkt der Tat auf Grund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen, und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat. Wo besondere, der Unfallverhütung und der Sicherheit dienende Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach*

rement résulté du recours à l'immobilisation maximale prolongée en décubitus ventral par les gendarmes, ce qui a entraîné la mort par arrêt cardiorespiratoire déclenché par asphyxie.»).

⁴² S.a. STRÖMMER et al., [Forensic Science, Medicine and Pathology 16\(4\)/2020](#), S. 689 («There is no existing evidence that indicates that ExDS is inherently lethal in the absence of aggressive restraint.»).

⁴³ So aber Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 88 f. («Ce dernier résulte de causes multifactorielles incluant notamment son obésité, des troubles du rythme cardiaque [...]»), S. 109 («de lésions pathologiques préexistantes, soit notamment: obésité, micro-foyers de fibrose myocardique [...]»), S. 110 («sexe masculin, obésité, imprégnation à l'éthanol et/ou à la cocaïne, agitation/situation de stress, position ventrale, antécédents de maladie chronique/cardiaque.»); überzeugend a.A. MICHAEL D. FREEMAN, in: Amit Juillard, Selon des experts américains, Mike Ben Peter est mort à cause de la police, [Blick vom 26. November 2023](#) («L'ExDS n'a pas tué M. Peter.»; «Pas plus que son obésité ou son sexe, renchérit-il. M. Peter est décédé en raison des manœuvres d'immobilisation violentes, utilisées à son encontre par les gendarmes, et décrites dans le présent rapport.»).

⁴⁴ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 128 («[...] tout amène à considérer que le lien de causalité n'est pas établi entre l'interpellation et le décès.»), s.a. S. 120 («[...] le rapport d'autopsie et les deux rapports d'expertises développés plus haut écartent tout lien de causalité naturelle entre les comportements incriminés et le décès»).

diesen Vorschriften.»⁴⁵ Zur Beurteilung der pflichtwidrigen Unvorsicht hält das Bundesgericht – ebenfalls in ständiger Rechtsprechung – fest: «Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Fahrlässigkeitshaftung bildet die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe müssen für den konkreten Täter mindestens in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sein [...] Für die Beantwortung dieser Frage gilt der Massstab der Adäquanz. Danach muss das Verhalten geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen. Die Adäquanz ist nur zu verneinen, wenn ganz aussergewöhnliche Umstände, wie das Mitverschulden des Opfers beziehungsweise eines Dritten oder Material- oder Konstruktionsfehler, als Mitursache hinzutreten, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden musste und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache des Erfolgs erscheinen und so alle anderen mitverursachenden Faktoren – namentlich das Verhalten des Angeschuldigten – in den Hintergrund drängen.»⁴⁶

Polizisten müssen die Gefahr eines lagebedingten Erstickungstodes bei Verhaftungen kennen. Das Phänomen einer *«asphyxie consécutive à la position de contention sur le ventre»* ist der Fachwelt⁴⁷ seit Langem und einer breiten Öffentlichkeit spätestens seit dem gewaltsamen Tod von George Floyd bekannt.⁴⁸ [Art. 13 Abs. 1 ZAG](#)⁴⁹ bestimmt unter dem Titel «Körperliche Gewalt»: *«Techniken körperlicher Gewalt, welche die Gesundheit der betroffenen Person erheblich beeinträchtigen können, insbesondere durch die Behinderung der Atemwege, sind verboten.»* Zwar ist das Zwangsanwendungsgesetz in casu nicht direkt auf die Lausanner Polizei anwendbar, es gibt als polizeiliche Sorgfaltsnorm jedoch einen Hinweis auf die bei gewaltsamen Festnahmen geltende Lex artis. Die Gefahr des Lagebedingten Erstickungstods (LBET) – Décès par asphyxie positionnelle (DAP) – wird in der theoretischen und praktischen Polizeiausbildung⁵⁰ sowie in Handbüchern zu polizeilichen

⁴⁵ [BGE 143 IV 138](#) E. 2.1 m.w.H.

⁴⁶ [BGE 135 IV 56](#) E. 2.1.

⁴⁷ [BGE 128 IV 188](#) («[...] Les spécialistes de l'Institut universitaire de médecine légale de Lausanne qui ont procédé à une autopsie ainsi qu'à divers examens sont parvenus à la conclusion que le décès pouvait être attribué à une asphyxie consécutive à la position de contention sur le ventre avec les bras fixés au dos et la mise de poids sur le thorax, le fait que la victime ait fourni un effort physique important et ait été soumise à un stress pouvant jouer un rôle dans l'enchaînement fatal.»); vgl. bereits EGMR, 7.2.2006, [No. 41773/98](#), Scavuzzo-Hager/Switzerland, Ziff. 9 ff.; SCHRAG/DE FROIDMONT/LESTA, [Rev Med Suisse 2011](#), S. 511 ff.; diff. zu den medizinischen Expertisen: AMIT JUILLARD, Selon des experts américains, Mike Ben Peter est mort à cause de la police, [Blick vom 26. November 2023](#).

⁴⁸ George Floyd, Wikipedia, <<https://perma.cc/YT5W-J9VK>>.

⁴⁹ Bundesgesetz über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes vom 20. März 2008 (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG; [SR 364](#)).

⁵⁰ So explizit Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 106 («[...] ce témoin a été entendu plus particulièrement sur le risque de décès par asphyxie positionnelle (DAP). Ce risque est expliqué dans une partie théorique et dans une partie pratique lors de laquelle on procède à un exercice

Verhaftungen thematisiert.⁵¹ Das dadurch betroffene Recht auf Leben ist nicht nur in [Art. 2 EMRK](#)⁵² und [Art. 10 Abs. 1 BV](#)⁵³, sondern auch in [Art. 12 Abs. 1 der Waadtländer Kantonsverfassung](#)⁵⁴ verankert. Das Bezirksgericht scheint davon auszugehen, dass den Polizisten die Risiken in casu auch bekannt waren.⁵⁵ Ein im Prozess angehörter Polizeiausbilder hat ausgesagt, dass ein Verhafteter gemäss Handbuch maximal zwei Minuten am Boden fixiert werden dürfe.⁵⁶ Nach den Feststellungen des Bezirksgerichts wurde Mike Ben Peter «*maintenu et couché sur le ventre au sol durant environ 3 minutes après la fin de ce menottage*».⁵⁷

Indem die Polizisten Mike Ben Peter über mehrere Minuten bis zur Bewusstlosigkeit am Boden fixierten, war für sie vorhersehbar, dass dieser ersticken konnte. Die erwähnten Risikofaktoren (männliches Geschlecht, Übergewicht, Herzrhythmusstörungen, Verhaftungsstress) sind nicht ungewöhnlich und vermögen das Verhalten der Polizeibeamten nicht in den Hintergrund zu drängen. Die Schlussfolgerung des Gerichts, dass «*on ne peut pas retenir de violation du devoir de prudence*», ist daher nicht nachvollziehbar.

de sensibilisation dans lequel les aspirants sont invités à ressentir les effets d'une pression sur la cage thoracique.»).

⁵¹ SCHWEIZERISCHES POLIZEI-INSTITUT, [Ziff. 2.3, S. 55 ff.](#) («Ganz wichtig ist es deshalb, dass die Zeit, die sich eine Person in erzwungener Bauchlage befindet (keine Drehung in Seitenlage möglich) nur ganz kurz andauert. Bereits 1–2 Minuten in erzwungener Bauchlage kann ihr Leben gefährden»); INSTITUT SUISSE DE POLICE, [Ziff. 2.3, S. 57 ff.](#) («Il est donc extrêmement important que le laps de temps qu'une personne est contrainte de rester en position ventrale («pas de possibilité de se positionner sur le côté») soit aussi bref que possible. 1 à 2 minutes dans la position ventrale forcée peuvent mettre la vie en danger!»).

⁵² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (EMRK; [SR 0.101](#)).

⁵³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; [SR 101](#)).

⁵⁴ Verfassung des Kantons Waadt vom 14. April 2003 ([SR 131.231](#)).

⁵⁵ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 122 («[...] on sait que les prévenus sont instruits au contenu de ce manuel [...]»).

⁵⁶ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 106 («Sur la durée maximale pendant laquelle une personne peut être laissée au sol, le témoin dit que le manuel fait état d'1 à 2 minutes, mais qu'une telle évaluation est difficile à opérer sous le stress d'une interpellation.»).

⁵⁷ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 113 und S. 118 («[...] aurait présenté un arrêt cardiorespiratoire ou serait décédé le 1^{er} mars 2018 s'il avait été mis sur le côté ou relevé une fois le menottage achevé, plutôt que d'être maintenu couché sur le ventre au sol durant 3 minutes après la fin du menottage [...]»).

C. Rechtfertigung

Ob fahrlässiges Verhalten gerechtfertigt werden kann oder in solchen Fällen bereits keine Pflichtwidrigkeit vorliegt,⁵⁸ ist umstritten.⁵⁹ Nach überzeugender und wohl überwiegender Auffassung ist auch bei fahrlässigem Verhalten zu prüfen, ob das tatbestandliche Unrecht durch einen Rechtfertigungsgrund aufgehoben wird.⁶⁰ Das Bundesgericht hat die (fahrlässige) Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer über Notstandshilfe bei einem Fahrzeugführer gerechtfertigt, der einen Bekannten mit stark übersetzter Geschwindigkeit zur Notfallaufnahme gefahren hat.⁶¹ Voraussetzung einer Rechtfertigung ist, dass die Tat zum angestrebten Ziel in einem vernünftigen Verhältnis steht.⁶²

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat am 3. März 1984 entschieden, dass eine fahrlässige Verletzung durch ein strafprozessuales Festnahmerecht gerechtfertigt sein kann, *«wobei die Intensität des Zwangsmittels im Verhältnis zur Bedeutung der zu verfolgenden Straftat als angemessen erscheinen muss.»*⁶³ Diese Entscheidung lässt sich ohne Weiteres auf das schweizerische Recht übertragen. Nach [Art. 14 StGB](#) verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die Tat nach diesem oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist. Die fahrlässige Tötung ist nach [Art. 117 StGB](#) mit

⁵⁸ So DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, S. 76 ff. (*«Eine erneute Überprüfung des Pflichtwidrigkeitsurteils über fahrlässiges, erfolgsverursachendes Verhalten unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigungsgründe vermag in keinem Fall zu einer Verneinung des Handlungsunwertes zu führen, da allen im Hinblick auf die Rechtfertigungstatbestände relevanten Umstände bei der Abklärung der Sorgfaltspflichtwidrigkeit Rechnung getragen wird.»*).

⁵⁹ VILLARD/CORBOZ, CR CP-I, Art. 12 N 198 f. m.w.H.; FRISTER, AT¹⁰, § 14 N 40 m.N.

⁶⁰ VILLARD/CORBOZ, CR CP-I, Art. 12 N 198 (*«[...] il est donc communément admis que les règles sur les circonstances justificatives sont aussi applicables en cas d'infraction par négligence»*); STRATENWERTH, AT⁴, § 16 N 18; auf die *«Strukturgleichheit»* von vorsätzlichem und fahrlässigem Delikt verweist FRISTER, AT¹⁰, § 14 N 40 (*«Ob der Handelnde das tatbestandliche Geschehen vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat, ist für die objektive Rechtfertigung einer Tat ohne Bedeutung»*); HEINRICH, AT³, N 1019 (*«Auf der Rechtswidrigkeitsebene gibt es beim Fahrlässigkeitsdelikt keine Besonderheiten. Die Rechtswidrigkeit scheidet aus, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.»*).

⁶¹ [BGE 106 IV 1](#) (*«Welche Fahrweise zum angestrebten Ziel der möglichst raschen Einweisung eines Patienten ins Spital noch in angemessenem Verhältnis steht, hängt von den konkreten Umständen ab. Notstandshilfe im vorliegenden Fall bejaht.»*).

⁶² [BGE 106 IV 1](#) E. 2e (*«Sein Urteil führt aber keine Tatumstände an, die den Schluss zuliessen, die Tat stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel der möglichst raschen Einlieferung des M. ins Spital.»*); STRATENWERTH, AT⁴, § 16 N 21 (*«Auch ein Notstand (Art. 17) kann die fahrlässige Gefährdung fremder Rechtsgüter rechtfertigen, freilich wiederum nur unter der Voraussetzung, dass sie, beispielsweise um des Zeitgewinns bei einer Rettungshandlung willen, notwendig und verhältnismässig ist.»*).

⁶³ OLG Stuttgart, [Beschluss vom 2. März 1984 – 3 Ss \(14\) 75/84, NJW 1984 1694](#) (*«StPO § 127 I – Zum Rechtfertigungsgrund der vorläufigen Festnahme bei einer hierdurch verursachten Körperverletzung»*).

Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht. [Art. 215 Abs. 1 lit. c StPO](#)⁶⁴ erlaubt der Polizei, im Interesse der Aufklärung einer Straftat eine Person anzuhalten und wenn nötig auf den Polizeiposten zu bringen, um abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat. [Art. 217 Abs. 1 lit. a StPO](#) gebietet der Polizei, eine Person vorläufig festzunehmen und auf den Polizeiposten zu bringen, die sie bei einem Verbrechen oder Vergehen auf frischer Tat ertappt hat. Gemäss [Art. 200 StPO](#) darf zur Durchsetzung solcher Zwangsmassnahmen als äusserstes Mittel Gewalt angewendet werden; diese muss verhältnismässig sein. Blosser Fluchtgefahr kann keine Tötung oder auch nur Lebensgefährdung rechtfertigen.⁶⁵

Die Polizeibeamten haben Mike Ben Peter verdächtigt, im Drogenhandel tätig zu sein. Besitz von und Handel mit Betäubungsmitteln sind Straftaten nach [Art. 19 BetMG](#),⁶⁶ die eine polizeiliche Anhaltung und Festnahme grundsätzlich zulassen. In Bezug auf das *Marihuana* müsste in casu nachgewiesen werden, dass dieses für den Handel bestimmt war. Wie das Bundesgericht kürzlich entschieden hat, ist bei geringfügigen Mengen Cannabis für den Eigengebrauch die Einziehung ausgeschlossen.⁶⁷ Damit können insoweit auch keine prozessualen Zwangsmassnahmen angeordnet werden. Beim Kokain sind Zwangsmassnahmen möglich. Allerdings müssen sie verhältnismässig sein. Der Sachverhalt enthält keine Hinweise auf Drogenhandel im grossen Stil. Er deutet vielmehr darauf hin, dass Mike Ben Peter ein Kleinhändler an der Front war. Selbst wenn er sich jedoch des qualifizierten Betäubungsmittelhandels im Sinne von [Art. 19 Abs. 2 BetMG](#) schuldig gemacht haben sollte, war die von der Polizei angewendete Gewalt disproportional. Es waren keine Leben in unmittelbarer Gefahr. Die lebensgefährliche – und im Ergebnis wohl auch tödliche – Verhaftung durch minutenlange Fixierung in Bauchlage war somit nicht gerechtfertigt.

⁶⁴ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; [SR 312.0](#)).

⁶⁵ ZUMSTEG, [SR 1/2012](#), S. 19 («Hierbei gilt es unter dem Blickwinkel der Verhältnismässigkeit zu beachten, dass ein Flüchtiger, der keine Gefahr für Leib oder Leben darstellt und noch dazu unbewaffnet ist, nicht lebensbedrohlich gefährdet werden darf. Dies gilt selbst dann, wenn die Gefahr besteht, dass er entkommen könnte. Eine Festnahme hat ja gerade nicht den Tod des Verdächtigen oder Flüchtigen zum Ziel, sondern vielmehr ihn (unter Wahrung seiner Rechte aus Art. 5 EMRK) vor die zuständigen Behörden zu bringen.»).

⁶⁶ Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (BetMG; [SR 812.121](#)).

⁶⁷ Im zur amtlichen Publikation vorgesehenen Entscheid [6B_911/2021](#) vom 19. Juni 2023 hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, «dass geringfügige, zum Eigenkonsum bestimmte Mengen Cannabis, deren Besitz nach Art. 19b BetMG straflos ist, nicht eingezogen werden können». Insofern dürften auch Zwangsmassnahmen unzulässig sein.

III. Strafprozessrecht

Der Präsident des Bezirksgerichts Lausanne hat anlässlich der Hauptverhandlung festgehalten, er sei entgegen den Vorbringen der Privatklägerschaft der Auffassung *«l'instruction a été menée correctement»*⁶⁸. In der Folge wird untersucht, ob der Fall in strafprozessualer Hinsicht nicht doch zu Diskussionen Anlass geben sollte. Bereits der *Sachverhalt* zeigt Ungereimtheiten: So sagten die Polizeibeamten aus, Mike Ben Peter habe bei der Verhaftung aufgrund des versteckten Kokains *«Schaum vor seinem Mund gehabt»*.⁶⁹ Für diese Darstellung spricht, dass Kokain im Urin nachgewiesen wurde.⁷⁰ Dagegen spricht, dass weder im Blut noch in den Haaren von Mike Ben Peter,⁷¹ noch auf den Intubationsgeräten der Rettungssanität Kokainspuren nachgewiesen werden konnten.⁷² Weiter fällt auf, dass sich die medizinischen *Gutachten* zu rechtlichen Fragen wie der Kausalität und Verantwortlichkeit äussern.⁷³ Schliesslich wurde die *Anklage* gemäss Bezirksgericht *«fallengelassen»*⁷⁴. Das kann nicht so verstanden werden, dass die Anklage zurückgezogen wurde, weil das Bezirksgericht ansonsten gar nicht mehr in der Sache hätte entscheiden können. Ferner steht das Immutabilitätsprinzip ([Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO](#)) einem Anklagerückzug in der Hauptverhandlung entgegen.⁷⁵ Vielmehr ist das Vorgehen der Staatsanwaltschaft so zu interpretieren, dass sie zwar eine fahrlässige Tötung angeklagt, aber nunmehr auf Freispruch plädiert hat.⁷⁶ Wie oben bereits angedeutet (II.), legt der Sachverhalt indes keine

⁶⁸ FLAVIENNE WAHLI DI MATTEO, Revivez ce procès inédit minute par minute, [24 heures vom 12. Juni 2023](#).

⁶⁹ État de Vaud, Ministère public, Acte d'accusation du 15 décembre 2022, zitiert aus: Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 88 (*«En retournant sa tête, ils ont constaté la présence d'une boulette de cocaïne à terre, collée contre son menton ainsi que d'une mousse blanche au niveau de sa bouche.»*).

⁷⁰ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 116 (*«...la présence de cocaïne dans l'urine post mortem»*).

⁷¹ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 112 (*«Lors des analyses toxicologiques la cocaïne n'a pas été mise en évidence dans le sang ante mortem, l'analyse des cheveux n'a pas mis non plus en évidence de cocaïne ou de ses métabolites»*).

⁷² Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 116 (*«Aucune trace de cocaïne n'a été détectée sur le matériel d'intubation utilisé par les intervenants sanitaires.»*).

⁷³ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 115 (*«[...] une bonne partie des auteurs résument la cause du décès en garde à vue comme multifactorielle, ce qui n'aide pas à attribuer à telle action une causalité ou à telle personne une responsabilité»*); dazu [BGE 130 I 337](#) E. 5.4.1 (*«Dem Sachverständigen sind bloss Sach-, keine Rechtsfragen zu unterbreiten. Die Beantwortung letzterer obliegt zwingend dem Gericht»*).

⁷⁴ Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 120 (*«L'accusation a néanmoins été abandonnée [...]»*).

⁷⁵ NIGGLI/HEIMGARTNER, BSK StPO/JStPO³, Art. 9 N 41 (*«Das Immutabilitätsprinzip ist in Art. 340 Abs. 1 lit. b statuiert, wonach die Anklage nach Behandlung der Vorfragen nicht mehr zurückgezogen und unter Vorbehalt von Art. 333 auch nicht mehr geändert werden kann.»*).

⁷⁶ OPPLIGER/BOUVARD, *fp* 2019, S. 43 (*«Anklagen mit Antrag auf Freispruch sind der Öffentlichkeit meist schwer zu vermitteln und geben auch immer wieder Anlass zur Kritik, obwohl sie unter*

«Anklage auf Freispruch»⁷⁷ nahe, sondern es hätte genügend Anhaltspunkte gegeben, um nach dem Grundsatz *in dubio pro duriore*⁷⁸ eine eventualvorsätzliche Tötung anzuklagen und den Entscheid über die Berechtigung der Vorwürfe dem Gericht zu überlassen.

Die nachfolgenden Erwägungen sollen sich aber auf Themen beschränken, die die Forschung von Regina Kiener betreffen. Eingegangen wird zunächst auf die konventionsrechtlichen Anforderungen an eine Untersuchung im Falle tödlicher Polizeigewalt (1.). Sodann legen wir einen Fokus auf die Unabhängigkeit der Untersuchung (2.). Schliesslich wenden wir uns auch noch der Frage zu, ob die Untersuchung angemessen war (3.).

A. Untersuchung

Jeder Mensch hat das Recht auf Leben ([Art. 2 Ziff. 1 EMRK](#); [Art. 10 Abs. 1 BV](#)). Dieser völker- und verfassungsrechtliche Anspruch richtet sich einerseits als Abwehrrecht gegen den Staat, verpflichtet diesen aber andererseits, im Rahmen seiner Möglichkeiten den Schutz seiner Bürger zu gewährleisten, Tötungsdelikte aufzuklären und deren Urheber zu verfolgen.⁷⁹ Das gilt für vorsätzliche und fahrlässige Tötungen.⁸⁰

Bei tödlich verlaufenden Festnahmen ist nach dem EGMR eine effektive Untersuchung geboten.⁸¹ Das Recht auf Leben wäre nach Auffassung des EGMR nur theoretischer Natur, wenn keine Untersuchungen stattfinden würden, welche die Rechtmässigkeit staatlicher Gewaltanwendung überprüfen.⁸² Eine *effektive* Untersuchung muss nach dem EGMR folgenden Anforderungen genügen: Erstens ist die Untersuchung unabhängig durchzu-

Umständen die logische Konsequenz darstellen. Rechtlich zulässig sind sie grundsätzlich.»).

⁷⁷ ACKERMANN/SCHÖDLER, fp 2016, S. 33 ff.

⁷⁸ [BGE 137 IV 219](#) E. 7.1 («Bei der Frage, ob ein Strafverfahren über eine (definitive) Verfahrenseinstellung durch die Untersuchungsbehörde erledigt werden kann, gilt im schweizerischen Strafprozessrecht der Grundsatz «in dubio pro duriore». Danach darf eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft nur bei klarer Strafflosigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen verfügt werden [...]. In Zweifelsfällen hat hingegen eine Anklage und gerichtliche Beurteilung zu erfolgen»).

⁷⁹ [BGE 135 I 113](#), Regeste; KIENER, Die Rote Zora, S. 622 ff. und S. 628 («Besonders strikt sind die Anforderungen an die erforderliche Sorgfalt, wenn sich das Opfer in staatlicher Obhut befindet, beispielsweise in Polizeihaft.»); KIENER, Grundrechte, S. 1210 («Schutzpflichten richten sich zunächst an den Gesetzgeber, der die Rechtsordnung so auszugestalten hat, dass Übergriffe in grundrechtliche Rechtsgüter präventiv verhindert bzw. repressiv sanktioniert werden. Dabei kommt dem Schutz von Integritätsrechten durch das Strafrecht besondere Bedeutung zu [...]»); MOHLER, Polizeirecht, N 313 ff.

⁸⁰ ZUMSTEG, [SR 1/2012](#), S. 16 m.w.H.; vgl. etwa EGMR, 24.5.2011, [No. 23302/03](#), Anna Todorova/Bulgaria, Ziff. 72; MOHLER, Polizeirecht, N 315 ff.

⁸¹ EGMR, 7.2.2006, [No. 41773/98](#), Scavuzzo-Hager/Switzerland, Ziff. 74; MOHLER, Polizeirecht, N 318.

⁸² EGMR, 27.9.1995, [No. 18984/91](#), McCann/UK, Ziff. 161.

führen.⁸³ Zweitens muss die Untersuchung angemessen sein.⁸⁴ Drittens muss die Untersuchung umgehend aufgenommen und beförderlich vorangetrieben werden.⁸⁵ Viertens hat die Untersuchung stets unter einer gewissen Kontrolle durch die Öffentlichkeit und unter Beteiligung der nächsten Angehörigen zu erfolgen.⁸⁶ Geht man die Anforderungen in umgekehrter Reihenfolge an, so steht zunächst fest, dass das vorliegende Verfahren einer sehr

⁸³ EGMR, 30.3.2016, [No. 5878/08](#), Armandi Da Silva/UK, Ziff. 232 (*«For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence.»*); EGMR, 15.5.2007, [No. 52391/99](#), Ramsahai/The Netherlands, Ziff. 325 (*«Secondly, for the investigation to be «effective» in this sense it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for it and carrying it out to be independent from those implicated in the events. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence.»*); Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_2_eng, Ziff. 158 ff.; MOHLER, Polizeirecht, N 319 f.

⁸⁴ EGMR, 15.5.2007, [No. 52391/99](#), Ramsahai/The Netherlands, Ziff. 324 (*«In order to be «effective» as this expression is to be understood in the context of Article 2 of the Convention, an investigation into a death that engages the responsibility of a Contracting Party under that Article must firstly be adequate. That is, it must be capable of leading to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of result, but one of means. The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to identify the perpetrator or perpetrators will risk falling foul of this standard.»*); EGMR, 8.4.2004, [No. 26307/95](#), Tahsin Acar/Turkey, Ziff. 223 (*«The investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of result, but of means. The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to identify the perpetrator(s) will risk falling foul of this standard.»*); [Guide on Article 2 ECHR](#) (Fn. 83), Ziff. 166 ff.

⁸⁵ EGMR, 30.3.2016, [No. 5878/08](#), Armandi Da Silva/UK, Ziff. 237 (*«requirement of promptness and reasonable expedition»*); EGMR, 24.3.2011, [No. 23458/02](#), Giuliana and Gaggio/Italy, Ziff. 305; ZUMSTEG, [SR 1/2012](#), S. 20 (*«möglichst rasch Ermittlungen aufzunehmen»*).

⁸⁶ EGMR, 7.7.2011, [No. 55721/07](#), Al-Skeini and others/UK, Ziff. 167 (*«For the same reasons, there must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the victim's next of kin must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests»*); EGMR, 15.5.2007, [No. 52391/99](#), Ramsahai/The Netherlands, Ziff. 353 (*«Article 2 does not go so far as to require all proceedings following an inquiry into a violent death to be public. As stated in, for example, Anguelova (cited above, see paragraph 321), the test is whether there is a sufficient element of public scrutiny in respect of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory, maintain public confidence in the authorities' adherence to the rule of law and prevent any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts. It must be accepted in this connection that the degree of public scrutiny required may well vary from case to case.»*); [Guide on Article 2 ECHR](#) (Fn. 83), Ziff. 176 ff. (*«Public scrutiny and the participation of the next-of-kin»*).

intensiven öffentlichen Kontrolle unterworfen war und die Angehörigen von Mike Ben Peter als Privatklägerinnen ([Art. 118 ff. StPO](#)) am Verfahren teilnehmen konnten. Ausser Frage steht ferner, dass vorliegend eine Untersuchung eingeleitet wurde. Grosse Eile haben die Untersuchungsbehörden jedoch nicht an den Tag gelegt. Zwischen Mike Ben Peters Tod am 1. März 2018 und dem erstinstanzlichen Urteil vom 22. Juni 2023 sind mehr als fünf Jahre vergangen, was unter dem Gesichtspunkt des Beschleunigungsgebots⁸⁷ sehr problematisch ist. Nachfolgend konzentrieren wir uns auf die Frage, ob die Untersuchung «effektiv» war. Näherer Betrachtung bedürfen dabei die Unabhängigkeit und Angemessenheit der Untersuchung.

B. Unabhängigkeit

Eine zentrale Voraussetzung einer effektiven Untersuchung im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention ist die Unabhängigkeit der untersuchenden Behörde. Die Unabhängigkeit muss hierarchisch-institutionell und praktisch gegeben sein.⁸⁸ Nur eine unabhängige Untersuchung kann das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Gewaltmonopol des Staates wahren.⁸⁹ [Art. 2 EMRK](#) verlangt eine konkrete Prüfung der Unabhängigkeit einer Untersuchung.⁹⁰ Eine absolute Unabhängigkeit untersuchender Organe wird jedoch nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt es, die Unabhängigkeit im Einzelfall «hinreichend» zu wahren.⁹¹ Wird die gesetzliche oder institutionelle Unabhängigkeit in Frage gestellt, prüft der Gerichtshof die Frage der Unabhängigkeit in strenger Weise.⁹² In Bezug auf eine Untersuchung der Staatsanwaltschaft gegen die Polizei wird vom Gerichtshof jedoch betont, dass Staatsanwälte zwangsläufig auf Informationen und Unterstützung durch die Polizei

⁸⁷ [Art. 29 Abs. 1 BV](#) («Jede Person hat... Anspruch auf... Beurteilung innert angemessener Frist.»); [Art. 5 Abs. 1 StPO](#) («Die Strafbehörden nehmen die Strafverfahren unverzüglich an die Hand und bringen sie ohne unbegründete Verzögerung zum Abschluss.»); [BGE 143 IV 49](#) E. 1.8.2.

⁸⁸ EGMR, 7.2.2006, [No. 41773/98](#), Scavuzzo-Hager/Switzerland, Ziff. 78; EGMR, 4.8.2001, [No. 24746/94](#), Hugh Jordan/UK, Ziff. 105; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 35.

⁸⁹ EGMR, 30.3.2016, [No. 5878/08](#), Armandi Da Silva/UK, Ziff. 232; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 82 («[...] dieser Grundsatz gewinnt besondere Bedeutung, weil in der Voruntersuchung der Grundstein für die Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung gelegt wird, irreparable Fehler oder Unterlassungen deshalb die Fairness des nachfolgenden Strafverfahrens beeinträchtigen können; gerade in diesem Abschnitt dürfen keine sachwidrigen Umstände Eingang in das Verfahren finden und seine Offenheit beeinträchtigen.»); s.a. KIENER/CUPA, S. 403 («Nicht zuletzt dienen diese Grundsätze auch dem Vertrauen in das rechtsstaatlich korrekte Justizverfahren. Sie erhöhen nicht nur die Chance, dass die Betroffenen ein allfälliges (Straf-) Urteil innerlich anerkennen. Aus Sicht der Rechtsgemeinschaft geht es ebenso um das Vertrauen in die staatlichen Justizverfahren und in die Geltungskraft staatlicher (Straf-)Urteile überhaupt.»).

⁹⁰ EGMR, 14.4.2015, [No. 24014/05](#), Mustafa Tunç and Fecire Tunç/Turkey, Ziff. 222.

⁹¹ EGMR, 14.4.2015, [No. 24014/05](#), Mustafa Tunç and Fecire Tunç/Turkey, Ziff. 223.

⁹² EGMR, 14.4.2015, [No. 24014/05](#), Mustafa Tunç and Fecire Tunç/Turkey, Ziff. 224.

angewiesen sind und dass dies allein nicht ausreicht, um auf ihre mangelnde Unabhängigkeit gegenüber der Polizei zu schliessen. Die Unabhängigkeit ist erst dann in Frage gestellt, wenn ein Staatsanwalt eine enge Arbeitsbeziehung zu einer bestimmten Polizeibehörde hat.⁹³ Hinreichende Unabhängigkeit wurde vom Gerichtshof bei untersuchenden Personen verneint, die selbst als potentielle Verdächtige in Betracht kamen,⁹⁴ (wahrscheinlich) direkte Kollegen der Personen waren, die Gegenstand der Ermittlungen bildeten⁹⁵ oder den Verdächtigen hierarchisch übergeordnet waren.⁹⁶ Trägheit von untersuchenden Behörden kann gemäss EGMR zudem auf eine fehlende Unabhängigkeit hinweisen.⁹⁷

Grundsätzlich gelten die Prinzipien der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit auch für Staatsanwälte.⁹⁸ Es gilt zwischen der *institutionellen* Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft und der *persönlichen* Unabhängigkeit der einzelnen Staatsanwälte zu unterscheiden.⁹⁹ Die *institutionelle* Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft muss nicht im gleichen Masse wie diejenige der Gerichte gegeben sein, da der grundrechtliche Anspruch auf unabhängige und unparteiische Beurteilung gemäss [Art. 6 Ziff. 1 EMRK](#) und [Art. 30 Abs. 1 BV](#) nur dann auf die Staatsanwaltschaft Anwendung findet, wenn diese selbst in richterlicher Funktion tätig wird.¹⁰⁰ Eine richterliche Funktion übernimmt die Staatsanwaltschaft etwa dann, wenn sie Strafbefehle erlässt.¹⁰¹ Amtet die Staatsanwaltschaft als Strafuntersuchungsbehörde, kann lediglich an die allgemeinen Verfahrensgarantien nach [Art. 29 Abs. 1 BV](#) angeknüpft werden.¹⁰² Da sich daraus jedoch keine justiziablen Ansprüche auf

⁹³ Zum Ganzen siehe EGMR, 15.5.2007, [No. 52391/99](#), Ramsahai/The Netherlands, Ziff. 344; MOHLER, Polizeirecht, N 320.

⁹⁴ EGMR, 20.7.2010, [No. 10036/03](#), Bektaş and Özalp/Turkey, Ziff. 66; EGMR, 6.11.2002, [No. 25656/94](#), Orhan/Turkey, Ziff. 342; EGMR, 7.2.2006, [No. 41773/98](#), Scavuzzo-Hager/Schweiz, Ziff. 81 f. («*La Cour constate que ce sont les deux agents qui avaient interpellé et arrêté P. qui ont aussi mené la phase initiale de l'enquête... La Cour estime... qu'une telle manière de procéder cadre mal avec l'exigence d'indépendance hiérarchique*»).

⁹⁵ EGMR, 15.5.2007, [No. 52391/99](#), Ramsahai/The Netherlands, Ziff. 335 ff.; EGMR, 18.2.2015, [No. 22412/08](#), Emars/Latvija, Ziff. 85 und 95.

⁹⁶ EGMR, 10.5.2010, [No. 22465/03](#), Şandru/Romania, Ziff. 74; EGMR, 26.7.2011, [No. 25091/07](#), Enekidze and Girgvliani/Georgia, Ziff. 247 ff. («*hierarchical subordination*»).

⁹⁷ EGMR, 16.3.2009, [No. 58478/00](#), Rupa/Romania, Ziff. 123 f.

⁹⁸ KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 82.

⁹⁹ KIENER/CUPA, S. 402.

¹⁰⁰ KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 319; KIENER, [Garantie](#), S. 706; KÄLIN et al., [ZBJV 138/2002](#), S. 666.

¹⁰¹ KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 319 («*Rechtsprechungsfunktionen liegen in der umfassenden und eigenständigen Entscheidungskompetenz bezüglich der Frage, ob ein staatlicher Strafanspruch besteht; dies trifft zu, wenn die fragliche Anordnung das Strafverfahren durch Sachentscheid (etwa dem Erlass eines Strafbefehls) oder durch eine Einstellungsverfügung zum Abschluss bringt*»); KIENER, [Garantie](#), S. 706; KÄLIN et al., [ZBJV 138/2002](#), S. 667; BGer, [7B_68/2023](#) vom 7. November 2023, E. 2.1.2.

¹⁰² Zum Ganzen siehe [BGE 141 IV 178](#) E. 3.2.2; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 82; KÄLIN et al., [ZBJV 138/2002](#), S. 666.

eine bestimmte Organisation der Strafverfolgungsbehörden ableiten lassen, kommt dem Gesetzgeber in Bezug auf die *institutionelle* Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft ein grosser Gestaltungsspielraum zu.¹⁰³ Über die institutionelle Unabhängigkeit hinaus, muss die einzelne Staatsanwältin auch persönlich unabhängig sein.¹⁰⁴

Im vorliegenden Fall war die Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt nicht in richterlicher Funktion tätig, sondern als klassische Untersuchungsbehörde. Ob sie dabei *persönlich* unabhängig war, lässt sich aus der Ferne nicht zuverlässig beurteilen. Zu klären bleibt jedoch die Frage, ob von einer hinreichenden *institutionellen* Unabhängigkeit ausgegangen werden kann. Die Strafprozessordnung sieht in [Art. 15 Abs. 2 StPO](#) vor, dass die Polizei Straftaten im Auftrag der Staatsanwaltschaft ermittelt, wobei sie der Aufsicht und den Weisungen der Staatsanwaltschaft untersteht. Polizeiliche Strafbehörde im Sinne von [Art. 12 lit. a StPO](#) ist im Kanton Waadt die Police judiciaire ([Art. 3 Abs. 1 lit. a LVCPP](#)¹⁰⁵). Die Aufgaben der Police judiciaire werden grundsätzlich¹⁰⁶ durch die Kantonspolizei des Kantons Waadt versehen ([Art. 1 Abs. 2 LPol](#)¹⁰⁷).¹⁰⁸ Die Untersuchung im Fall Mike Ben Peter wurde von Staatsanwalt Laurent Maye¹⁰⁹ geleitet, stellvertretender Generalstaatsanwalt des Kantons Waadt und Chef der 2020 geschaffenen «Division affaires spéciales»,¹¹⁰ die unter anderem für Ermittlungen gegen Polizisten zuständig ist.¹¹¹ Angeklagt wurden sechs Polizisten der «police secours»¹¹² der Stadtpolizei Lausanne («police municipale de Lausanne»). Sofern Staatsanwalt Maye seine Untersuchung gegen die Beamten der Lausanner *Gemeindepolizei* unter Beizug der *Kantonspolizei* Waadt geführt hat, spricht auf den ersten Blick vieles dafür, dass die institutionelle Unabhängigkeit gewahrt wurde, zumal die untersuchten und untersuchenden Polizeibeamten unterschiedlichen Korps angehören.

¹⁰³ KIENER/CUPA, S. 402; s.a. KIENER, [Umsetzung](#), S. 10 f.; KIENER, [Garantie](#), S. 707.

¹⁰⁴ KIENER/CUPA, S. 395 ff.; [BGE 112 Ia 142](#) E. 2d.

¹⁰⁵ Loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 (LVCPP; [RS 312.01](#)).

¹⁰⁶ In gewissem Umfang versehen auch die kommunalen Polizeikorps gerichtspolizeiliche Aufgaben: vgl. [Art. 9 Abs. 3 Loi sur l'organisation policière vaudoise](#) du 13. septembre 2011 (LOPV; [RS 133.05](#)): «La loi sur la police judiciaire prévoit dans quelle mesure les polices communales sont compétentes pour accomplir des missions judiciaires» und [Art. 2 Abs. 1 lit. c LPJu](#) («La police judiciaire est exercée... par la police communale ou intercommunale dans les cas prévus par la présente loi»).

¹⁰⁷ Loi sur la police cantonale du 17 novembre 1975 (LPol; [RS 133.11](#)).

¹⁰⁸ Vgl. auch [Art. 6 Abs. 1 LPJu](#) («Le commandant de la police cantonale est chef de la police judiciaire.»).

¹⁰⁹ PHILLIPE REICHEN, Plötzlich plädiert der Staatsanwalt im Todesfall Mike Ben Peter auf Freispruch, [Tages-Anzeiger vom 19. Juni 2023](#).

¹¹⁰ Etat de Vaud, Ministère Public, Division affaires spéciales, <https://perma.cc/4H8G-BJ2X>.

¹¹¹ CARLOS HANIMANN, Ich erinnere mich nicht, das Messer gesehen zu haben, [Republik vom 11. Juli 2023](#); zur Zuständigkeit der «Division affaires spéciales» siehe Etat de Vaud, Organisation et gouvernance du Ministère public, <https://perma.cc/SK7J-TNS5>.

¹¹² Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 84 f.

Bei genauerem Hinsehen ergeben sich dennoch Zweifel: Gemäss [Art. 1 Abs. 1 LPJu](#)¹¹³ untersucht die «police judiciaire» Straftaten aus eigener Initiative, auf Anzeige von Privatpersonen oder Behörden sowie im Auftrag der Staatsanwaltschaft. Dabei wird die «police judiciaire» nicht nur durch die Kantonspolizei, sondern nach [Art. 2 Abs. 1 lit. c LPJu](#) in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen auch durch die «police communale» ausgeübt. So kann der Kommandant der Kantonspolizei für die Zwecke einer laufenden Untersuchung die «police communale» mit den Befugnissen ausstatten, die das Gesetz der «police judiciaire» verleiht ([Art. 3 Abs. 2 LPJu](#)). Die «police communale» hat dabei die Anweisungen zu befolgen, die ihr von der Staatsanwaltschaft oder der «police judiciaire» erteilt werden ([Art. 18 Abs. 1 LPJu](#)). Auch hat die «police communale» sämtliche Feststellungen und die von ihr getroffenen Massnahmen der «police judiciaire» zu melden, wobei diese mit der Staatsanwaltschaft das weitere Vorgehen festlegt ([Art. 18 Abs. 3 LPJu](#)). Die Stadtpolizei von Lausanne ist eine solche «police communale» und kann Kompetenzen einer «police judiciaire» ausüben (vgl. [Art. 3 Règlement du corps de police](#)¹¹⁴). Diese Gesetzeslage deutet auf eine enge Zusammenarbeit zwischen kantonaler Staatsanwaltschaft und kommunaler Polizei und damit auf eine *institutionelle* Abhängigkeit dieser beiden Untersuchungsbehörden hin. Das lässt sich am vorliegenden Fall veranschaulichen: Hätte sich der Verdacht auf Drogenhandel bei Mike Ben Peter erhärtet, hätten die Beamten der police municipale de Lausanne den Fall an die Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt weiterleiten müssen. Umgekehrt hätte die Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt für die Strafuntersuchung auch auf die Hilfe der Lausanner Gemeindepolizei zurückgreifen können.

Ein genauerer Blick auf die Behördenorganisation des Kantons Waadt zeigt somit, dass die Staatsanwaltschaft für ihre Untersuchungen nicht nur die Kantonspolizei beizieht, sondern auch auf eine gute gerichtspolizeiliche Zusammenarbeit mit den kommunalen Polizeibehörden angewiesen ist. Das legt den Schluss nahe, dass es der Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt in casu an der notwendigen *institutionellen* Unabhängigkeit fehlt(e).¹¹⁵ Insbesondere hat die Analyse der Behördenstruktur gezeigt, dass die kriminalpolizeilichen Einheiten der Gemeindepolizei Lausanne der Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt im Sinne der EGMR-Rechtsprechung hierarchisch untergeordnet sind.¹¹⁶ Um nur schon den Anschein einer institutionellen Abhängigkeit zu vermeiden,¹¹⁷ hätte die Untersuchung durch

¹¹³ Loi sur la police judiciaire du 3 décembre 1940 (LPJu; [RS 133.15](#)).

¹¹⁴ Règlement du corps de police du 4 septembre 2007 ([RS 510.1](#)).

¹¹⁵ Im Ergebnis gl. M. MARKUS MOHLER, in: Henry Habegger, Ein Urteil mit (zu) vielen Auffälligkeiten, [Aargauer Zeitung vom 24. Juni 2023](#), S. 4 und LORENZO WINTER, Untersuchung im Fall von Mike Ben Peter wirft Fragen auf, [inside-justiz.ch vom 16. Juni 2023](#).

¹¹⁶ EGMR, 26.7.2011, [No. 25091/07](#), Enukidze and Girgvliani/Georgia, Ziff. 247 ff. («hierarchical subordination»).

¹¹⁷ Zum Anschein institutionell-organisatorischer Unabhängigkeit KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, S. 226 («Die institutionell-organisatorische Unabhängigkeit der Justiz stellt nicht nur grundrechtliche Ansprüche der Verfahrensparteien sicher, sondern das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Justiz überhaupt. Denn im Gegensatz zur (inneren) Unabhängigkeit einzelner Richterinnen und Richter ist die (institutionelle) Unabhängigkeit der Justiz nach aussen hin

unabhängige ausserkantonale Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden geführt werden müssen. Pro futuro könnte man sich überlegen, solche Untersuchungen der Bundesanwaltschaft und der Bundeskriminalpolizei zu übertragen.¹¹⁸

C. Angemessenheit

Eine weitere Voraussetzung, die der Gerichtshof aus der Effektivität ableitet, ist, dass die Untersuchung angemessen («adequate») sein muss.¹¹⁹ Dies bedeutet, dass die Untersuchung geeignet sein muss, herauszufinden, ob die Gewalt rechtmässig ausgeübt wurde oder nicht und wer dafür die Verantwortung trägt, damit die Verantwortlichen gegebenenfalls bestraft werden können.¹²⁰ Die Ergebnisse einer Untersuchung müssen dabei auf einer gründlichen, objektiven und unvoreingenommenen Analyse aller relevanten Elemente beruhen.¹²¹ Für eine angemessene Untersuchung haben Behörden Beweise bezüglich des Vorfalles zu sichern, seien dies Zeugenaussagen, forensische Beweismittel oder – wenn nötig – einen Autopsiebericht, der eine vollständige und akkurate Aufzeichnung der Verletzungen sowie die Todesursache festhält.¹²² Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Frage zu stellen, ob Massnahmen zur Vermeidung von Situationen der Kollusion und der Voreingenommen-

regelmäßig vermittelbar und sichtbar. Ist aber die Unabhängigkeit diesem sichtbaren äusseren Anschein nach gewahrt, zeigen sich die Vertrauenserwartungen der Verfahrensparteien und der Rechtsgemeinschaft auf einer ersten Ebene erfüllt.»); s.a. [BGE 114 Ia 50](#) E. 3b («Es braucht daher für die Ablehnung eines Richters nicht nachgewiesen zu werden, dass dieser tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten, wozu auch verfahrensorganisatorische Aspekte gehören, begründet sein.»).

¹¹⁸ Zur Errichtung eines unabhängigen Untersuchungsorgans siehe auch BÜCHLER/KÜNZLI/WYTTEBACH, [Polizeiarbeit](#), S. 96 («Hier greift aber die zweite, ebenso relevante Bedingung, gemäss welcher im Einzelfall jede Befangenheit durch persönliche oder berufliche Beziehung ausgeschlossen werden können muss. Dies ist in der Schweiz aufgrund der engen Zusammenarbeit zwischen den Staatsanwaltschaften und den kantonalen Polizeieinheiten in aller Regel nicht möglich. [...] die restriktive Rechtsprechung der Schweizer Gerichte zur Befangenheit genügt den Anforderungen der EMRK daher kaum. Was u.a. der Grund ist für die anhaltenden Forderungen internationaler Menschenrechtsorgane und auch des SKMR, in der Schweiz ein unabhängiges Untersuchungsorgan einzurichten.»); s.a. ANTONIO FUMAGALLI/DANIEL GERNY, Kritik nach Kehrtwende im Fall Mike Ben Peter, [NZZ vom 22. Juni 2023](#) («Sogar die Bundesanwaltschaft käme für mich infrage. Sie hätte die Kompetenz und die notwendige Unabhängigkeit.»).

¹¹⁹ EGMR, 15.5.2007, [No. 52391/99](#), Ramsahai/The Netherlands, Ziff. 324 («In order to be «effective»... an investigation into a death that engages the responsibility of a Contracting Party under that Article must firstly be adequate. That is, it must be capable of leading to the identification and punishment of those responsible.»).

¹²⁰ EGMR, 30.3.2016, [No. 5878/08](#), Armandi Da Silva/UK, Ziff. 243.

¹²¹ EGMR, 14.4.2015, [No. 24014/05](#), Mustafa Tunç and Fecire Tunç/Turkey, Ziff. 175.

¹²² EGMR, 30.3.2016, [No. 5878/08](#), Armandi Da Silva/UK, Ziff. 233.

heit ergriffen wurden.¹²³ Eine angemessene Untersuchung liegt nach dem Gerichtshof etwa dann nicht vor, wenn die in einem Vorfall involvierten Beamten erst mehrere Tage nach dem Tod einvernommen wurden, so dass sie Gelegenheit hatten, den Vorfall untereinander zu diskutieren.¹²⁴ Das Gleiche gilt, wenn die Fakten allein auf der Version der angeklagten Beamten beruhen, ohne weitere Zeugen einzuvernehmen.¹²⁵

War die Untersuchung gegen die sechs Polizeibeamten im Fall Mike Ben Peter angemessen? Zunächst ist bemerkenswert, dass die Polizeibeamten – soweit ersichtlich – nicht festgenommen wurden. Medienberichten ist vielmehr zu entnehmen, dass die Polizisten nicht einmal sofort nach ihrer Intervention getrennt und separat befragt wurden.¹²⁶ Vielmehr hätten sie *«die Möglichkeit gehabt, stundenlang ihre <Geschichte> anzugleichen und sich eine Strategie zurechtzulegen.»*¹²⁷ Es wurde somit nichts unternommen, um die «Kollusionsgefahr»¹²⁸ zu bannen.¹²⁹ Auch bei der Anklageschrift kann man sich fragen, ob sie angemessen war. Der Anklagegrundsatz nach [Art. 9 StPO](#) verlangt, dass *«gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts»* Anklage erhoben wird. Bei mehreren Angeklagten muss die *«Tat individualisiert»*¹³⁰ werden. Aus der Anklage

¹²³ STURM, [Gewaltanwendung](#), S. 69.

¹²⁴ EGMR, 15.5.2007, [No. 52391/99](#), Ramsahai/The Netherlands, Ziff. 326 ff. (*«Lastly, Officers Brons and Bultstra had not been questioned until several days after the fatal shooting, during which time they had had the opportunity to discuss the incident with others and with each other.»*).

¹²⁵ EGMR, 8.7.2004, [No. 32457/96](#), Özalp/Turkey, Ziff. 45.

¹²⁶ ANTONIO FUMAGALLI/DANIEL GERNY, Kritik nach Kehrtwende im Fall Mike Ben Peter, [NZZ vom 22. Juni 2023](#) (*«Bereits in den ersten Stunden nach dem Vorfall habe sie schwerwiegende Fehler begangen, indem die Involvierten nicht voneinander getrennt worden seien und sie damit eine «gemeinsame Verteidigungsstrategie» hätten erarbeiten können, die sie bis zum Prozess durchgezogen hätten – nämlich, dass keiner der Polizisten genau gesehen haben will, was der andere getan hat.»*); CARLOS HANIMANN, Am Gericht – ... und der Polizist schweigt eisern, [Republik vom 21. Juni 2023](#) (*«Die verdächtigen Polizisten seien nach der mutmasslichen Tat gemeinsam zurück auf den Posten gefahren und hätten mehrere Stunden gemeinsam verbracht und dabei auch über die Ereignisse der Nacht gesprochen. Sie hätten also Gelegenheit gehabt, sich abzusprechen.»*).

¹²⁷ LORENZO WINTER, Untersuchung im Fall von Mike Ben Peter wirft Fragen auf, [inside-justiz.ch vom 16. Juni 2023](#); PHILIPPE REICHEN, Strafprozess im Fall Mike Ben Peter, Drückten die Polizisten auf den Brustkorb des Festgenommenen – oder nicht? [Tagesanzeiger vom 12. Juni 2023](#) (*«Während Ärzte im Unispital versuchten, das Leben von Mike Ben Peter zu retten, seien die Polizisten zum Polizeihauptquartier zurückgekehrt und hätten sich dort stundenlang über das Geschehen austauschen und absprechen können. «Die Polizisten sind erst am kommenden Morgen einvernommen worden, dabei war klar, dass eine Verdunkelungsgefahr bestand», so Simon Ntah.»*). Kritisch zur Untersuchung auch: Les policiers impliqués dans la mort de Mike disent avoir agi de manière proportionnée, [RTS Info vom 12. Juni 2023](#) (*«Enquête critiquée... Me Ntah a notamment dénoncé, selon lui, une enquête de voisinage bâclée, une possible collusion entre les policiers.»*).

¹²⁸ Im Allg. [BGE 132 I 21](#) E. 3.2; FORSTER, BSK StPO/JStPO³, Art. 221 N 6.

¹²⁹ EGMR, 15.5.2007, [No. 52391/99](#), Ramsahai/The Netherlands, Ziff. 326 ff.

¹³⁰ [BGE 120 IV 348](#) E. 3c.

muss «*hervorgehen, welches Verhalten wem zur Last gelegt wird und in welcher Teilnahmeform sich die Beteiligten schuldig gemacht haben*».¹³¹ Die Staatsanwaltschaft Waadt hat indes eine Art «*Kollektiv-Anklage*» erhoben, in der alle Polizeibeamten über den gleichen Kamm geschoren werden.¹³² Schliesslich hat ein Zeuge vor Gericht ausgesagt, er habe sich selbst bei der Staatsanwaltschaft gemeldet und ein Jahr bis zu seiner Einvernahme warten müssen. Die Polizei habe nicht nach Zeugen gesucht.¹³³ Vor diesem Hintergrund bestehen grosse Zweifel, dass die Untersuchung gründlich, objektiv und unvoreingenommen war. Auch das vom Gerichtshof aus [Art. 2 EMRK](#) abgeleitete Erfordernis einer angemessenen Untersuchung dürfte damit verletzt sein.

IV. Fazit

«*Ein für die Polizeiarbeit zentrales Menschenrecht ist das Recht auf Leben*»¹³⁴, schrieb Regina Kiener 2019. Aus dem Recht auf Leben nach [Art. 2 EMRK](#) folge, dass nicht zu rechtfertigende Tötungen unter Strafe zu stellen, zu verfolgen und zu sanktionieren sind.¹³⁵ Ferner sind die Staaten «*verpflichtet, die Voraussetzungen staatlicher Zwangsanwendung gesetzlich zu regeln, wenn diese in absehbarer Weise zum Tod eines Menschen führen kann*».¹³⁶ Im vorliegenden Fall haben die Waadtländer Behörden sämtliche dieser Vorgaben missachtet. Der Tod von Mike Ben Peter (I.) fügt sich dabei in ein grösseres Bild. Strafbehörden in der Schweiz¹³⁷ bekunden Mühe damit, einen angemessenen Umgang mit tödlicher Polizeigewalt zu finden.¹³⁸ Das zeigte sich in casu einerseits auf der Ebene des

¹³¹ NIGGLI/HEIMGARTNER, BSK StPO/JStPO³, Art. 325 N 22 («*Bezieht sich eine Anklageschrift auf mehrere Täter, muss aus der Anklage soweit wie möglich hervorgehen, welches Verhalten wem zur Last gelegt wird und in welcher Teilnahmeform sich die Beteiligten schuldig gemacht haben*»).

¹³² État de Vaud, Ministère public, Acte d'accusation du 15 décembre 2022, zitiert aus: Jugement du 22 juin 2023, [PE18.004238](#), S. 87 ff. («*tous les prévenus l'ont placé, respectivement maintenu dans la position décrite ci-dessus jusqu'à ce qu'il subisse un arrêt cardio-respiratoire qui a conduit à son décès*»).

¹³³ Zum Ganzen PHILIPPE REICHEN, Kommentar zum Fall Mike Ben Peter – Die Polizei darf nicht unantastbar sein, [Tagesanzeiger vom 15. Juni 2023](#).

¹³⁴ KIENER, [Umsetzung](#), S. 8.

¹³⁵ KIENER, [Umsetzung](#), S. 8.

¹³⁶ KIENER, [Umsetzung](#), S. 8.

¹³⁷ Für das Bundesgericht: OEHN, [sui generis 2015](#), THOMMEN, [Opfer](#); THOMMEN, [sui generis 2019](#), je *passim*.

¹³⁸ Das gilt ganz besonders mit Blick auf dunkelhäutige Opfer polizeilicher Interventionen: [UN-Report](#); siehe aber auch den Fall von Martin M., der im Rahmen eines Polizeieinsatzes tödlich verletzt wurde. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren gegen die Polizisten ein. Auf Anfechtung der Einstellungsverfügung hin bemängelte das Berner Obergericht die Ermittlungen als unvollständig und zu unkritisch (CEDRIC FRÖHLICH/QUENTIN SCHLAPBACH/KARIN WIDMER, Der Tag, an dem die Polizei Martin M. erschoss, [Berner Zeitung vom 1. Juli 2023](#)).

materiellen Strafrechts (II.). Anerkannte Institute strafrechtlicher Zurechnung, wie Kausalität (1.) und Sorgfaltspflichtverletzung (2.), wurden nicht mit der vom Bundesgericht vorgegebenen Stringenz angewendet. Die Rechtfertigungsgründe (3.), wie die polizeiliche Anhaltung ([Art. 215 StPO](#)) und vorläufige Festnahme ([Art. 217 StPO](#)), wurden implizit bejaht, ohne vertiefte Überlegungen darüber anzustellen, welche Formen von Gewaltanwendung ([Art. 200 StPO](#)) in einer solchen Situation noch verhältnismässig sind. Auch auf der prozessrechtlichen Ebene (III.) wirft der Fall Fragen auf. Der EGMR gibt klare Vorgaben zur Untersuchung tödlicher Polizeieinsätze (1.). In casu erscheint insbesondere zweifelhaft, ob die Strafbehörden des Kantons Waadt genügend unabhängig waren, um gegen ihre Lausanner Kollegen zu ermitteln (2.). Auch Form und Zeitpunkt Einvernahmen wecken Zweifel, ob die Untersuchung angemessen (3.) war.

V. Literatur- und Materialienverzeichnis

- ACKERMANN JÜRG-BEAT/SCHÖDLER SARA, Anklage auf Freispruch, *forumpoenale*, 2016, S. 33 ff. (zit. ACKERMANN/SCHÖDLER, fp 2016)
- BÜCHLER ALEXANDRA/KÜNZLI JÖRG/WYTENBACH JUDITH, [Menschenrechtskonforme Polizeiarbeit](#), in: Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), *Menschenrechte in der Schweiz stärken, Neue Ideen für Politik und Praxis*, Zürich 2022, S. 85 ff. (zit. BÜCHLER/KÜNZLI/WYTENBACH, [Polizeiarbeit](#))
- DONATSCH ANDREAS, *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Habil. Zürich 1987 (zit. DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*)
- FRISTER HELMUT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., München 2023 (zit. FRISTER, AT¹⁰)
- HEINRICH BERND, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Stuttgart 2012 (zit. HEINRICH, AT³)
- INSTITUT SUISSE DE POLICE, *Formation de base – Sécurité personnelle*, Neuenburg 2015
- KÄLIN WALTER/KIENER REGINA/KLEY ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, [ZBJV 138/2002](#), S. 605 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-218737> (zit. KÄLIN et al., [ZBJV 138/2002](#))
- KIENER REGINA, *Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Habil. Bern 2001 (zit. KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit*)
- KIENER REGINA, [Garantie des verfassungsmässigen Richters](#), in: Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Vol. VII: Grundrechte in Österreich, der Schweiz und Liechtenstein, Heidelberg 2007, S. 701 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-217240> (zit. KIENER, [Garantie](#))
- 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 2012, S. 395 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-65640> (zit. KIENER, [Hybrider Status](#))
- KIENER REGINA, Die «Rote Zora», die Zuhälterbande und die Polizei, Wie das Zürcher Kassationsgericht (sinngemäss) Schutzpflichten anerkannte, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Donatsch*, Zürich 2017, S. 619 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-149772> (zit. KIENER, *Die Rote Zora*)

- KIENER REGINA, [Umsetzung menschenrechtlicher Vorgaben in Polizei, Justiz und Justizvollzug](#): Das Beispiel der föderalistischen Schweiz, in: Fink Daniel/Arnold Jörg/Genillod-Villard Françoise/Oberholzer Niklaus (Hrsg.), *Kriminalität, Strafrecht und Föderalismus*, Bern 2019, S. 3 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-179454> (zit. KIENER, [Umsetzung](#))
- KIENER REGINA, Grundrechte in der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz, II. Rechtsstaatlichkeit Grund- und Menschenrechte*, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1193 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-194768> (zit. KIENER, Grundrechte)
- MCGUINNESS TERRY/LIPSEGE MAURICE, «Excited Delirium», acute behavioural disturbance, death and diagnosis, [Psychological Medicine](#), 52(9)/2022, S. 1601 ff., DOI: <https://doi.org/10.1017/S0033291722001076> (zit. MCGUINNESS/LIPSEGE, [Psychological Medicine 52\(9\)/2022](#))
- MOHLER MARKUS, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012 (zit. MOHLER, Polizeirecht)
- MOHLER MARKUS, Diskriminierende Personenkontrollen: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Vorgaben – Rechtslage und Praxis, [Jusletter vom 6. März 2017](#) (zit. MOHLER, [Jusletter 2017](#))
- MOREILLON LAURENT/MACALUSO ALAIN/QUELOZ NICOLAS/DONGOIS NATHALIE (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code pénal I*, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, CR CP I, Art. ...N...)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BEARBEITER/IN, BSK StPO/JStPO³, Art. ...N...)
- OEHEN MORITZ, Opfer zweiter Klasse: Opfer staatlicher Gewalt und die Beschwerde in Strafsachen, [sui generis](#), 2015, S. 34 ff. (zit. OEHEN, [sui generis 2015](#))
- OPPLIGER BEAT/BOUVARD CORINNE, In dubio pro duriore – Anklage à contrecœur, forumpoenale, 2019, S. 40 ff. (zit. OPPLIGER/BOUVARD, fp 2019)
- SCHRAG BETTINA/DE FROIDMONT SÉBASTIEN/LESTAMARIA-DEL-MAR, Asphyxie positionnelle: une cause de décès insuffisamment connue, [Rev Med Suisse](#), 2011 7. 1511-4, S. 511 ff. (zit. SCHRAG/DE FROIDMONT/LESTA, [Rev Med Suisse 2011](#))
- SCHWEIZERISCHES POLIZEI-INSTITUT, *Grundausbildung Persönliche Sicherheit*, Neuenburg 2015
- STRATENWERTH GÜNTER, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT⁴)
- STRÖMMER ELLEN M. F./LEITH WENDY/ZEEGERS MAURICE P./FREEMAN MICHAEL D., The role of restraint in fatal excited delirium: a research synthesis and pooled analysis, [Forensic Science, Medicine and Pathology](#), 16(4)/2020, S. 680 ff., DOI: <https://doi.org/10.1007/s12024-020-00291-8> (zit. STRÖMMER et al., [Forensic Science, Medicine and Pathology 16\(4\)/2020](#))
- STURM EVELYNE, [Untersuchungen von polizeilicher Gewaltanwendung, Menschenrechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz](#), Zürich 2019 (zit. STURM, [Gewaltanwendung](#))
- THOMMEN MARC, [Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht](#), in: Heer Marianne/Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander/Thommen Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 87 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-140297> (zit. THOMMEN, [Opfer](#))
- THOMMEN MARC/JETZER LAURA, [Eventualvorsatz und Lebensgefährdung](#), Zur Entstehung von Art. 129 StGB sowie zu dessen Anwendbarkeit auf Gewaltdelikte im Strassenverkehr, in: Donatsch Andreas/Gossner Pascal/Maurer Hans/Wiederkehr Claudia (Hrsg.), *Liber amicorum für Ulrich Weder, Ueli, der Staatsanwalt*, Zürich 2016, S. 189 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-131715> (zit. THOMMEN/JETZER, [Eventualvorsatz und Lebensgefährdung](#))
- THOMMEN MARC, Opfer zweiter Klasse – gutta cavat lapidem, [sui generis](#), 2019, S. 92 ff., DOI: <https://doi.org/10.5167/uzh-175275> (zit. THOMMEN, [sui generis 2019](#))

- UNITED NATIONS, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, [Switzerland must urgently confront anti-Black racism](#) – UN experts, 26 January 2022, United Nations, General Assembly, Human Rights Council, Fifty-first session, 12 September-7 October 2022, Agenda item 9, Racism, racial discrimination, xenophobia and related forms of intolerance [...], Visit to Switzerland, Report of the Working Group of Experts on People of African Descent (zit. [UN-Report](#))
- UNITED NATIONS, Human Rights, Office of the High Commissioner, [Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials](#), adopted 7 September 1990 by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana Cuba, 27 August to 7 September 1990 (zit. [UN-Basic Principles on the Use of Force](#))
- WALSH BROOKS MYRICK/AGBOOLA ISAAC K./COUPET EDOUARD/ROZEL JOHN S./WONG AMBROSE H., Revisiting «Excited Delirium»: Does the Diagnosis Reflect and Promote Racial Bias?, [West J Emerg Med.](#), 24(2)/2023, S. 152 ff., DOI: <<https://doi.org/10.5811/westjem.2022.10.56478>> (zit. WALSH et al., [West J Emerg Med.](#) 24(2)/2023)
- ZUMSTEG PATRICE MARTIN, Das Recht auf Leben als Schranke staatlichen Handelns, [Sicherheit & Recht](#), 1/2012, S. 11 ff. (zit. ZUMSTEG, [SR 1/2012](#))

«Zugang zur Justiz»: Wünsche *aus* der Justiz

Ruth Herzog/Christoph Bürki*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	206
II.	Anlassthemata Verfassungsrechtsprechung zum Konflikt Völkerrecht-Bundesgesetz	207
A.	Verwaltungsgericht – bisweilen auch ein Verfassungsgericht	207
B.	Normenkonflikt zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz	208
1.	Grundsatzlösung mit pragmatischem Ansatz	208
2.	Kollisionsregeln Stand Februar 2022	209
a.	Schubert-Praxis im Verbund mit PKK-Rechtsprechung	210
b.	Präzisierungen	211
c.	Bernischer Anwendungsfall zur Dublin-Renitenzhalt	212
3.	BGE 148 II 169 ...	213
4.	... und wie weiter?	214
III.	Anlassthemata Grundrechtskonkretisierung	216
A.	Ausgangslage	216
1.	Konkretisierung von Verwaltungsrecht durch Grundrechte	216
2.	Anwendungsfall Ausländerrecht	217
B.	Herausgeforderte Rechtsprechung	218
1.	Alte Fragestellung ...	218
2.	... in neuer Dimension	219
a.	Ein «systemrelevanter» Leitentscheid ...	219
b.	... mit holprigem Fortgang ...	220
c.	... und unklaren Auswirkungen auf Vollzugsebene	221
IV.	Wünsche	221
A.	Gerichtliche Kommunikation und Koordination	221
B.	Insbesondere das Urteil	222
C.	Instrumentarium	223
1.	Das Ganze mitbedenken und sachgerecht koordinieren	223
2.	Bewährte Methodik nicht ohne Not aufgeben	225
3.	Urteilsfolgen abschätzen	225

* Dr. iur. Ruth Herzog, Rechtsanwältin, Richterin am Verwaltungsgericht des Kantons Bern; Dr. iur. Christoph Bürki, EMPA (Universität Bern), Rechtsanwalt, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Die Verfasserin/der Verfasser geben im Beitrag ausschliesslich ihre/seine persönliche Auffassung wieder. Sie danken Michel Daum, Fürsprecher, Richter und Präsident der verwaltungsrechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, herzlich für die kritische Durchsicht und wertvollen weiterführenden Hinweise.

4. Entscheidungsgründe stringent darlegen	227
5. Schluss	227
V. Literaturverzeichnis	228

I. Einleitung

«Rechtsstaat – Rechtsschutz – Gerichte»: Unter anderem auf diesen Themenkreis hat REGINA KIENER das Schwergewicht ihres wissenschaftlichen Schaffens gelegt. Wir danken ihr dafür. Diese Themen begleiten auch uns auf unserem beruflichen Weg, wenn auch in anderer Rolle. Zunächst als Gerichtsschreiberin und Gerichtsschreiber (Rechtsanwendung), später in der Verwaltung auf kantonaler Ebene bzw. im Bund (u.a. Rechtsetzung), schliesslich als Richterin und Richter (erneut «bloss» Rechtsanwendung).

Es sind «grosse» Themen. Regina Kiener hat sie in der Optik des Individualrechtsschutzes betrachtet, aber auch in der Optik der Institution «Gerichte». Das eine lässt sich kaum vom anderen trennen. Ohne gut funktionierende Gerichte kein prozessual durchsetzbarer Individualrechtsschutz und auch keine verlässliche, insbesondere rechtsgleiche und diskriminierungsfreie Verwirklichung des materiellen Rechts.

Professionsbedingt ist für uns ihre Untersuchung «Zugang zur Justiz»¹ von besonderem Interesse. Ausgang bildet die Feststellung, dass die Schweiz über ein formal inklusives, am Grundsatz der Verfahrensfairness ausgerichtetes und gut ausgestattetes Justizsystem verfügt. Überzeugend zeigt die breit angelegte Analyse der subjektiv- und objektivrechtlichen Dimension des Zugangs zur Justiz sodann auf, dass auch in der Schweiz Hindernisse zum Justizzugang bestehen.² Das Justizsystem als solches erfüllt die grundlegenden Bedingungen, unter denen Rechtsstreitigkeiten der Beurteilung durch Gerichte zugeführt werden können: Die Gerichtsorganisation und die geltenden Verfahrensvorschriften sind auf Stufe Verfassung oder Gesetz verankert, die Verfahrensgrundrechte sind in allgemeinen oder besonderen Verfahrenserlassen kodifiziert oder durch die Rechtsprechung konkretisiert; der heute in Art. 29a BV geschriebene Anspruch auf Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten durch eine richterliche Behörde sichert die unabhängige Fehlerkontrolle über die Verwaltung und die verwaltungsinterne Justiz.

Hier soll das Augenmerk einem Faktor gelten, der sich nicht einem bestimmten Verfahrensgrundrecht oder Justizorganisationsprinzip zuordnen lässt. Ein Faktor, der aus unserer Sicht indes massgebend zur Effektivität des Gerichtszugangs beiträgt: der richterliche Erkenntnisvorgang, der untrennbar mit rechtsanwendungsmethodischen Fragen und Fragen (inner)gerichtlicher Kommunikation und Koordination verbunden ist. Dazu seien einige

¹ KIENER, Zugang, S. 5 ff.

² KIENER, Zugang, S. 8 ff., 42 ff., 81 f.

Überlegungen «in eigener Sache» erlaubt. Wir orten justizseitig ungenutztes Potenzial, zum effektiven Zugang zur Justiz beizutragen. Dies sei anhand zweier Themen verdeutlicht, welche das bernische Verwaltungsgericht in jüngerer Zeit beschäftigen: Verfassungsrechtsprechung zum Normenkonflikt zwischen Völkerrecht und Bundesgesetzen einerseits (Ziff. II.), Grundrechtskonkretisierung am Beispiel des Ausländerrechts andererseits (Ziff. III.). Daraus ergeben sich Wünsche (Ziff. IV.).

II. Anlasssthema Verfassungsrechtsprechung zum Konflikt Völkerrecht-Bundesgesetz

A. Verwaltungsgericht – bisweilen auch ein Verfassungsgericht

Verwaltungsgerichte beurteilen Beschwerden und Klagen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts.³ Sie haben im Rahmen ihrer Streiterledigungsaufgabe bisweilen aber auch über verfassungsgerichtliche Fragestellungen zu entscheiden insofern, als die Vereinbarkeit von Normen unterhalb der Verfassungsstufe mit der Verfassung zu prüfen ist. Dies folgt aus dem System schweizerischen Zuschnitts, in dem die Verfassungsgerichtsbarkeit – im Gegensatz etwa zu Deutschland und anderen Nachbarstaaten – nicht einem einzigen (Verfassungs-)Gericht zugewiesen ist (konzentriertes System), sondern – getreu der dezentralen Ordnung – neben dem Bundesgericht grundsätzlich auch kantonale Gerichte berechtigt und verpflichtet sind, die Vereinbarkeit von Normen mit der Verfassung (meist vorfrageweise) zu prüfen (diffuses System).⁴ Die Rechtsordnung verankert dies punktuell explizit, bernisch etwa Art. 66 Abs. 3 KV/BE als Grundlage für konkrete (auch: akzessorische oder vorfrageweise) Normenkontrollen sowie Art. 74 Abs. 2 Bst. b VRPG/BE für abstrakte Normenkontrolle (beschränkt auf die kantonale letztinstanzliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung von Beschwerden gegen kommunale Erlasse).

Bisweilen bringt die Streiterledigungsaufgabe auch mit sich, fallbezogen das Verhältnis Völkerrecht-Landesrecht zu erörtern.⁵ Über dieses Verhältnis wird seit langem nachgedacht, geschrieben und gestritten. Das erstaunt kaum, werden doch damit Zuständigkeits-

³ So die Kurzumschreibung des Tätigkeitsfelds bzw. Zuständigkeitsbereichs des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern auf dem Internet: <www.vgb.justice.be.ch/de>, Rubriken «über uns/Verwaltungsgericht/Übersicht».

⁴ Statt aller: LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 66.

⁵ Vgl. das Beispiel hinten Ziff. II.B.2.c. Weiterer jüngerer Anwendungsfall: VGer BE, 100.2021.81 vom 20. April 2022, bestätigt durch BGer, 2C_422/2022 vom 16. Januar 2024, in: BVR 2024 S. 326, betreffend Erteilung der Berufsausübungsbewilligung als Apotheker, wo die Vereinbarkeit von Art. 36 Abs. 2 MedBG mit Art. 45 Abs. 2 der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen

abgrenzungen zwischen Verfassungs- bzw. Gesetzgeber und Justiz bzw. gewaltenteilige Aspekte berührt.⁶ Insbesondere in Bezug auf die Frage, welchen Rang das Staatsvertragsrecht im schweizerischen Recht normhierarchisch einnimmt, bestehen im Schrifttum nach wie vor in nicht unwesentlichen Punkten Meinungsverschiedenheiten; die Diskussionen wurden zum Teil – häufig aus Anlass von Volksinitiativen, parlamentarischen Vorstössen oder Diskussionen zum Verhältnis der Schweiz zur EU und seinen Mitgliedstaaten – politisch aufgeladen geführt. Davon bleibt die Justiz nicht verschont (wenn auch möglicherweise nicht immer gänzlich «unverschuldet»), wie aus jüngerer Zeit namentlich BGE 139 I 16 zur Tragweite der Verfassungsbestimmung über die sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV) und deren Verhältnis zur EMRK sowie BGE 142 II 35 zum Verhältnis der eidgenössischen Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (Art. 121a BV) zum FZA gezeigt haben.⁷

Dem System diffuser Verfassungsgerichtsbarkeit ist die Problematik eigen, dass verschiedene kantonale unterschiedliche Rechtsprechungspraxen entstehen können. Umso bedeutungsvoller scheint deshalb, dass das Bundesgericht als höchstes Gericht die Aufgabe umsichtig erfüllt, für eine einheitliche – und damit Rechtssicherheit verbürgende – Verfassungsrechtsprechung zu sorgen. Das gilt speziell für Klärungsansätze zur verfassungsrechtlichen Frage, welchen Rang das Völkerrecht einnimmt.

B. Normenkonflikt zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz

Aus der weitverzweigten und vielschichtigen Thematik sei das soeben erwähnte Anliegen beispielhaft (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) in Bezug auf das Verhältnis von Völkerrecht zu Bundesgesetzen, spezifisch betreffend die Rangfrage, konkretisiert und präzisiert.

1. Grundsatzlösung mit pragmatischem Ansatz

Die BV sieht keine klare und einfache Lösung vor, wie ein echter, d.h. auch durch Normauslegung nicht zu vermeidender Normenkonflikt zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz aufzulösen ist. Sie stellt – ihrer «Scharnier- bzw. Brückenfunktion»⁸ entsprechend – aber immerhin etablierte Prinzipien bereit, die Raum für einen differenzierten Lösungsansatz vermitteln. Darüber besteht zumindest im Grundsatz Einigkeit. So gilt zunächst als ge-

(ABI. L255 vom 30. September 2005 S. 22 ff.) sowie mit Art. 9 und Anhang III sowie Art. 2 FZA strittig war.

⁶ Vgl. BIAGGINI, *obiter dictum*, S. 170, und DERS., OFK BV, Art. 5 N 35.

⁷ Beide Urteile wurden lebhaft diskutiert; vgl. etwa (je *passim*): BIAGGINI, *Auslegung und Verhältnis*; DERS., *obiter dictum*; EPINEY, *Auslegung und Verhältnis*; DIES., *Primat*; DIES., *Verhältnis*; GLASER/BRUNNER; BESSON, CR Cst., Art. 5 N 197.

⁸ BIAGGINI, *Öffnung*, S. 970 f.; zit. auch etwa von TSCHUMI/SCHINDLER, *St. Galler Kommentar BV*, Art. 5 N 69.

festigt, was das Bundesgericht bereits 1881 anerkannt⁹ und bis heute immer wieder bekräftigt hat.¹⁰ Auch nicht zwingendes Völkerrecht¹¹ genießt im Kollisionsfall in der Regel Vorrang gegenüber nationalem Recht.¹² Dies ergibt sich nicht etwa aus dem Völkerrecht,¹³ sondern wird als Grundregel aus der BV herausgelesen. Ein absoluter Vorrang des Völkerrechts oder eine starre Hierarchie sehen allerdings weder Art. 5 Abs. 4 BV noch andere Verfassungsnormen vor. Auch Art. 190 BV sagt nach herrschender Meinung nichts Abschlüssendes über das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und diesem widersprechendem Bundesgesetzesrecht aus.¹⁴ Der Verfassungsgeber sah stattdessen bewusst von einer schematisch-starren Konfliktregel ab und hat sich für einen differenzierenden bzw. «pragmatischen Ansatz» entschieden,¹⁵ der sich – Stand Februar 2022 – gerafft wie folgt präsentiert:

2. Kollisionsregeln Stand Februar 2022

Ausgehend vom prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts (Grundregel), der sich auch auf spätere Bundesgesetze bezieht, behält die BV dem Bundesgesetzgeber den Entscheid vor, sich in Ausnahmefällen über eine völkerrechtliche Verpflichtung hinwegzusetzen, soweit er dafür bewusst die Verantwortung übernimmt. Die Verfassung gibt aber nicht konkret vor, unter welchen Voraussetzungen von einem solchen Ausnahmefall mit bewusster Verantwortungsübernahme auszugehen ist; vielmehr hat der Verfassungsgeber die Verantwortung und Entwicklung eines differenzierten Lösungsansatzes seit jeher – und zuletzt auch anlässlich ihrer Totalrevision per Anfang 2000 – gezielt der Praxis, vorab dem Bundesgericht, überlassen.¹⁶

⁹ BGE 7 774 E. 4.

¹⁰ BGE 149 I 41 E. 4.1, in: Pra 2023 Nr. 25 S. 379, 147 IV 182 E. 2.1, in: Pra 2021 Nr. 57 S. 577, 146 V 87 E. 8.2.2, 144 II 293 E. 6.3, 142 II 35 E. 3.2, 125 II 417 E. 4d [PKK]; vgl. auch Bundesrat, Bericht Völkerrecht-Landesrecht, S. 2305; Bundesrat, Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, S. 5370.

¹¹ Zwingendes Völkerrecht geht ohnehin vor; vgl. Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 BV; statt vieler: Bundesrat, Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, S. 5370; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 52.

¹² Bundesrat, Botschaft VE 1996, S. 135, 513 f.; Bundesrat, Bericht Völkerrecht-Landesrecht, S. 2305; Bundesrat, Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, S. 5370.

¹³ Auch wenn dieses für sich in Anspruch nimmt, vorrangig zu sein; vgl. Art. 26 f. WVK: *pacta sunt servanda*, Verbot der Berufung auf Landesrecht zur Rechtfertigung einer Vertragsverletzung. Übrigens ergibt sich nebst dem Rang auch die Frage seiner Inkorporation nicht aus dem Völkerrecht; zutreffend EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 700 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1917.

¹⁴ Statt aller: LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 38; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 88; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1918.

¹⁵ Statt aller: TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 84 f.

¹⁶ Vgl. Bundesrat, Botschaft VE 1996, S. 513 f., 534 f.; Bundesrat, Bericht Völkerrecht-Landesrecht, S. 2310; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 84 f.; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 44, wonach der Verfassungsgeber anlässlich der Beratung der BV

a. Schubert-Praxis im Verbund mit PKK-Rechtsprechung

Das Bundesgericht «hat den Ball angenommen», zunächst – prominent und praxisbegründend – mit dem Urteil Schubert BGE 99 Ib 39¹⁷. Danach geht im Fall eines Konflikts das gegenüber dem Völkerrecht neue Bundesgesetz vor, wenn der Gesetzgeber «bewusst» eine völkerrechtliche Verpflichtung verletzt hat und dafür auch die politische Verantwortung übernimmt. Von einer derartigen vorsätzlichen Missachtung ist laut Bundesgericht auszugehen, wenn sich die Bundesversammlung mit der Frage der Völkerrechtskonformität (zumindest) dahin auseinandergesetzt hat, dass sie bei ihren Beratungen die völkerrechtlichen Aspekte in Betracht gezogen und vertieft diskutiert hatte.¹⁸ Im Sinn einer «Ausnahme» zur Schubert-Praxis¹⁹ geniessen freilich nach der sog. PKK-Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 125 II 417 E. 4d) völkerrechtliche Normen zum Schutz der Menschen- oder Grundrechte Vorrang gegenüber neueren Bundesgesetzen (selbst wenn diese bewusst dagegen verstossen). Mit anderen Worten kommt für Abkommen, die Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben, allen voran für die Garantien der EMRK, welche die Schweiz vor 50 Jahren ratifiziert hat, die Schubert-Praxis grundsätzlich nicht zur Anwendung. Hauptrechtfertigung der PKK-Rechtsprechungslinie ist – nebst dem grundsätzlich hohen Stellenwert der EMRK-Garantien – v.a. deren spezielle institutionelle Absicherung, die diesem Staatsvertrag eine besonders starke Bedeutung vermittelt. Es geht aber auch um Verfahrensökonomie: Es ist weit effizienter, Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR präventiv zu verhindern, als durch Ausfällen eines EMRK-widrigen Urteils sehenden Auges eine Verurteilung durch Strassburg zu provozieren, die dann ggf. eine Revision des Bundesgerichtsurteils nach sich zieht.²⁰ Die dargestellten Regeln zur Lösung von Einzelfallkonflikten zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz hat der Bundesrat in seinem Bericht aus dem Jahr 2010²¹ – davon ausgehend, dass die BV «nicht umfassend und klar» beantwortet, «ob im Konfliktfall Völkerrecht oder Bundesgesetze anzuwenden sind» – wie folgt zusammengefasst:

und des Bundesbeschlusses über die Justizreform «i.S. eines «Quasi»-Kompromisses zum verfassungsrechtlichen Bekenntnis über das Primat des Völkerrechts davon aus[ging], dass es dem [Bundesgericht] weiterhin möglich sein soll, i.S. der Schubertpraxis ausnahmsweise einer völkerrechtlichen Norm unter Berufung auf ein [Bundesgesetz] die Anwendung zu versagen», sowie N 53.

¹⁷ Vgl. E. 3, in: Pra 1973 Nr. 106 S. 292.

¹⁸ BAUMANN, S. 1011; SCHÜRER, S. 118.

¹⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 128, bzw. Bundesrat, Bericht Völkerrecht-Landesrecht, S. 2311; differenzierend SCHÜRER, S. 116 ff., der die PKK-Rechtsprechung nicht als Relativierung der Schubert-Praxis versteht, was stichhaltig erscheint, hier aber nicht weiter zu vertiefen ist.

²⁰ Vgl. Art. 122 BGG; statt aller: Bundesrat, Bericht Völkerrecht-Landesrecht, S. 2312; vgl. dazu jüngst auch etwa pa. Iv. NR Schmid 24.429 vom 3. Juni 2024 «Keine automatische Umsetzung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)», mit welcher der «Revisionsautomatismus» gemäss Art. 122 BGG durchbrochen werden soll.

²¹ S. ebd., S. 2313.

«Nach der geltenden bundesgerichtlichen Praxis geht Völkerrecht vor, es sei denn, der Gesetzgeber habe bewusst das Risiko einer Abweichung in Kauf genommen.

Völkerrechtliche Menschenrechtsgarantien und namentlich Bestimmungen der EMRK gehen vor; sie sind mit anderen Worten stets anwendbar, das heisst auch, wenn der Gesetzgeber von ihnen abweichen wollte».

Auch wenn diese Rechtsprechung (vor der – und im Nachgang zur – hiervor zitierten bundesrätlichen Berichterstattung) im Einzelnen bisweilen etwas määndrierte,²² ist es in den groben Zügen dabei geblieben.²³ Insbesondere ist trotz teilweiser Kritik an der Schubert-Praxis deren grundsätzliche Berechtigung als eine Art «Notbremse»²⁴ anerkannt. Dabei wird diese Praxis zumeist als eine Art «Political-Question-Doktrin» verstanden: Dem Bundesgericht soll bei einem bewussten Völkerrechtsverstoss durch den Bundesgesetzgeber die Möglichkeit offenstehen, die Vorrangfrage praktisch zur politischen (also: nicht justiziablen) Frage zu erklären und unter Verweis auf die Gewaltenteilung vom Völkerrechtsvorrang auszunehmen.²⁵ Die PKK-Praxislinie wurde teilweise ebenfalls kritisiert,²⁶ hatte jedoch Bestand.²⁷

b. Präzisierungen

Zu den voranstehenden Leitlinien sind gewisse Präzisierungen anzubringen: *Zum einen* scheint das Bundesgericht die Anforderungen, unter denen ein «bewusster» Verstoss des Gesetzgebers gegen das Völkerrecht anzunehmen ist, vermehrt etwas strenger zu handhaben und davon auszugehen, dass eine Kollision mit dem Staatsvertrag nur in jenen Fällen «bewusst» oder beabsichtigt im Sinn der Schubert-Praxis sein kann, in denen anlässlich der Gesetzesberatung die völkerrechtlichen Aspekte und Auswirkungen resp. der mögliche Verstoss gegen Völkerrecht «eingehend thematisiert» worden ist, so wie sich etwa in BGE 136 III 168 E. 3.3.3 durch den Beizug der parlamentarische Debatte zu Fragen des Namensrechts und den diesbezüglichen völkerrechtlichen Auswirkungen ergeben hat.²⁸ Überdies betont das Bundesgericht vermehrt, dass die Schubert-Praxis nur greift, wenn der Bundesgesetzgeber für den bewussten Völkerrechtsverstoss auch die «politische Verantwortung» zu tragen gewillt sei.²⁹ *Zum anderen* hat das Bundesgericht mit BGE 142 II 35 die PKK-Rechtsprechung auf das FZA ausgedehnt und dadurch die Schubert-Praxis weiter zurück-

²² Vgl. etwa die Praxisdarstellungen bei BAUMANN, S. 1010 ff., und LOOSER, S. 941 ff.; DERS., St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 39 ff.

²³ Statt aller: BESSON, CR Cst., Art. 5 N 182, und (kompakt) OESCH, Verfassungswandel, N 12.

²⁴ KELLER/BALAZS-HEGEDÜS, S. 716.

²⁵ Übersicht z.B. bei TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 90 mit Verweisen auf Schubert-kritische (z.B. EPINEY) und -befürwortende Lehrmeinungen (z.B. SASSÖLI); vgl. neuerdings auch etwa EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 702.

²⁶ Statt vieler: SCHUBARTH, S. 178 f.

²⁷ Vgl. etwa TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 92.

²⁸ BGE 138 II 524 E. 5.3.2; vgl. TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 91; LOOSER, St. Galler Kommentar BV, Art. 190 N 45.

²⁹ BGE 142 II 35 E. 3.2; jüngst BGE 148 II 169 E. 5.3.1 und dazu hinten Ziff. II.B.3.

gedrängt,³⁰ was von einem wesentlichen Teil der Lehre kritisiert wird.³¹ Abgesehen davon bleibt die Leitlinien-Dreifaltigkeit (1) Völkerrechtsvorrang als Grundsatz, (2) Ausnahme im Sinn der Schubert-Praxis und (3) Gegenausnahme gemäss PKK-Praxis vorherrschend. So ausgestaltete Kollisionsregeln können Ausdruck einer einheitlichen Verfassungsrechtsprechung sein und dergestalt Erwartungssicherheit verbürgen. Vor allem aber entspricht ein solcher Lösungsansatz inhaltlich dem Wunsch des Verfassungsgebers nach einem pragmatischen Ansatz ohne starre Hierarchisierung. Weiter trägt er der heterogenen Struktur des Völkerrechts einerseits und den Eigenheiten des schweizerischen Demokratieverständnisses andererseits Rechnung und steht im Übrigen in Einklang mit dem bewährten Verfassungsdenken, wonach im Fall einer Divergenz zwischen verschiedenen Verfassungszielwerten ein wertender Ausgleich mit Blick auf die konkrete Situation zu finden ist.³² Was allerdings bleibt, und aus rechtsstaatlichen Gründen nicht optimal erscheint, sind gewisse Rechtsprechungsunterschiede unter den verschiedenen Abteilungen des Bundesgerichts; darauf ist zurückzukommen.³³

c. Bernischer Anwendungsfall zur Dublin-Renitenzhaft

An den voranstehenden Leitlinien orientiert sich auch das bernische Verwaltungsgericht, so z.B. anlässlich der Rechtskontrolle einer Ausschaffungshaft im Rahmen eines Dublin-Verfahrens: In einem wegen Grundsätzlichkeit in Fünferbesetzung gefällten Urteil vom 21. Januar 2022³⁴ war hauptsächlich zu klären, ob die in Art. 76a Abs. 4 AIG vorgesehene Verlängerung der auf sechs Wochen beschränkten Dublin-Ausschaffungshaft (Art. 76a Abs. 3 Bst. c AIG) bei Renitenz der betroffenen Person auf maximal drei Monate vereinbar ist mit dem Dublinrecht³⁵. Im Rahmen der akzessorischen Normenkontrolle von Art. 76a Abs. 4

³⁰ Die Tragweite dieses Urteils scheint nicht restlos klar und die Urteilsbegründung hat einige, auch heute noch offene Fragen aufgeworfen; vgl. EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 702 bei/in Fn. 25.

³¹ BIAGGINI, obiter dictum, S. 169 f.; GLASER/BRUNNER, N 35 ff.; BESSON, CR Cst., Art. 5 N 198. Stellvertretend für die befürwortenden Lehrmeinungen EPINEY, Auslegung und Verhältnis, N 12 ff.; s. auch vorne Fn. 7.

³² In diesem Sinn etwa TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 105 ff., 110; vgl. auch BAUMANN, S. 1013 f.; SCHÜRER, S. 131 f.

³³ Hinten Ziff. II.B.3. und 4. sowie IV.C.1.

³⁴ VGer BE, 100.2021.387, in: BVR 2022 S. 226 E. 1.2 ff. und 5.

³⁵ Konkret: Art. 28 der EU-Verordnung Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Dublin III-Verordnung; ABl. L 180 vom 29. Juni 2013 S. 31 ff.), für die Schweiz massgeblich aufgrund des Abkommens vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (Dublin-Assoziierungsabkommen, DAA; SR 0.142.392.68) und des darauf beruhenden Bundesbeschlusses vom 26. September 2014 (AS 2015 1841).

AIG gelangte das Verwaltungsgericht gestützt auf die vorerwähnten Kollisionsregeln³⁶ zum Schluss, dass – soweit dieser Artikel überhaupt der Dublin III-Verordnung widerspreche (was nicht restlos klar sei) – der Bundesgesetzgeber gemäss seinen protokollierten Beratungen (einschliesslich rekapituliert in E. 3.3.2 und 3.6.1) «bewusst» im Sinn der Schubert-Praxis von Art. 28 Dublin III-Verordnung abgewichen sei. Insbesondere halte die bundesrätliche Botschaft selbst fest, dass die Haftverlängerungsregelung im AIG «über die Vorgaben der Dublin III-Verordnung [hinausgehe]», dies aber notwendig sei, um einen effizienten Vollzug des Dublin-Wegweisungsentscheids zu gewährleisten, ansonsten die betroffene Person durch renitentes Verhalten das Dublin-Verfahren vollständig unterlaufen könnte. Auch in Anbetracht der Äusserungen der damaligen Justizministerin in der parlamentarischen Debatte im Kontext mit der von der Minderheit in der Dublin III-Widrigkeit begründeten Ablehnung von Art. 76a Abs. 4 AIG hätten die eidgenössischen Räte eine Abweichung von der dublinrechtlichen Vorgabe zumindest bewusst in Kauf genommen und die politische Verantwortung dafür übernommen (E. 3.6.1). Das Verwaltungsgericht erwog sodann, die Schubert-Praxis bleibe auch mit Blick auf BGE 142 II 35 noch massgebend, da Gegenteiliges nicht durch gefestigte (und unter den Abteilungen des Bundesgerichts koordinierte) Rechtsprechung entschieden sei. Jedenfalls sei es – zusammenfassend – «funktionell und kompetenziell» nicht Sache des Verwaltungsgerichts, dem unmittelbar anwendbaren (und nach Art. 190 BV «massgebenden») Art. 76a Abs. 4 AIG aufgrund eines (möglichen) Konflikts mit Art. 28 Dublin III-Verordnung die Anwendung zu versagen (E. 3.6.2).

In vergleichbarer Weise entschieden im damaligen Zeitraum auch andere Verwaltungs- bzw. Kantonsgerichte, z.B. in den Kantonen TG und GR³⁷. – Sieben Wochen später, am 11. März 2022, urteilte das Bundesgericht in BGE 148 II 169 aus Anlass des Thurgauer-Falls über dieselbe Streitfrage gerade anders und versagte Art. 76a Abs. 4 AIG die Anwendung. Der Rede wert ist dabei weniger das Ergebnis einer gegenteiligen Rechtsauffassung, denn das Bundesgericht hat systemimmanent immer «Recht» und im Ergebnis kann man (*ex post* betrachtet) wohl dieser oder anderer Meinung sein. Einigermassen bemerkenswert (und bislang dennoch überraschend wenig diskutiert worden) sind aber gewisse Elemente der Begründung:

3. BGE 148 II 169 ...

Im titelvermerkten Urteil hat das Bundesgericht zunächst erwogen, der Grundsatz, wonach Völkerrecht widersprechendem Landesrecht in der Rechtsanwendung vorgehe, könnte «nach einer älteren – weitgehend nicht mehr anwendbaren – Rechtsprechung lediglich allenfalls eine Ausnahme erfahren, wenn der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern die politische Verantwortung hierfür übernehmen

³⁶ Vgl. vorne Ziff. II.B.2.a und b; wiedergegeben in E. 3.5 des Urteils.

³⁷ KGer GR, SK2 21 82 vom 14. Dezember 2021, E. 4.6. – Anders hingegen VGer ZH, VB.2021.00485 vom 11. August 2021.

w[o]ll[e] [«Schubert»-Praxis]». Diese Ausnahme gelte «jedoch von vornherein nicht, wenn – wie hier im Rahmen eines Freiheitsentzugs – menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz in Frage» stünden; liesse sich dementsprechend das AIG also nicht in Übereinstimmung mit Art. 28 Dublin-III-Verordnung in Berücksichtigung der EuGH-Praxis auslegen, so gehe Art. 28 Dublin-III-Verordnung vor und verbleibe «kein Raum für die Anwendung der «Schubert»-Praxis» (BGE 148 II 169 E. 5.2). Abgesehen davon könne ohnehin nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe «bewusst» von den für die Schweiz verbindlichen dublinrechtlichen Vorgaben abweichen wollen; er habe im Rahmen des ihm unionsrechtlich zugebilligten Beurteilungsspielraums bloss ein gewisses Risiko für einen Konflikt in Kauf nehmen wollen; insgesamt sei der Völkerrechtsverstoss in der parlamentarischen Beratung nicht eingehend (genug) thematisiert und erörtert worden (BGE 148 II 169 E. 5.3). – Was ist an diesen Erwägungen bemerkenswert? Im Sinn eines provisorischen Einordnungsversuchs mögen folgende Gedanken genügen:

4. ... und wie weiter?

Bereits die Begründung der Erweiterung der PKK-Praxis auf das FZA in BGE 142 II 35 hat – auch nach dem Dafürhalten jener Stimmen, die diesen Schritt begrüssen resp. die Schubert-Rechtsprechung kritisieren³⁸ – einige heikle Fragen aufgeworfen. BGE 148 II 169 verstärkt nun diese Rechtsunklarheit weiter, indem die Schubert-Praxis ohne nähere Begründung nunmehr als «ältere», «weitgehend nicht mehr» anwendbare Rechtsprechung abgetan wird. Das ist ein praxisbildender Richtungsentscheid, den das Bundesgericht durch die bedeutende Erweiterung des Anwendungsbereichs der PKK-Praxis zementiert, indem es auf einen absoluten Vorrang des DAA bzw. der Dublin-III-Verordnung auch dort erkannt hat, wo der Bundesgesetzgeber nach einlässlicher Erörterung zumindest eventualvorsätzlich eine möglicherweise (aber keineswegs «eindeutig und undiskutabel»³⁹) dem Völkerrecht widersprechende Regelung beschlossen hat. Überraschend ist auch, dass die Dublin-III-Verordnung faktisch auf dieselbe «Stufe» gehoben wird wie die EMRK oder das FZA, obschon sie nicht etwa Menschen- oder Grundrechte bzw. Freizügigkeitsrechte normiert, sondern im Wesentlichen die «technische» Frage, welcher Dublin-Staat für die Prüfung eines Asylgesuches zuständig ist.⁴⁰ Es scheint, als ob die gerichtlich entwickelten Kollisionsregeln (vorne II.B.2.) arg ins Wanken geraten sind; jedenfalls haben sie (nach BGE 142 II 35) «nochmals an Konturen eingebüsst», da namentlich offen ist, ob nun auch

³⁸ Stellvertretend EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 702 mit Hinweisen.

³⁹ Vgl. SCHUBARTH, S. 181, dafürhaltend, dass aus kompetenziellen Gründen nur im seltenen Fall, wo das Völkerrecht ausnahmsweise «eindeutig und indiskutabel etwas anderes vorsieht als das nationale Recht», sich überhaupt frage, ob das Bundesgericht allenfalls ausnahmsweise einen bundesgesetzgeberischen Entscheid übergehen könne.

⁴⁰ Vgl. etwa TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 94, die diese Erweiterung der PKK-Praxis gar als «generellen Ausschluss der «Schubert-Praxis» in Bezug auf das bilaterale Recht» verstehen; s. auch EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 706.

andere Freizügigkeitsverträge und «zahlreiche weitere Abkommen, insbesondere solche mit der EU», von der PKK-Praxis erfasst werden.⁴¹

Jeder zusätzliche Ausbau der PKK-Praxis erweitert die indirekte Verfassungsgerichtsbarkeit, weil Völkerrecht den Stellenwert einer Art «Überverfassung»⁴² erreicht, wenn ihm unbedingter Vorrang gegenüber einem widersprechenden Bundesgesetz zuerkannt wird. Entscheidungen von derartiger Tragweite bedürfen einer breiten gerichtlichen Abstützung. Das gilt umso mehr, als der Verfassungsgeber vor rund 25 Jahren «bewusst» (!) namentlich mit Art. 5 Abs. 4 BV die Schubert-Praxis nicht etwa aufgeben, sondern diese insofern nach- bzw. weiterführen wollte, als das Bundesgericht auch unter der Herrschaft der neuen BV bei «bewusstem» Völkerrechtsverstoss des Bundesgesetzgebers ggf. ausnahmsweise auf die Durchsetzung des Völkerrechtsvorrangs soll verzichten können, weil es in einem demokratischen Rechtsstaat kaum Aufgabe der (Verfassungs-)Gerichte sei, «korrigierend einzugreifen, wenn der Gesetzgeber bewusst Völkerrecht verletzt hat und damit bereit ist, die Konsequenzen des Rechtsbruchs zu tragen»⁴³. Dieses kleine Widerstandsrecht des Bundesgesetzgebers gegen das Völkerrecht existiert nun laut BGE 148 II 169, wenn überhaupt, dann bloss noch in aussergewöhnlichen Konstellationen, denn es braucht nicht viel, um zu sagen, es stünden menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen zur Diskussion.⁴⁴ Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat BGE 148 II 169 zwar in Fünferbesetzung gefällt,⁴⁵ unklar bleibt aber, ob die Aussagen auch der Meinung der Schwesterabteilungen entspricht.⁴⁶ Vor dem Hintergrund, dass bislang bundesgerichtsintern keine ein-

⁴¹ Vgl. EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 705 f.

⁴² So bezeichnet THÜRER 1999 die EMRK (zit. nach TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 92).

⁴³ Bundesrat, Botschaft VE 1996, S. 513 f. In diesem Sinn hielt der damalige Justizminister dem Vorwurf, die totalrevidierte BV sei eine EU-kompatible Vorlage, in den Räten entgegen, in den Materialien sei «klargemacht, dass sogar die alte Schubert-Praxis durch den nachgeführten Artikel betreffend die Berücksichtigung des Völkerrechts nicht aus den Angeln gehoben» werde, denn «wenn das Parlament ausnahmsweise bewusst einen völkerrechtswidrigen Akt erlässt, soll er [...] Bestand haben»; Votum BR Koller, in AB NR 1998 (Separatdruck), S. 44; ebenso Votum BR Koller, in AB SR 1998 (Separatdruck), S. 115.

⁴⁴ Vgl. EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 706, wonach gemäss BGE 148 II 169 der absolute Völkerrechtsvorrang bereits greife, «wenn nur schon der Schutzbereich einer menschenrechtlichen Garantie eröffnet» sei, selbst wenn «die entgegenstehende nationale Norm zwar weitergehende Eingriffsmöglichkeiten [vorsehe], die aber (noch) mit der menschenrechtlichen Garantie vereinbar [seien]», und S. 707, wonach «Menschen- und Freizügigkeitsrechte [...] in zahlreichen Konstellationen bzw. in Bezug auf zahlreiche völkerrechtliche Bestimmungen relevant [sind] (und sei es im Sinn einer Ausstrahlungswirkung, durchdringen sie doch zahlreiche Gebiete des Völkerrechts)».

⁴⁵ Nach Art. 20 Abs. 2 BGG wird über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Antrag eines Richters oder einer Richterin in Fünferbesetzung entschieden.

⁴⁶ Ebenso TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 94; EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 705. Vgl. neuerdings etwa BGer, 5A_751/2023 vom 29. April 2024 (zur amtl. Publ. bestimmt), E. 4.5.5, die Schubert-Praxis unter Verweis auf BGE 148 II 169 E. 5.2 be-

heitliche Haltung bestand hinsichtlich der hier interessierenden (Vor-)Rangproblematik, es sich dabei aber um «grundlegende Fragen des Rechts- und Verfassungsverständnisses in der gewaltenteiligen Demokratie» handelt,⁴⁷ wäre eine abteilungsübergreifende Entscheidung nach Art. 23 BGG (Koordinationsverfahren bei Praxisänderung und Präjudiz) kaum überschliessend gewesen.⁴⁸

Das Anliegen einer einheitlichen, klaren und sowohl für Rechtsuchende als auch für Behörden und untere Gerichte vorhersehbaren höchstrichterlichen Rechtsprechung wird auch dadurch etwas in Mitleidenschaft gezogen, dass die Aussagen zu den tragenden Fragen gewissermassen «auf Vorrat» erfolgten (auch wenn sie – anders als vorherige bundesgerichtliche Erwägungen in dieser Frage – primär an die Adresse des Justizsystems und nicht an die Politik gerichtet waren)⁴⁹: Wenn das Bundesgericht der Meinung ist, die Annahme eines Schubert-Falls scheitere bereits am (etablierten) Erfordernis eines (genügend) eingehend thematisierten und (wirklich) «bewusst» gefällten parlamentarischen Entscheids wider das Dublinrecht, dann hätte es sich die grundlegenden und neuen Ausführungen sparen können, weil so oder anders das Völkerrecht direkt auf den Einzelfall durchschlägt.⁵⁰

III. Anlassthema Grundrechtskonkretisierung

A. Ausgangslage

1. Konkretisierung von Verwaltungsrecht durch Grundrechte

Das Verwaltungsrecht ist seit jeher vom Verfassungsrecht geprägt. Dessen Bedeutung wurde unter dem Einfluss der gegen Ende des 20. Jahrhunderts etablierten Grundrechtslehre und der späteren Kodifizierung des dogmatischen Kernbestands des Allgemeinen Verwaltungsrechts in der Bundesverfassung noch verstärkt.⁵¹ Aus heutiger Sicht wirkt die Ver-

stätigend; demgegenüber BGE 150 II 57 E. 3.1.5, unter Verweis auf BGE 148 II 169 E. 5.2 lapidar festhaltend, Art. 28 Dublin-III-Verordnung gehe dem nationalen Recht vor, wenn sich dieses (AIG) nicht in Übereinstimmung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen im Sinne des zu übernehmenden bzw. übernommenen Sekundärrechts der EU auslegen lasse.

⁴⁷ BIAGGINI, OFK BV, Art. 5 N 31, 35.

⁴⁸ BIAGGINI, OFK BV, Art. 5 N 31; TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 94.

⁴⁹ So BGE 142 II 35 und dazu BIAGGINI, obiter dictum, S. 170, bemerkend, dass das Bundesgericht den Gesetzgeber insofern warnen wollte (i.S. eines «Warn-*dictums*»), als die II. öffentlich-rechtliche Abteilung im Konfliktfall dem völkerrechtlichen Abkommen den Vorrang einräumen, d.h. der Umsetzungsgesetzgebung die Anwendung versagen werde, ganz egal, mit wie viel «consapevolezza» (BGE 99 Ib 39 E. 3) der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 121a BV einen Widerspruch zum FZA auch immer in Kauf nehme.

⁵⁰ Kritisch auch TSCHUMI/SCHINDLER, St. Galler Kommentar BV, Art. 5 N 94.

⁵¹ Art. 5, 9 und Art. 36 Abs. 1 BV; vgl. SCHINDLER, Verwaltungsrecht, S. 407 f.

fassung hauptsächlich «als Grundlage, Direktive und Schranke bei Erlass und Anwendung von Verwaltungsrechtssätzen».⁵² Jede Rechtsanwendung nimmt zwar ihren Anfang beim einfachen Recht. Die rechtsanwendenden Behörden sind aber verpflichtet, Gesetz und Verordnung bei der Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen verfassungskonform auszulegen.⁵³ Steht eine materielle Grundrechtsgarantie auf dem Spiel (verfassungsmässiges oder staatsvertragliches Recht), ist diese Auslegung mit *Grundrechtskonkretisierung* verbunden. Konkretisierung bezeichnet «Verfassungsentfaltung, Ausschöpfung, Anreicherung [...] im Laufe der Zeit und im Wandel der Gesellschaft» und lässt sich mit der gewohnten Gesetzesauslegung nicht vergleichen.⁵⁴

2. Anwendungsfall Ausländerrecht

Mit Grundrechtskonkretisierung besonders herausgefordert ist die Justiz im Ausländerrecht – und mit der Justiz alle übrigen auf diesem Gebiet tätigen rechtsanwendenden Behörden in Kantonen und Bund. Wiewohl das Ausländerrecht eine stark regulierte Materie des besonderen Verwaltungsrechts ist, dreht sich aktuell in der Praxis der Kantone die grosse Zahl der Streitfälle um grundrechtskonforme Lösungen im Licht von Art. 8 EMRK und des nach ständiger Formel des Bundesgerichts inhaltsgleichen Art. 13 BV (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens).⁵⁵ Die Ausgangslage ist nicht neu. Seit jeher wird das gesetzte Ausländerrecht nebst der BV durch bilaterale Abkommen, menschenrechtliche Übereinkommen und die Rechtsprechung internationaler Menschenrechtsorgane überlagert und mehr oder weniger direkt durch sie beeinflusst – auf europäischer Ebene wohl hauptsächlich durch die Individualbeschwerde, mit der die Verletzung der EMRK beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gerügt werden kann.⁵⁶ Demgemäss hat sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 8 EMRK ab den Achtzigerjahren in der publizierten bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung niedergeschlagen, zunächst zum Recht auf Achtung des Familienlebens, später auch zum Recht auf Achtung des Privatlebens.⁵⁷ Hauptsächlich ging (und geht) es um die Frage, ob sich aus diesen Garantien ein Recht auf Anwesenheit in der Schweiz ergibt.⁵⁸

⁵² TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 349.

⁵³ Vgl. etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, N 295, 393 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 4 N 49.

⁵⁴ HUBER, S. 192 und *passim*; vgl. auch MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 45.

⁵⁵ BGE 126 II 377 E. 7, 129 II 215 E. 4.2, 146 I 20 E. 5.1.

⁵⁶ Vgl. ACHERMANN/CARONI, N 7.1 ff.; HERTIG RANDALL/THÜRER, N 1.59 f. – Ebenfalls bedeutungsvoll, hier aber nicht weiter zu behandeln ist die (v.a. dynamische) Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch das Bundesgericht bei der Auslegung des FZA; dazu etwa GLASER/BRUNNER, N 3, 9, 16 ff.; SEILER, Einfluss, S. 347 ff.; BÜRKL, S. 26 ff., 65 ff.; SEILER, Dynamik oder Statik, und OESCH, Übernahme, je *passim*.

⁵⁷ BGE 109 Ib 183 und 110 Ib 201 (Familienleben); BGE 120 Ib 16, 126 II 425 und BVR 2002 S. 289 (Privatleben).

⁵⁸ Vgl. nur DIGGELMANN, BSK BV, Art. 13 N 12, 20.

Rechtsanwendungsmethodisch erfolgt Grundrechtskonkretisierung durch verfassungskonforme oder – im Fall von EMRK-Garantien – konventionskonforme Gesetzesauslegung. Anerkannt ist, dass auch der Bundesgesetzgeber an Grundrechte gebunden ist⁵⁹ und Art. 190 BV einer verfassungskonformen Auslegung nicht entgegensteht, es sei denn, die Auslegung weiche von Wortlaut und Sinn einer Norm ab.⁶⁰ Hier wird nicht der materielle Gehalt der soeben angeführten Praxis näher betrachtet, ebenso wenig die praktizierte konventionskonforme Gesetzesauslegung durch das Bundesgericht.⁶¹ Im Blickpunkt stehen vielmehr die praktischen Herausforderungen, vor die sich die Gerichte im Kontext der Grundrechtskonkretisierung im Rechtsalltag gestellt sehen. Die nachfolgend beispielhaft herausgegriffene ausländerrechtliche Rechtsprechungslinie soll dies veranschaulichen. Der Zugang zur Justiz bildet einerseits die Voraussetzung, dass Grundrechte ihre besondere Funktion als Schutzrechte Einzelner gegen staatliche Übergriffe erfüllen. Andererseits hat der Zugang zur Justiz auch eine wichtige Funktion bei der Verwirklichung des objektiven Rechts.⁶² Dies stellt gewisse Anforderungen an die richterliche Tätigkeit.

B. Herausgeforderte Rechtsprechung

1. Alte Fragestellung ...

Das Ausländer- und Integrationsgesetz⁶³ enthält viele offene Gesetzesbegriffe und Ermessensklauseln.⁶⁴ Zwar hat der Gesetzgeber die Anspruchssituationen im Vergleich zur vorherigen Rechtslage⁶⁵ umfassender geregelt.⁶⁶ Dem Grundsatz nach basiert das gesetzliche System aber nach wie vor auf dem Grundsatz, dass kein Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, es sei denn, die um eine Bewilligung ersuchende Person oder ihre in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich auf eine

⁵⁹ Vgl. MÜLLER, Bedeutung, S. 37.

⁶⁰ Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, N 400 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 154 f., 161; MÜLLER, Grundrechtstheorie, S. 74.

⁶¹ Der Zugriff auf das verfassungskonforme Auslegungsargument, das die Rechtsanwendung steuert, erfolgt in der ausländerrechtlichen Rechtsprechung recht umstandslos, vgl. z.B. BGE 139 I 330 E. 3.2. SEILER, Richterrecht, S. 360, sieht im Kontext von Art. 8 EMRK (Familiennachzug) die Entwicklung einer richterrechtlichen Parallelrechtsordnung zur gesetzlichen Regelung. Zur Entwicklung gerichtlicher Anwendungsmassstäbe unter Rückgriff auf EGMR-Fallrecht am Beispiel von Art. 8 EMRK HÄNNI, S. 187 ff.

⁶² Vgl. KIENER, Zugang, S. 15 ff.

⁶³ AIG bzw. Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG; SR 142.20; bis 31. Dezember 2018).

⁶⁴ Vgl. SCHINDLER/KNEER, SHK AIG, Art. 96 N 1 ff.

⁶⁵ Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS I S. 121).

⁶⁶ Vgl. auch BGE 139 I 330 E. 3.2.

besondere Norm des Bundesrechts (einschliesslich Bundesverfassungsrecht) oder eines Staatsvertrags berufen.⁶⁷ Es kommen häufig die vorgenannten Grundrechte ins Spiel, die regelmässig erst in der Rechtsanwendung konkreten Inhalt auf dem Weg einer Einzelfallprüfung bzw. Interessenabwägung gewinnen,⁶⁸ in der die Abwägung häufig «notwendig diskutable Wertungen einschliesst»⁶⁹. Oft versagt daher die klassische Rechtsanwendungsmethode (Ermittlung des generell-abstrakten Sinns der anzuwendenden Norm, Anwendung des ermittelten Normsinns auf den konkreten Einzelfall).⁷⁰ Bereits der Rechtswechsel vom ANAG zum AuG/AIG veranlasste vor diesem Hintergrund zum Wunsch nach richtungsweisenden Leitentscheiden des Bundesgerichts mit klaren Prüfungsprogrammen, im Grundsatz einheitlichen Beurteilungsmethoden sowie transparenten Interessenfeststellungen und -gewichtungen in der Abwägung, die gewisse Regelbildung enthalten. Dies schien auch damals Bedingung dafür, dass sich ausländerrechtliche Verfahren rechtsgleich und zeitgerecht abwickeln lassen.⁷¹

2. ... in neuer Dimension

a. Ein «systemrelevanter» Leitentscheid ...

BGE 144 I 266 aus dem Jahr 2018 stiess eine Entwicklung der Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV an, die im Ergebnis (vgl. Ziff. III.B.2.b hiernach) in zweierlei Hinsicht zu einem Paradigmenwechsel führte: Sie schuf einerseits Anwesenheitsansprüche bei Entfernungsmassnahmen im Ermessensbereich, andererseits hinsichtlich der Zulassung (Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung) nach Erlöschen von Bewilligungen oder bei irregulärem Aufenthalt. Es ist damit ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender beträchtlicher Ausbau von (potenziellen) Anwesenheitsansprüchen verbunden. Die Garantie des Schutzes des Privatlebens war in der bisherigen Praxis neben oder kombiniert mit dem Schutz des Familienlebens zwar durchaus präsent und konnte namentlich ausländischen Personen der zweiten Generation eine Aufenthaltsbewilligung verschaffen; im Allgemeinen genügte eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration aber nicht und waren besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur verlangt.⁷² BGE 144 I 266 begründete demgegenüber in einem ersten Schritt die tatsächliche Vermutung hinreichender Integration nach zehn Jahren bewilligtem Aufenthalt, sodass in diesem Fall besondere Gründe eine Entfernungsmassnahme rechtfertigen müssen.

⁶⁷ Vgl. BGE 133 I 185 E. 2.3.

⁶⁸ Vgl. als Beispiel BGE 137 I 284 E. 2.1.

⁶⁹ DIGGELMANN, BSK BV, Art. 13 N 13.

⁷⁰ Weiterführend SEILER, Rechtsanwendung, S. 120 ff.

⁷¹ Vgl. HERZOG, S. 48 ff.

⁷² Vgl. BGE 130 II 281 E. 3.2.1, 126 II 377 E. 2c, 120 Ib 16 E. 3b.

b. ... mit holprigem Fortgang ...

Mit BGE 147 I 268 aus dem Jahr 2020 wurde der Richtwert von zehn Jahren zur Begründung eines potenziellen Rechtsanspruchs auf die Regularisierung des Aufenthalts vorläufig aufgenommen herangezogen. Das Bundesgericht hat im Rahmen des Eintretens erkannt, dass in solchen Fällen vorläufig Aufgenommene, deren Rückkehr nach wie vor nicht absehbar ist, in vertretbarer Weise geltend machen können, sie hätten gestützt auf den Privatlebensschutz nach Art. 8 EMRK grundsätzlich einen Anspruch auf Regularisierung ihrer Anwesenheit in der Schweiz; offengelassen wurde, ob Art. 8 EMRK in dieser Situation materiell einen Anspruch vermittelt (E. 1.2.7). Das Gericht stellte klar, dass es hier anders als im Ausgangsfall nicht um eine Entfernungsmassnahme geht, sondern um eine erstmalige Aufenthaltsbewilligung an Personen, die sich «zu keinem Zeitpunkt mit einer Bewilligung rechtmässig in der Schweiz aufgehalten» haben (E. 1.2.4). Materieller Prüfungspunkt ist in solchen Fällen, ob sich Betroffene genügend integriert haben. Muss dies verneint werden, wäre ein allfälliger Eingriff in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV gerechtfertigt (E. 4.4 und 5).

Im Jahr 2022 folgten zwei weitere amtlich publizierte Leitentscheide, welche das Ausgangsurteil BGE 144 I 266 und dessen Kernaussage teilweise bestätigten, teilweise «weiterentwickelten» (BGE 149 I 66 und 149 I 72). Beide Urteile hielten zunächst fest, dass der Schutz des Privatlebens, wie er mit dem Ausgangsurteil umschrieben worden sei, bloss die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung betreffe (aufenthaltsbeendende Massnahmen), nicht aber deren Neuerteilung. Daraus wurde in BGE 149 I 66 für den Fall der beantragten Neuerteilung einer Bewilligung nach Erlöschen gefolgert: In einer solchen Situation den Schutz des Privatlebens weitergelten zu lassen, hiesse, dass Betroffene wieder einreisen und einen Aufenthaltsanspruch geltend machen könnten; damit würde der Tatbestand nach Art. 61 Abs. 2 AIG ausgehöhlt. Im konkreten Fall sei somit der Schutzbereich von Art. 8 EMRK nicht eröffnet und entfalle eine Interessenabwägung (E. 4.6 und 4.8; betrifft das Erlöschen der Bewilligung infolge längeren Heimataufenthalts). Mit BGE 149 I 72 wurde weiter erkannt, ausländische Personen könnten sich nicht auf einen (potenziellen) Bewilligungsanspruch berufen, wenn sie ohne Bewilligung in der Schweiz gelebt oder sich geweigert haben, das Land trotz rechtskräftig widerrufener oder nicht verlängerter Bewilligung zu verlassen (E. 2.1.2 f.; betrifft den illegalen Verbleib nach rechtskräftiger Wegweisung im Asylverfahren). Mit anderen Worten wurde ein (neues) Aufenthaltsrecht gestützt auf den Privatlebensschutz nach Erlöschen von Bewilligungen oder bei illegaler Anwesenheit ungeachtet der Umstände im Einzelfall a priori negiert.

BGE 149 I 207⁷³ aus dem Jahr 2023 hat als vorläufig letzter amtlich publizierter Entscheid (relative) Klarheit geschaffen über den Gehalt der in BGE 144 I 266 angestossenen Rechtsfortbildung zum Privatlebensschutz. Namentlich wurde in diesem Entscheid der ursprüngliche Privatlebensschutz im Kontext der (Wieder-)Erlangung von Bewilligungen unter (faktischem) «Rückruf» der zwei vorgenannten Erkenntnisse «reanimiert». Eine ausländische

⁷³ In: Pra 2024 Nr. 9 S. 103.

Person kann sich demnach auf den Schutz ihres Privatlebens berufen, um erstmals eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten oder nach dem Verlust des früheren einen neuen Aufenthaltstitel zu erlangen, «namentlich, wenn sie geltend macht, lange in der Schweiz gelebt zu haben»; ob sie damit Erfolg hat, ist in einer umfassenden Interessenabwägung zu ermitteln, in der hauptsächlich der Grad ihrer Integration bedeutsam ist, ferner die Dauer, während der sie in der Schweiz gelebt hat (E. 5.3.1). Damit bleiben viele Fragen zum Schutzbereich in dieser Konstellation offen.⁷⁴

c. ... und unklaren Auswirkungen auf Vollzugsebene

Die Bearbeitung ausländerrechtlicher Fälle ist allein wegen dem im Rechtsmittelzug häufig ändernden Sachverhalt und der nahezu regelmässig durchzuführenden, je nach Konstellation differierenden Interessenabwägungen herausfordernd. Die hiervoor geschilderte Rechtsprechungsentwicklung brachte zusätzlich erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich.⁷⁵ Die Arbeit «an der Front» war beträchtlich erschwert, zumal es bis zur Klärung grundlegender Fragen dauerte. Zu bedenken ist, dass die Durchführung der Vielzahl ausländerrechtlicher Verfahren in erster Linie Sache der Verwaltung ist (vom Mengengerüst her handelt es sich heute um Massenverwaltung). Gerichtlich verursachte Rechtsunsicherheit verwirrt, generiert der Anwaltschaft und den Behörden Zusatzaufwand und demotiviert. Den Rechtssuchenden ist damit nicht gedient.

IV. Wünsche

Die beiden Anlassthemen lassen Potenzial erkennen, wie die Effektivität des Justizzugangs verbessert werden könnte. Aufhänger und gemeinsamer Nenner ist, wie sich zeigt, eine falladäquate Kommunikation, die eine sachgerechte Koordination miteinschliesst.

A. Gerichtliche Kommunikation und Koordination

Gerichte kommunizieren in vielerlei Art und Form. Rechtsprechung ist Streiterledigung im konkreten Rechtsfall mittels *verfahrensbezogener* Kommunikation.⁷⁶ Verfahrensbezogen und formal wird namentlich in der Instruktion von Rechtsfällen unter Sicherung

⁷⁴ Vgl. RAESS, N 15 ff.

⁷⁵ Der hiervoor kurz nachgezeichnete Rechtsprechungsprozess war Gegenstand diverser Beiträge, in denen sich Näheres nachlesen lässt, u.a. zu weiterhin ungeklärten Einzelfragen; in der Reihenfolge des Erscheinens insb.: SCHLEGEL; HUGI YAR, Privatleben; RAESS; BOLZLI; MEYER; EBNÖTHER; HUGI YAR, Abhängigkeitsverhältnis.

⁷⁶ Vgl. MÜLLER, Psychologie, S. 113 ff.: Verfahren als Kommunikationsprozess; vgl. auch SAXER, S. 459, 462 ff.

der Partizipationsrechte der Parteien kommuniziert, sei dies mittels verfahrensleitender Verfügungen und verhandlungsweiser Prozessschritte, in mündlichen öffentlichen Schlussverhandlungen, öffentlichen Urteilsberatungen oder -verkündungen, durch die schriftlich begründeten Gerichtsurteile und deren Eröffnung an die Verfahrensbeteiligten, schliesslich über die Kanäle, in denen die Urteile der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Neben die Verfahrenskommunikation tritt *institutionelle* gerichtliche Kommunikation. Sie findet grundsätzlich ausserhalb von Verfahren statt und richtet sich an andere mit der Justiz befasste (staatliche) Akteure.⁷⁷ Unterscheiden lassen sich hier mit KIENER/BINDER formale und informale Kommunikation. Formale Kommunikationen haben ihre Grundlage in der Verfassung, im Gesetz oder in einer Verordnung, Mittel sind namentlich die Geschäftsberichte oder formalisierte Treffen und Aussprachen.⁷⁸ Informale Kommunikation lässt sich in Appellentscheiden und *obiter dicta* sehen. Die Gerichte sprechen diesfalls in ihren Entscheiden neben den Parteien gezielt direkt oder zumindest indirekt auch andere Staatsgewalten an.⁷⁹

Hier interessieren hauptsächlich Entscheidfindung und -begründung – einschliesslich Koordination und interne Kommunikation – sowie das Urteil als Schlusspunkt.

B. Insbesondere das Urteil

Das Urteil ist zu begründen und öffentlich zu verkünden (Art. 29 Abs. 2 und Art. 30 Abs. 3 BV).⁸⁰ Es ist das hauptsächliche Kommunikationsmittel des Gerichts, ganz gleich, in welchem Mass Gerichte ihre Rechtsprechung (und die Aufgaben und Anliegen der Justiz schlechthin) zusätzlich aktiv kommunizieren und verständlich machen.⁸¹ In den Erwägungen kann das Gericht zu den Verfahrensbeteiligten und zum Publikum sprechen und um Zustimmung werben.⁸² Das klar geschriebene und überzeugend begründete Urteil fördert Glaubwürdigkeit und Akzeptanz der Justiz. Es trägt auch entscheidend zur effizienten und rechtsgleichen Lösung weiterer Streitfälle bei. Das liegt nicht nur im Interesse der unzähligen mit dem Vollzug von öffentlichem Recht betrauten Verwaltungs- und Gerichtsbehörden aller Stufen, sondern ebenso im Interesse der Parteien, handle es sich um Private, Verbände oder Gemeinwesen. Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) wird für das kantonale Mehrebenensystem in erster Linie durch die Verwaltungsgerichte gewährleistet (Art. 191b BV), nicht durch das Bundesgericht.⁸³ Sie stehen insofern primär in der Pflicht zu fall-

⁷⁷ KIENER/BINDER, S. 15 f.

⁷⁸ Vgl. KIENER/BINDER, S. 16 ff., 20, welche dieser Kommunikation auch Urteile in Verfahren zurechnen, in denen Körperschaften oder Behörden Parteistellung haben. Solche Urteile sind jedenfalls auch von der Verfahrenskommunikation erfasst.

⁷⁹ KIENER/BINDER, S. 16 ff.

⁸⁰ Vgl. nur STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, St. Galler Kommentar BV, Art. 29 N 65, Art. 30 N 80.

⁸¹ Einlässlich zu solcher Öffentlichkeitskommunikation SAXER, S. 464 ff.

⁸² TSCHANNEN, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 549.

⁸³ Vgl. Bundesrat, Botschaft Teilrevision Bundesrechtspflege, S. 4227; TOPHINKE, S. 91; DAUM, Kommentar VRPG/BE, Art. 1 N 15.

adäquater Urteilkommunikation. Für das Bundesgericht als oberste rechtsprechende Behörde (Art. 188 BV) ergibt sich diese Pflicht hauptsächlich aus seiner Aufgabe, für bundesstaatliche Rechtseinheit sowie Klärung, Wahrung und Weiterentwicklung des Rechts zu sorgen.⁸⁴

C. Instrumentarium

1. Das Ganze mitbedenken und sachgerecht koordinieren

TSCHANNEN bringt in seiner Betrachtung zu «guter Verwaltungsgerichtsbarkeit» zuvorderst an, dass sich das richterliche Erkenntnis in den gesamten normativen Besitzstand einfügen lassen muss, soll sich dessen Orientierungs- und Disziplinierungskraft halten. Diese lässt sich durch zwei Regulative sichern: die faktische Präjudizienbindung, die dem Hergebrachten entspringt, einerseits und den ständigen Bewährungszwang, unter dem das Fortgebildete steht, andererseits.⁸⁵ Dies erfordert mitunter auch, «aus der normativen Überfülle die letztlich massgebenden Vorgaben herauszuschälen».⁸⁶ Der Blick aufs Ganze verlangt weiter nicht selten innergerichtliche Koordination.

Vom Erfordernis, dass sich das Urteil in die Rechtsordnung einfügen lassen muss, sind die Gerichte auch nicht entbunden, wenn es um Grundrechtskonkretisierung geht, in der das Fallrecht des EGMR wesentliche Impulse gibt. Demgemäss rekapituliert BGE 144 I 266 E. 3 zwar die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie das interessierende europäische Fallrecht. Indes lässt das Urteil einen Bezug zum nationalen Ausländergesetz und der sich daraus ergebenden grundlegenden Unterscheidung zwischen Aufenthaltsbeendigung und Zulassung vermissen. Dies hatte zur Folge, dass vorerst unklar blieb, ob die regelbildende, richterrechtlich geschaffene Vermutung eines Aufenthaltsrechts nach Anwesenheit von rund zehn Jahren auch für all jene ausländischen Personen gilt, die sich bisher nicht bewilligt im Land aufgehalten haben. Zwar ergab sich insoweit mit BGE 147 I 268 eine gewisse Klärung. Bei der Entscheidung der zwei weiteren Folgefälle hatte das Gericht dann aber offenbar den normativen Besitzstand nicht komplett im Blick, wenn es den Privatlebenschutz in der Konstellation Zulassung durch Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ohne Auseinandersetzung mit dem seit alters her unter bestimmten Voraussetzungen anerkannten Schutz verneint hat.⁸⁷ Dies irritierte umso mehr, als die interessierende Kasuistik zuletzt in BGE 144 I 266 E. 3.5 rekapituliert worden war, unter anderem mit Hinweis auf BGE 131 II 339 E. 5, mit dem das Gericht die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach erloschenem Anwesenheitsrecht gestützt auf Art. 8 EMRK durchaus in

⁸⁴ Vgl. BIAGGINI, OFK BV, Art. 188 N 4.

⁸⁵ TSCHANNEN, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 546. Vgl. auch KARLEN, S. 402.

⁸⁶ KARLEN, S. 401.

⁸⁷ Vgl. BGE 149 I 66 E. 4.6–4.8, 149 I 72 E. 2.

Betracht gezogen hatte.⁸⁸ Zudem blieb das Gericht eine nähere Erklärung schuldig, wie sich der absolute Ausschluss des Privatlebensschutzes mit BGE 147 I 268 vereinbaren lässt, der diesen Schutz zwecks Regularisierung der vorläufigen Aufnahme jedenfalls nicht ausgeschlossen hat. Sollten die «Turbulenzen»⁸⁹ in der Praxisbildung teilweise dem Umstand geschuldet gewesen sein, dass der Spruchkörper in den betrachteten Fällen (vorne III.B.2.a und b) nicht identisch besetzt war (geurteilt wurde in allen Fällen in Fünferbesetzung), hätte es an interner Kommunikation und Koordination gefehlt.

Interne Kommunikation und Koordination schliesst nicht zuletzt mit ein, sich Rechenschaft darüber abzulegen, inwieweit wegen der Bedeutung der urteilsgegenständlichen Sache eine Spruchkörpererweiterung angezeigt oder sogar der Einbezug mitbetroffener Schwesterabteilungen unter demselben «Gerichtsdach» geboten erscheint. In diesem Zusammenhang ist gestützt auf die Gedanken zu BGE 148 II 169 (vorne II.B.4.) der Wunsch zu formulieren, dass über Aussagen des fraglichen Zuschnitts, soweit sie entscheidewesentlich sind, tendenziell nicht «bloss» in Fünferbesetzung (Art. 20 Abs. 2 BGG) befunden wird, sondern im abteilungsübergreifenden Koordinationsverfahren nach Art. 23 BGG. Auch damit wird ein an sich altbekanntes, bereits in vergleichbarem Kontext geäussertes Anliegen⁹⁰ nur (aber immerhin) wiederholt;⁹¹ es ist wichtiger Bestandteil falladäquater Urteilskommunikation und fördert das Streben nach kohärenter und verlässlicher Spruchpraxis. Aktuelle Reformbestrebungen wollen übrigens die Hürden für das Koordinationsverfahren senken: Nachdem die «grosse» BGG-Revision gemäss Botschaft des Bundesrates vom 15. Juni 2018⁹² gescheitert war, hat der Bundesrat in seinem am 24. Januar 2024 verabschiedeten Bericht zur «kleinen» BGG-Revision politisch ggf. machbaren Reformbedarf in Bezug auf Art. 23 BGG geortet: Zur «Verbesserung der Rechtslage und der Rechtssicherheit» soll ein neuer Abs. 2^{bis} statuieren, dass eine Minderheit von mindestens zwei Richterinnen und Richtern einer Abteilung das Verfahren der Beschlussfassung der Vereinigung der betroffenen Abteilungen verlangen kann.⁹³ Das dieser Reform zugrunde liegende Anliegen sollte jedes Gericht bei seiner täglichen Arbeit vor Augen halten, so auch das Bernische Verwaltungsgericht, wie etwa jüngst hinsichtlich der Frage, ob im Rahmen des Parteikostenersatzes zu entschädigende Auslagen der anwaltlichen Rechtsvertretung⁹⁴ bloss die im konkreten Fall entstandenen (und ausgewiesenen) umfassen oder aber auch (typischerweise im Voraus)

⁸⁸ In BGE 131 II 339 E. 5, in: Pra 2006 Nr. 39 S. 288, hat das Bundesgericht die Bewilligung des Aufenthalts gestützt auf Art. 8 EMRK in Erwägung gezogen und die Vorinstanz im Rahmen der Rückweisung angewiesen, ggf. auch diese Frage zu prüfen. Vgl. zu den hier angesprochenen zwei Folgeurteilen auch die Bemerkungen von HUGI YAR, *Privatleben*, N 18 ff.

⁸⁹ HUGI YAR, *Abhängigkeitsverhältnis*.

⁹⁰ Z.B. GLASER/BRUNNER, N 40 ff. betreffend BGE 142 II 35.

⁹¹ Ähnlich EPINEY, Schubert-Rechtsprechung, S. 705, 708; vgl. auch TSCHUMI/SCHINDLER, *St. Galler Kommentar BV*, Art. 5 N 94.

⁹² BBI 2018 4605.

⁹³ Vgl. Bundesrat, Bericht Caroni, S. 28, 50 (Zitat) und 51.

⁹⁴ Vgl. Art. 42 Abs. 1 Satz 3 KAG/BE i.V.m. Art. 2 PKV/BE.

pauschal festgelegt zugesprochen werden dürfen. Diese Frage hätte an sich abteilungsübergreifend koordiniert (und nicht bloss «gestaffelt») entschieden werden sollen.⁹⁵

2. Bewährte Methodik nicht ohne Not aufgeben

In BGE 144 I 266 (vorne III.B.2.a) hat das Bundesgericht nebenbei grundrechtsdogmatisch sicheres Terrain verlassen, indem es befand, beim Recht auf Privatleben erscheine die Trennung von Schutzbereichs- und Eingriffsrechtfertigungsprüfung «künstlich» bzw. «technisch», weshalb «der konkrete Anspruch auf Privatleben gestützt auf eine Gesamtabwägung» zu beurteilen sei (E. 3.8). Dem Publikum erschliesst sich aus der knappen Erwägung nicht, worin der Gewinn dieses Vorgehens gegenüber einer strukturierten Prüfung liegt.⁹⁶ Dies umso weniger, als mit dem in der nachfolgenden Erwägung geschaffenen Richtwert von zehn Jahren samt Umschreibung der Voraussetzung, unter welcher der Privatlebensschutz nach kürzerem Aufenthalt greift, faktisch der Schutzbereich umrissen wird (E. 3.9). Der Richtwert selber bildet einen zweckmässigen Anwendungsmassstab für die Frage, wann der Schutzbereich bei Entfernungsmassnahmen grundsätzlich eröffnet ist, wenn auch bis heute nicht abschliessend geklärt ist, wie er sich berechnet.⁹⁷ Klärungen zum Schutzbereich in den Konstellationen, in denen es um die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen geht (vorne III.B.2.b), sind sodann dringend erwünscht. Dem Bundesgericht ist dabei nicht verwehrt, dies unter Berücksichtigung der bisherigen Erkenntnisse nach grundrechtsdogmatischen und methodischen Prinzipien zu tun.⁹⁸

3. Urteilsfolgen abschätzen

In der Rechtsetzungslehre und -praxis hat die vorausschauende *ex-ante*-Evaluation, auch Gesetzesfolgen- oder Regulierungsfolgenabschätzung (RFA), ihren festen Platz.⁹⁹ Nicht so in der Rechtsanwendung und Justiz – leider: Die Urteilsfolgen sind grundsätzlich in jedem Urteil abzuschätzen, erscheinen aber in vielen Fällen evident. In komplexeren Fällen oder bei Grundsatzentscheiden schärft die Frage nach den Urteilsfolgen den Blick dafür, ob die

⁹⁵ Vgl. aber die separaten Entscheidungen VGer BE, 200.2022.497 vom 4. März 2024, in: BVR 2024 S. 390 E. 4.2.5 ff. (Sozialversicherungsrechtliche Abteilung), und 100.2022.324/325 vom 31. Mai 2024, E. 7.2 (Verwaltungsrechtliche Abteilung, mit Verweis auf Praxisfestlegung vom 23. April 2024).

⁹⁶ Kritisch auch RAESS, N 20; SCHLEGEL, S. 39, 41 und 43. Allgemein kritisch zur Güterabwägung als «Fluchttort» MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 21 f.

⁹⁷ Vgl. HUGI YAR, Abhängigkeitsverhältnis, N 15 f.

⁹⁸ Vgl. in anderem Zusammenhang auch etwa die Bemerkungen von MARKUS MÜLLER zu BGE 141 II 233, in: ZBl 116/2015, S. 442 ff., 446 ff.

⁹⁹ Und ist sogar gesetzlich verankert, jedenfalls auf Bundesebene (vgl. Art. 141 ParlG); vgl. statt vieler neuerdings MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, S. 42 ff.; RÜEFLI, N 5 ff.; KELLER LÄUBLI, S. 54 f., je mit Hinweisen.

Entscheidungsgründe das (gewollte) gerichtliche Erkenntnis hinreichend klar abbilden oder eingrenzen. Ggf. kann sich ein klärender Hinweis rechtfertigen, worüber im konkreten Fall (noch) nicht zu entscheiden war.¹⁰⁰

Der Abriss zur Verfassungsrechtsprechung (vorne II./B.) zeigt einmal mehr, wie problematisch *obiter dicta* sein können,¹⁰¹ namentlich wenn es darin – wie hier – um grundlegende Fragen des Rechts- und Verfassungsverständnisses in der gewaltenteiligen Demokratie geht. Es bleibt unklar, ob das Bundesgericht, angefangen bei der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung selbst bis hin zu den Schwesterabteilungen – seine in den *obiter dicta*-Erwägungen enthaltenen Ankündigungen *pro futuro* ohne weiteres einzulösen vermag, zumal bereits eine andere Spruchkörperbesetzung oder veränderte tatsächliche bzw. rechtlichen Verhältnisse zu einem (erneuten) Richtungswechsel führen können.¹⁰² Von daher erscheint aus der Optik falladäquater (primär externer) Urteilskommunikation angebracht, das im Schrifttum bereits vielfach geäußerte Anliegen als Wunsch an die Justiz zu wiederholen, *obiter dicta* als «informale Kommunikationsform im Rahmen von (formalen Gerichtsurteilen)»¹⁰³ nicht ohne Not einzusetzen, auch und gerade dort, wo es um staatsrechtlich dornenvollere Fragen mit «kompetenzielle[r] Dimension»¹⁰⁴ geht und Nebenbei-Erwägungen möglicherweise der Rechtssicherheit mehr schaden denn diese fördern. Darüber-hinaus-Erwägungen können im Einzelfall probate «Mittel der Kommunikation mit der Rechtsgemeinschaft» sein, namentlich als «hilfreiche Leitlinien für künftige Entscheide»;¹⁰⁵ ihr Einsatz will aber «gut überlegt sein», wobei als Beurteilungskriterien nebst Art und Tragweite der Fragestellung sowie der Adressaten auch die innergerichtliche Abstützung bei Mitbetroffenheit von Schwesterabteilungen dienen.¹⁰⁶ Dieses Anliegen richtet sich keineswegs nur (oder primär) an das Bundesgericht. Alle Gerichte, v.a. die oberen, haben es immer wieder von Neuem zu beherzigen. Zu den Wunschadressierten gehört auch das bernische Verwaltungsgericht, das (ebenfalls) nicht gefeit ist vor bisweilen überschüssenden «en passant»-Äusserungen, die zwar «keine rechtsverbindliche Wirkung»¹⁰⁷ entfalten, so aber doch gezielt (für die Adressaten bisweilen eben schwer greifbare) Spuren hinterlassen.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Vgl. z.B. VGer BE, 100.2020.305 vom 31. Januar 2023, in: BVR 2023 S. 227 E. 5.4.

¹⁰¹ Zu *obiter dicta* etwa BIAGGINI, *obiter dictum*, S. 169 f.; DERS., *Auslegung und Verhältnis*, S. 317; TSCHANNEN, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 548; TRAUB, *passim*.

¹⁰² Vgl. KIENER/BINDER, S. 28 ff., die *obiter dicta* als Mittel informaler Gerichtskommunikation denken und würdigen.

¹⁰³ KIENER/BINDER, S. 22.

¹⁰⁴ BIAGGINI, OFK BV, Art. 5 N 35.

¹⁰⁵ Vgl. BISAZ, S. 22. Vgl. für «genehmigte» *obiter dicta* an die Adresse der Verwaltung die Bemerkungen von TSCHANNEN zu BVR 2013 S. 183 E. 3.6 (S. 192 ff., 193).

¹⁰⁶ Vgl. BIAGGINI, *obiter dictum*, S. 169.

¹⁰⁷ BGE 129 II 331 E. 5.4.

¹⁰⁸ Vgl. nur etwa VGer BE, 100.2013.24 vom 6. August 2014, in: BVR 2015 S. 406 E. 3.2.4, mit einer im Rahmen einer akzessorischen Steuerrechtsnormenkontrolle gemachten (nicht direkt entscheidungswesentlichen) Feststellung, die nach zwischenzeitlich ergangenen gesetzgeberischen Entscheidungen – wiederum im Rahmen einer akzessorischen Normkontrolle – erneut geprüft

4. Entscheidungsgründe stringent darlegen

Es sind die Erwägungen, die letztlich Glaubwürdigkeit und Akzeptanz stiften können, weniger der Entscheid selbst. Gute Entscheidungsgründe zeichnen sich durch stringente, auf das Urteil zulaufende Gedankenführung in klarer Sprache aus.¹⁰⁹ Treffende Argumentation fördert der Diskurs.¹¹⁰ Die kollegiale Beratung erweitert die Erkenntnisbreite, trägt zur transparenten Entscheidungsbegründung bei, bewirkt Stabilisierung der Rechtsprechung und erhöht die Chance eines richtigen und gerechten Urteils.¹¹¹ Selbstverständlich ist in den Urteilsgründen dem in Art. 29 Abs. 2 BV, teilweise in Kantonsverfassungen und regelmässig in Verfahrensgesetzen gewährleisteten verfahrensrechtlichen Anspruch auf Begründung von Entscheiden Rechnung zu tragen.¹¹² Über diesen individualrechtlichen Anspruch hinaus ist vorab in Fällen von einiger Tragweite besonderes Augenmerk auf die Kommunikation gegenüber Kantonen, Gemeinden oder anderen Vorinstanzen sowie weiteren interessierten Kreisen zu legen. Der Rechtsstaat lebt auch von der Überzeugungskraft, welche gerichtliche Entscheidungen für die mit der Rechtsanwendung befassten nichttrichterlichen Behörden und in der breiteren Öffentlichkeit haben.¹¹³

5. Schluss

Verweisen wir die Parteien und das Publikum nicht aufs Rätseln; bieten wir überzeugende Gründe für die Entscheidung, argumentieren wir transparent, legen wir Abweichungen von zuvor ergangenen Erkenntnissen offen und begründen sie; schaffen und wahren wir kohärente Rechtsprechung, welche die Rezeption von Präjudizien auf dem Terrain der Rechtsanwendung einfach macht. Begreifen wir die Kontrolle der Kohärenz und Kontinuität der Rechtsprechung als Daueraufgabe und halten wir uns an Methode. All dies bedeutet Kommunikation und Koordination, welche effektiven und rechtsgleichen Justizzugangs fördert. Dies unsere Wünsche.

und, nunmehr entscheidewesentlich, ein Stück weit relativiert werden musste in VGer BE, 100.2022.22 vom 5. April 2024, in: BVR 2024 S. 317 E. 5.3 (zur amtl. Publ. in der BVR bestimmt; ebenso der allerdings vor Bundesgericht angefochtene Parallellfall VGer BE, 100.2020.266 vom 5. April 2024, in: BVR 2024 S. 294 E. 5.3).

¹⁰⁹ TSCHANNEN, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 548 f. Zu den Anforderungen an die Entscheidungsbegründung im Einzelnen etwa MOSIMANN, S. 23 ff.

¹¹⁰ TSCHANNEN, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 549.

¹¹¹ Weiterführend KIENER, Unabhängigkeit, S. 338; MÜLLER, Unabhängigkeit, S. 542.

¹¹² Dazu nur STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, St. Galler Kommentar BV, Art. 29 N 65.

¹¹³ Vgl. KNEUBÜHLER, S. 92 f.

V. Literaturverzeichnis

- ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA, in: Uebersax Peter et al. (Hrsg.), *Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 3. Aufl., Basel 2022
- BAUMANN ROBERT, *Die Tragweite der Schubert-Praxis*, in: AJP 2010, S. 1009 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre*, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 957 ff. (zit. BIAGGINI, *Öffnung*)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK*, in: ZBI 114/2013, S. 316 ff. (zit. BIAGGINI, *Auslegung und Verhältnis*)
- BIAGGINI GIOVANNI, *Die «Immerhin liesse sich erwägen»-Erwägung im Urteil 2C_716/2014: Über ein problematisches höchstrichterliches obiter dictum*, ZBI 117/2016, S. 169 f. (zit. BIAGGINI, *obiter dictum*)
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, *OFK BV, Art. ... N ...*)
- BISAZ CORSIN, *Nicht eintreten oder abweisen?*, ZBI 124/2023, S. 3 ff.
- BOLZLI PETER, *Ohne Bewilligung kein Schutz – ohne Schutz keine Bewilligung*, iusNet MigR 18. Januar 2023
- Bundesrat, *Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung*, BBl 1997 1 ff. (zit. Bundesrat, *Botschaft VE 1996*)
- Bundesrat, *Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Teilrevision der Bundesrechtspflege*, BBl 2001 4202 ff. (zit. Bundesrat, *Bundesrechtspflege*)
- Bundesrat, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 ff. (zit. Bundesrat, *Bericht Völkerrecht-Landesrecht*)
- Bundesrat, *Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, BBl 2011 3613 ff. (zit. Bundesrat, *Zusatzbericht Völkerrecht-Landesrecht*)
- Bundesrat, *Stärkung der präventiven Rechtskontrolle*, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2187 ff. (zit. Bundesrat, *Rechtskontrolle*)
- Bundesrat, *Botschaft vom 5. Juli 2017 zur Selbstbestimmungsinitiative*, BBl 2017 5355 ff. (zit. *Botschaft Bundesrat, Selbstbestimmungsinitiative*)
- Bundesrat, *Revisionsbedarf Bundesgerichtsgesetz*, Bericht vom 24. Januar 2024 in Erfüllung des Postulates 20.4399 Caroni vom 2. Dezember 2020, einsehbar unter <www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/curia-vista> (zit. Bundesrat, *Revisionsbedarf BGG*)
- BÜRKI CHRISTOPH, *Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch schweizerische Gerichte am Beispiel der Personenfreizügigkeit und des öffentlichen Beschaffungswesens*, Masterarbeit 2019 EMPA Uni BE, einsehbar unter: <www.kpm.unibe.ch>, Rubriken «Weiterbildung/Executive MPA/Module/Projekt- und MAS-Arbeiten/MAS-Arbeiten des 8. Lehrgangs»
- CARONI MARTINA/THURNHERR DANIELA (Hrsg.), *Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)*, Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2024 (zit. BEARBEITER/IN, *SHK, Art. ... N ...*)
- EBNÖTHER URS, *Das Recht auf Privatleben gewinnt an Konturen – EGMR-Urteil Ghadamian gegen die Schweiz*, iusNet MigR 20. September 2023
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/IN, *St. Galler Kommentar BV, Art. ... N ...*)

- EPINEY ASTRID, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl 95/1994, S. 537 ff. (zit. EPINEY, Primat)
- EPINEY ASTRID, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Eine politische oder eine rechtliche Frage?, Jusletter 16. Dezember 2013 (zit. EPINEY, Verhältnis)
- EPINEY ASTRID, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, Jusletter 14. März 2016 (zit. EPINEY, Auslegung und Verhältnis)
- EPINEY ASTRID, Ist die «Schubert-Rechtsprechung» noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht, AJP 2023, S. 699 ff. (zit. EPINEY, Schubert-Rechtsprechung)
- GLASER ANDREAS/BRUNNER ARTHUR, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, Jusletter 18. April 2016
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020
- HÄNNI JULIA, Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, Zur Präjudizienrezeption als Methodik gerichtlicher Entscheidungsfindung, Unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Zürich 2022
- HERTIG RANDALL MAYA/THÜRER DANIEL, in: Uebersax Peter et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2022
- HERZOG RUTH, Verfahrensgarantien im Ausländerrecht, in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, Bern 2009, S. 3 ff.
- HERZOG RUTH/DAUM MICHEL (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar VRPG/BE, Art. ... N ...)
- HUBER HANS, Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Saladin Peter/Wildhaber Luzius (Hrsg.), Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel 1972, S. 191 ff.
- HUGI YAR THOMAS, Trotz Privatleben keinen Anspruch auf Schutz?, dRSK publ. am 8. Dezember 2022 (zit. HUGI YAR, Privatleben)
- HUGI YAR THOMAS, Besonderes Abhängigkeitsverhältnis und Schutz des Privatlebens, dRSK publ. am 31. Januar 2024 (zit. HUGI YAR, Abhängigkeitsverhältnis)
- KARLEN PETER, Kontextbezogene oder verallgemeinerungsfähige Rechtsprechung?, ZBl 116/2015, S. 401 f.
- KELLER HELEN/BALAZS-HEGEDÜS NATALIE, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?, AJP 2016, S. 712 ff.
- KELLER LÄUBLI LUCY, Die Evaluation von Gesetzen: ein Beitrag zur Rationalisierung der Rechtsetzung, recht 2018, S. 51 ff.
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001 (zit. KIENER, Unabhängigkeit)
- KIENER REGINA, Zugang zur Justiz, ZSR 138/2019 II, S. 5 ff. (zit. KIENER, Zugang)
- KIENER REGINA/BINDER ANJA MARTINA, Öffentlichkeitskommunikation der Gerichte im Spannungsfeld der Staatsgewalten, in: Saxer Urs (Hrsg.), Kommunikation der Gerichte, Recht und Praxis, Tagungsband, Zürich 2015 (posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zürich), S. 13 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KNEUBÜHLER LORENZ, Die Begründungspflicht, Diss., Bern 1998

- LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen: Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Diss., Zürich/St. Gallen 2011
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Commentaire romand (CR) : Constitution fédérale, Bâle 2021 (zit. BEARBEITER/IN, CR Cst., Art. ... N ...)
- MEYER KILIAN, Konsolidierung der Praxis zum Privatleben, dRSK publ. am 19. September 2023
- MOSIMANN HANS-JAKOB, Entscheidungsbegründung. Begründung und Redaktion von Gerichtsurteilen und Verfügungen, Zürich/St. Gallen 2013
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX/HÖFLER STEFAN, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 4. Aufl., Zürich 2024
- MÜLLER JÖRG PAUL, Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte, in: Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre und öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, 29/1990, S. 33 ff. (zit. MÜLLER, Bedeutung)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. MÜLLER, Grundrechtstheorie)
- MÜLLER MARKUS, Psychologie im öffentlichen Verfahren, Bern 2010 (zit. MÜLLER, Psychologie)
- MÜLLER MARKUS, Die innere Unabhängigkeit des Richters, Gedanken zu einem Diamanten, in: Herzog Ruth/Feller Reto (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern – La justice administrative bernoise, histoire et actualité, 100 ans du Tribunal administratif du canton de Berne, Bern 2010, S. 527 ff. (zit. MÜLLER, Unabhängigkeit)
- MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Zürich/St. Gallen 2019, S. 7 ff. (zit. MÜLLER, Verhältnismässigkeit)
- OESCH MATTHIAS, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht, in: AJP 2017 S. 638 ff. (zit. OESCH, Übernahme)
- OESCH MATTHIAS, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 137 ff. (zit. OESCH, Verfassungswandel)
- RAESS CHRISTOPH, Die Neuerteilung von Aufenthaltsbewilligungen und das Recht auf Privatleben, Jusletter 12. Dezember 2022
- RÜEFLI CHRISTIAN, Gesetzesevaluation in der Schweiz: Entwicklung, Stand und Ausblick, LeGes 33 (2022) 3
- SASSÖLI MARCO, Völkerrecht und Landesrecht: Plädoyer eines Völkerrechtlers für Schubert, in: Belanger François/De Werra Jacques (Hrsg.), Genève au confluent du droit interne et du droit international, Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012, Zürich 2012, S. 185 ff.
- SAXER URS, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur Justizkommunikation – Rechtsstaatliche Determinanten einer verstärkten Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte, ZSR 125/2006 I, S. 459 ff.
- SCHLEGEL STEFAN, Migrationsrecht: Erstarkendes Recht auf Privatleben, plädoyer 3/2020, S. 38 ff.
- SCHINDLER BENJAMIN, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR NF 130/2011 II, S. 331 ff. (zit. SCHINDLER, Verwaltungsrecht)
- SCHUBARTH MARTIN, Die Bedeutung der verfassungsmässigen Ordnung für das Verhältnis von Richter und Bundesgesetz, ZSR 122/2003 I, S. 169 ff.
- SCHÜRER STEFAN, Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert?, ZBl 116/2015, S. 115 ff.

- SEILER HANSJÖRG, *Praktische Rechtsanwendung, Was leistet die juristische Methodenlehre?*, Bern 2009 (zit. SEILER, *Rechtsanwendung*)
- SEILER HANSJÖRG, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik*, ZSR 129/2010 II, S. 381 ff. (zit. SEILER, *Verfassungsgerichtsbarkeit*)
- SEILER HANSJÖRG, *Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege*, ZBJV 150/2014, S. 265 ff. (zit. SEILER, *Einfluss*)
- SEILER HANSJÖRG, *Dynamik oder Statik in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum EU-Recht?*, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz*, 2015, S. 77 ff. (zit. SEILER, *Dynamik oder Statik*)
- SEILER HANSJÖRG, *Das Verhältnis zwischen Richterrecht und formellem Gesetzgeber*, LeGes 27 (2016) 3 (zit. SEILER, *Richterrecht*)
- TOPHINKE ESTHER, *Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung*, ZBl 107/2006, S. 88 ff.
- TRAUB ANDREAS, *Bemerkungen zum Obiter dictum in der verwaltungsgerichtlichen Urteilsbegründung*, in: Cottier Michelle/Rüetschi David/Sahlfeld Konrad W. (Hrsg.), *Information & Recht*, Basel/Genf/München 2002, S. 303 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, «Gute Verwaltungsgerichtsbarkeit», *Drei Wünsche aus dem Elfenbeinturm*, in: Herzog Ruth/Feller Reto (Hrsg.), *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern – La justice administrative bernoise, histoire et actualité, 100 ans du Tribunal administratif du canton de Berne*, Bern 2010, S. 545 ff. (zit. TSCHANNEN, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*)
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. TSCHANNEN, *Staatsrecht*)
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Bern 2022
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BV, Art. ... N ...)

Demokratie durch Recht

Die Jubilarin und die Venedig-Kommission

*Monique Jametti**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	236
II.	Die Venedig-Kommission	236
A.	Gründung und Ziele der VC	236
1.	Der historische Kontext	236
2.	Die heutige Zusammensetzung der VC	237
3.	Mitglieder der VC	238
B.	Arbeitsweise der VC	239
1.	Auftraggeber	239
a.	Mitgliedstaaten	239
b.	Organe internationaler Organisationen	239
2.	Vom Auftrag zur opinion	240
3.	Charakteristika der opinions	240
a.	Die Bedeutung der rule of law	240
b.	Berücksichtigung nationaler Wertungen	241
4.	Würdigung	242
C.	Qualifikation der opinions	242
1.	Allgemeines	242
2.	opinions als soft law?	243
III.	Die Jubilarin und die Venedig-Kommission	245
A.	Übersicht	245
B.	opinions der Jubilarin	245
IV.	Literaturverzeichnis	248

* Prof. Dr. iur., Dr. h.c., Fürsprecherin, Bundesrichterin.

I. Einleitung

Um Einfluss und Wirken der Jubilarin auch nur annähernd würdigen zu können, bietet es sich an, ihren ausserordentlichen Einsatz im Rahmen der Venedig-Kommission des Europarates¹ (nachfolgend: VC) zu berücksichtigen. Seit 2013 vertritt Regina Kiener die Schweiz in diesem Gremium als reguläres Mitglied. In kurzer Zeit hat sie sich einen Namen als unermüdliche, unerbittliche Kämpferin für die rule of law und für die von der VC hoch gehaltenen Grundsätze erworben; ihr Fachwissen und ihr unbestechlicher Blick sind in zahllosen Stellungnahmen eingeflossen. Der vorliegende kleine Beitrag möge einen Einblick in die Arbeitsweise dieser Institution des Europarates und gleichzeitig in das grosse Engagement der Jubilarin bieten.

II. Die Venedig-Kommission

A. Gründung und Ziele der VC

1. Der historische Kontext

Gegründet wurde die Venedig-Kommission (VC) im Jahre 1990 mit der Resolution Nr. (90)6 des Ministerkomitees von Ministern von 18 Mitgliedstaaten des Europarates als Folge des Zusammenbruchs des Eisernen Vorhangs. Ziel und Zweck der VC war und ist die rasche und unbürokratische Bereitstellung von juristisch-technischem Wissen bezüglich Fragen der staatlichen governance, und zwar vorzugsweise mittels sogenannter opinions (Stellungnahmen). Es galt im Jahre 1990, die mittel- und osteuropäischen Staaten in ihrem Übergang von Staaten unter kommunistischer Einparteienherrschaft zu funktionierenden Demokratien mit mehreren Parteien mit fachlichem Wissen einfach und wirkungsvoll zu unterstützen. Dabei strebt die VC an, unter ihren Mitgliedstaaten das Verständnis für das Rechtssystem zu schulen und zu vertiefen, die Rechtsstaatlichkeit und die Demokratie zu fördern und die Funktionsweise und Entwicklung demokratischer Institutionen zu entwickeln und zu stärken.²

¹ Die formelle Bezeichnung lautet Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit/European Commission for Democracy through Law. Es handelt sich ursprünglich um ein sogenanntes Accord Partiel/Partial Agreement des Ministerkomitees des Europarates, vgl. Art. 17 der Statuten des Europarates: «le Comité des Ministres peut constituer, à toutes fins qu'il jugera désirables, des comités ou commissions de caractère consultatif ou technique». Für eine detaillierte Schilderung der Entstehungsgeschichte der Venedig Kommission vgl. BUQUICCHIO, S. 131 ff. Italien hat dieser Kommission einen seiner zahllosen Renaissance-Paläste in Venedig zur Verfügung gestellt (Scuola Grande di S. Giovanni Evangelista) und deshalb nennt man die Kommission nach ihrem Tagungsort.

² Vgl. Artikel 1 der Statuten der VC.

2. Die heutige Zusammensetzung der VC

Über 30 Jahre nach ihrer Schaffung hat sich der Fokus etwas verschoben, aber nicht massgeblich gewandelt: Inzwischen sind sämtliche Vertragsstaaten des Europarats³ Mitglieder der VC und der Kreis der Mitgliedstaaten hat sich erheblich erweitert: Am 21. Februar 2002 beschloss das Ministerkomitee des Europarates, die Mitgliedschaft über den Europarat hinaus zu öffnen⁴ und interessierten Staaten ausserhalb Europas wie auch internationalen Organisationen eine Teilnahme an der VC zu ermöglichen.⁵

Heute zählt die VC rund 70 Mitglieder.⁶ Sie nimmt nach wie vor Stellung zu Gesetzes- und Verfassungsfragen, nicht nur aus den mittel- und osteuropäischen Staaten, sondern von allen Mitgliedern. Vor kurzem wurde beispielsweise auch Art. 49 Abs. 3 der französischen Verfassung Gegenstand einer Stellungnahme, der es formal dem Premierminister (politisch dem Staatspräsidenten) erlaubt, ein Gesetz in Kraft zu setzen, ohne dass dieses Gesetz von der Assemblée nationale verabschiedet worden ist.⁷

Der geographischen Erweiterung gingen einige Diskussionen voraus. Vereinzelt wurde die Besorgnis geäussert, die Zweckerreichung der VC werde durch die Beiträge ausser-europäischer Mitglieder erheblich erschwert. Es wurde befürchtet, spezifisch europäische Grundwerte würden es – vielleicht nicht unmittelbar, aber im Laufe der Zeit – schwer

³ Der Europarat zählt heute 46 Mitgliedstaaten. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das Ministerkomitee gestützt auf Art. 8 der Statuten das bisherige Mitglied Russland mit Entscheid vom 15. März 2022 vom Europarat und damit auch von der VC ausgeschlossen hat.

⁴ Resolution Res(2002)3 adopting the revised Statute of the European Commission for Democracy through Law.

⁵ Staaten, die nicht Mitglied des Europarates sind, können mit einfachem Mehr des Ministerkomitees als Mitglied aufgenommen werden. Solche Mitglieder sind bei künftigen Aufnahmeentscheiden, für welche es eine Mehrheit der Mitgliedstaaten braucht, allerdings nicht stimmberechtigt.

⁶ Neben den 46 Mitgliedstaaten des Europarates sind inzwischen noch 15 Nichtmitglieder des Europarates dazugekommen: Algerien, Brasilien, Chile, Costa Rica, Israel, Kanada, Kasachstan, Republik Korea, Kosovo, Kirgistan, Marokko, Mexiko, Peru, Tunesien und die USA. Dazu gesellen sich verschiedene Beobachter: Argentinien, Japan, der Heilige Stuhl und Uruguay sowie folgende internationale Organisationen: die EU, die OAS (Organisation amerikanischer Staaten) und die ODIHR (Büro für demokratische Institutionen und Menschenrechte als Suborganisation der OSZE). Palästina und Südafrika haben einen Sonderstatus, der dem eines Beobachters entspricht.

⁷ Art. 49 Abs. 3 der französischen Verfassung lautet wie folgt: «Der Premierminister kann nach Beratung des Ministerrates vor der Nationalversammlung die politische Verantwortung der Regierung für die Abstimmung über einen Haushaltsgesetzesentwurf oder einen Gesetzesentwurf zur Finanzierung der Sozialversicherung übernehmen. In diesem Falle gilt dieser Entwurf als angenommen, wenn nicht innerhalb der darauffolgenden vierundzwanzig Stunden ein Misstrauensantrag eingebracht und unter den im vorangegangenen Absatz genannten Bedingungen angenommen wird. Einmal pro Sitzungsperiode kann der Premierminister auf dieses Verfahren auch bei einem anderen Gesetzesentwurf oder Gesetzesvorschlag zurückgreifen.»

haben, weiter zu bestehen, da sie sich im Konzert unterschiedlicher Wertvorstellungen nicht in wünschenswerter Schärfe würden aufrechterhalten lassen. Entgegen dieser Bedenken schlagen sich die Konsequenzen aus der geographischen Erweiterung in den konkreten Stellungnahmen indessen kaum nieder. Vielmehr erscheint offensichtlich, dass der Austausch mit Vertretern von Ländern ausserhalb Europas viele wertvolle Impulse und Denkanstösse ermöglicht. Dazu bleibt anzumerken, dass die Anforderungen an rechtsstaatliche Prinzipien ohnehin keine allzu grossen Divergenzen ertragen, wenn das demokratische System respektiert werden soll. Umgekehrt bietet der Dialog mit Vertretern aussereuropäischer Staaten Gelegenheit, die bisherigen Denkmuster kritisch zu überprüfen und die eigenen Errungenschaften bewusster zu schätzen.⁸

3. Mitglieder der VC

Nach den Statuten setzt sich die Venedig-Kommission aus unabhängigen Sachverständigen zusammen, die durch ihr Wirken in den demokratischen Institutionen oder durch ihren Beitrag zum Fortschritt der Rechts- und Politikwissenschaft internationales Ansehen erworben haben.⁹ Jeder Mitgliedstaat ernennt ein reguläres und ein stellvertretendes Mitglied auf jeweils 4 Jahre, wobei Wiederwahl ohne weiteres möglich ist.¹⁰ Die Mitglieder fungieren nicht als Vertreter «ihres» Staates, sondern sind in ihren Meinungen und Äusserungen frei.

Unter den Mitgliedern finden sich viele Professoren, die Völkerrecht, Staats- und Verfassungsrecht lehren. Angesichts ihres Werdeganges und ihrer *venia docendi* ist die Jubilarin prädestiniert dazu, ihre Rolle in der VC wahrzunehmen¹¹. Neben Vertretern der Wissenschaft gehören der VC etliche Richter der obersten Gerichte an sowie Mitglieder aus Verwaltung und Politik,¹² sodass die unterschiedlichen Sichtweisen und Erfahrungen der Teilnehmer eine vielfältige Reflexion ermöglichen.

⁸ Als Anschauungsbeispiel seien allfällige Vorschriften über Parteienwechsel von Parlamentariern erwähnt (sogenanntes *floor crossing*) – ein Phänomen, das in europäischen Parlamenten nur vereinzelt vorkommt, in zahlreichen südamerikanischen Staaten indessen ein Ausmass erreicht, das die Respektierung des Wählerwillens ernstlich zu gefährden droht und es als angezeigt erscheinen lässt, Vorschriften zu erlassen, um diese Erscheinungsform einzudämmen.

⁹ Vgl. Art. 2 Ziff. 1 der Statuten.

¹⁰ Eine vollständige Mitgliederliste findet sich auf der homepage der VC unter <<https://www.venice.coe.int>>.

¹¹ Die Schweiz ist in der VC seit deren Gründung vertreten. Regina Kiener ist nach Giorgio Malinverni und Gret Haller erst das 3. reguläre Mitglied der Schweiz.

¹² So sind amtierende oder ehemalige Justizminister in der VC keine Seltenheit.

B. Arbeitsweise der VC

1. Auftraggeber

a. Mitgliedstaaten

Jedes Mitglied kann um eine Stellungnahme anfragen – sei es das Parlament eines Mitgliedstaates, seine Regierung oder eines seiner sonstigen Organe.¹³ Die Stellungnahme kann einen Entwurf betreffen oder eine schon lange existierende Bestimmung.¹⁴ Das Büro der VC – d.h. die erweiterte Geschäftsleitung – entscheidet darüber, ob sie das Mandat annehmen will. In der Regel tut sie es.

Vereinzelt kommt es vor, dass ein Mitglied eine Stellungnahme anfordert, die einen anderen Staat betrifft. In diesem Fall wird das erweiterte Büro vorgängig das Einverständnis des betreffenden Staates einholen.

Neben den Stellungnahmen erlässt die VC auch Studien und Richtlinien, die sich nicht auf spezifische Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen eines Staates beziehen, sondern erfolgte Analysen zusammenfassen.¹⁵ Gelegentlich wird die VC auch bei laufenden Gerichtsverfahren beigezogen, um mittels *amicus curiae* Stellung zu einzelnen Punkten zu beziehen. Auch hier sind die Mitgliedstaaten befugt, solche *amicus curiae* anzufordern.¹⁶

b. Organe internationaler Organisationen

Neben den Mitgliedstaaten können sodann die Organe des Europarates und insbesondere dessen Parlamentarische Versammlung¹⁷ sowie internationale Organisationen, die Mitglieder sind, bei der VC um eine *opinion* anfragen. Beispielhaft sei die *opinion* zur Unabhängigkeit der Justiz der Niederlande aufgeführt, die aufgrund eines Mandats der Parlamentarischen Versammlung des Europarates erstellt wurde.¹⁸ Es scheint, als ob diese vor kurzem die VC entdeckt hätte, um ihren periodischen Statusberichten zur Verfassung der Mitgliedstaaten etwas mehr Tiefgang und Substanz zu verleihen. Die Parlamentarische Versammlung ist zudem befugt, die VC mit Wahlbeobachtungen zu betrauen.

¹³ Beispielsweise hat der Ombudsmann von Kirgistan im Zusammenhang mit einer Totalrevision der entsprechenden Gesetzesvorlage selbst eine *opinion* über seine Funktion angebeht, vgl. CDL-AD(2023)038.

¹⁴ Wie etwa die bereits erwähnte Anfrage zu Art. 49 Abs. 3 der französischen Verfassung.

¹⁵ Vgl. etwa GRABENWARTER, S. 257 ff.

¹⁶ Als Beispiel sei die vom Präsidenten des Verfassungsgerichts von Moldawien angeforderte *amicus curiae* erwähnt, wonach sich die VC über die Wahlmöglichkeit von Personen äussern soll, welche als verfassungswidrig deklarierten Parteien angehören, CDL-AD(2023)049/ODIHR-492/2023.

¹⁷ Die Stellungnahme zur französischen Verfassungsbestimmung (Fn. 7) wurde von der Parlamentarischen Versammlung initiiert.

¹⁸ CDL-AD(2023)029.

2. Vom Auftrag zur opinion

Hat die erweiterte Geschäftsleitung den Auftrag angenommen, so bestimmt der Generalsekretär 3–6 Personen aus den Mitgliedern, die zusammen mit Unterstützung des Sekretariats die gewünschte Stellungnahme entwerfen. Diese besteht aus einer Analyse des unterbreiteten Gesetzes- oder Verfassungstextes und zieht daraus Hinweise auf Schwachstellen. Die opinions nennen sodann mögliche Verbesserungen, die sich häufig nicht auf eine einzige Lösung beschränken, sondern mehrere Lösungsansätze aufzeigen. Die Entwürfe werden in vorberatenden Kommissionen¹⁹ diskutiert und einer kritischen Durchsicht unterzogen. Die formelle Genehmigung geschieht anschliessend im Plenum, und zwar nicht durch Abstimmungen, sondern nach dem Konsens-Prinzip. Manchmal braucht es mehrere Anläufe, bis eine opinion genehmigt wird. Arbeitssprachen sind grundsätzlich Englisch und Französisch; Englisch dominiert. Die Diskussionen in den vorberatenden Kommissionen wie auch im Plenum sind nicht öffentlich. Dieser Umstand trägt zweifellos zum ungefilterten und offenen Dialog bei.

Das Plenum der VC tagt viermal jährlich während anderthalb Tagen (März/Juni/Oktober/Dezember).

3. Charakteristika der opinions

a. Die Bedeutung der rule of law

Prioritär soll sich die VC den verfassungsmässigen, gesetzgeberischen und administrativen Grundsätzen und Techniken widmen, die die Effizienz demokratischer Institutionen und ihre Verstärkung fördern. Dreh- und Angelpunkt ist dabei die rule of law, die sich mit Rechtsstaatlichkeit annähernd, wenn auch nur unzureichend, umschreiben lässt. Sie muss umfassend verstanden werden und deckt damit auch die Förderung der Grundfreiheiten des Einzelnen ab, insbesondere dort, wo es um die Teilnahme am öffentlichen Leben geht. Damit wird auch die lokale und regionale Selbstverwaltung erfasst. Selbstverständlich stehen freie und faire Wahlen im Fokus der rule of law, dann aber auch die Garantie des Vorrangs des Rechts, Rechtssicherheit, Gleichbehandlung vor dem Gesetz, Verlässlichkeit der Gesetze und Fairness in ihrer Anwendung, Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Justiz, Vermeidung auch nur des Anscheins von Willkür und die Sicherstellung offener und nachvollziehbarer Verfahrensprinzipien. Die rule of law erscheint damit als Essenz europäischer Rechtskultur. Dementsprechend ist auch eines der wichtigsten Dokumente der VC die Stellungnahme zur rule of law von März 2011.²⁰ Diese Zusammenfassung basiert nicht nur auf dem uns geläufigen Verständnis von Rechtsstaat, sondern auch auf der Tradition des

¹⁹ Die bedeutendsten Subkommissionen sind jene über den Schutz nationaler Minderheiten und die Subkommission über demokratische Institutionen.

²⁰ CDL-AD(2011)003: Report on the Rule of Law. Grundlage dieses Dokuments ist die Resolution 1594 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates.

common law, welches der rule of law eine breitere Konzeption zugrunde legt. Inzwischen hat die VC ihre Hausbibel zur rule of law mit einer Checkliste versehen,²¹ um deren Respektierung substanziell zu verbessern, indem die Anforderungen anhand der Kriterien schärfer und konkreter gefasst sind.²²

b. Berücksichtigung nationaler Wertungen

Um allfälliger Kritik zu entgegen, dass die VC sich zu sehr in interne Angelegenheiten mische, hat sie zudem zwei Methoden entwickelt, um einerseits das Fundament demokratischer Tradition in Europa verbindlicher zu fassen, welches von allen zwingend zu respektieren ist, und andererseits genügend Flexibilität zu belassen, um unterschiedlichen Traditionen Rechnung tragen zu können. Auf diese Weise ist die VC bestrebt, anhand rechtsvergleichender Analysen eine gemeinsame Basis herauszufiltern. Sie ist grundsätzlich zurückhaltend, wenn es darum geht, ein Werturteil über eine bestimmte Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung zu erlassen. Sie ist sich der unterschiedlichen historischen und kulturellen Hintergründe und der daraus resultierenden juristischen Befindlichkeiten bewusst und versucht auch, dieser Diversität Rechnung zu tragen. Auch wenn sich die VC um Neutralität in ihren Wertungen bemüht, so handhabt sie ihre Präferenzen indessen nicht immer mit der wünschbaren Diskretion. Besonders deutlich zeigt sich dies bei der Verfassungsgerichtsbarkeit. Zwar unterstreicht die VC regelmässig, dass es in dieser Hinsicht unterschiedliche Systeme gibt.²³ An sich sollte sie mit Blick auf die Anforderungen an die demokratischen Prinzipien anerkennen, dass eine ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit in einen gewissen Widerspruch zu diesen demokratischen Prinzipien mündet und dass es letztlich ein politisches Abwägen ist, ob man dem einen oder dem anderen Prinzip Vorrang einräumen will. Dessen ungeachtet bemüht sich die VC auffallend oft, die Vorzüge der Verfassungsgerichtsbarkeit hervorzuheben;²⁴ sie scheint darauf zu vertrauen, dass in absehbarer Zeit die verbliebenen widerspenstigen Schäfchen auch noch in den Stall der verfassungsgerichtlichen Kontrolle finden werden.

²¹ CDL-AD(2016)007.

²² Suchocka, ehemalige Justizministerin Polens und heute Ehrenmitglied der VC, sieht die rule of law unter Druck, indem insbesondere in den neueren Demokratien vermehrt Tendenzen autoritären Führungsstils Platz greife. Bezeichnenderweise zitiert sie die Stellungnahme des Vizepräsidenten des polnischen Verfassungsgerichts, der – notabene als stellvertretendes Mitglied der VC – den Premierminister Polens für dessen Weigerung, Urteile des Verfassungsgerichts zu publizieren, mit dem Argument verteidigt hat, dies sei notwendig, da ihm sonst jegliche Möglichkeit zur Korrektur der Urteile (sic!) verwehrt bliebe. Vgl. auch SUCHOCKA, S. 641 ff.

²³ Vgl. etwa CDL-PI(2017)008 Compilation of Venice Commission Opinions, Reports and Studies on Constitutional Justice (updated).

²⁴ Vgl. BUQUICCHIO/GARRONE, S. 3 ff.

4. Würdigung

Im Grossen und Ganzen wird die VC ihren Anforderungen an eine rein fachlich-technische Beurteilung gerecht. Bei der bereits erwähnten Stellungnahme zur Prärogative des Premierministers, unter Umgehung der Assemblée nationale ein Gesetz in Kraft zu setzen, hat die VC diese französische Spezialität zwar höflich, aber doch klar kritisch kommentiert, da das Gegengewicht zu diesem übermächtigen Instrument der Regierung, nämlich das Missbrauchsvotum, als zu schwach erscheint.²⁵ Seit seiner Existenz²⁶ ist Art. 49 Abs. 3 der französischen Verfassung rund 100 mal zur Anwendung gelangt – aber nur ein einziges Mal hat es die Assemblée nationale geschafft, innert der erforderlichen kurzen Frist ein Missbrauchsvotum gegen die Regierung durchzubringen. Die VC wird ihre definitive Stellungnahme erst abgeben, wenn sie die Modelle anderer Staaten zur allfälligen Einschränkung der Legislative analysiert haben wird.

In den letzten Jahren ist die VC sehr oft um Stellungnahmen bemüht worden; dadurch hat sich ihr Arbeitsvolumen massiv erhöht. Die Zunahme an opinions geht nicht zuletzt zulasten der wünschbaren Tiefe. Vermehrt kommt es vor, dass diverse Gesetzes- oder Verfassungsentwürfe in den unterschiedlichen Stadien ihrer internen Beratung mehrfach zur Begutachtung unterbreitet werden.²⁷ Angesichts der hohen Arbeitslast wäre die VC gut beraten, ein Begehren um ein follow-up einer bereits bestehenden opinion nur noch dann entgegen zu nehmen, wenn der Auftraggeber gleichzeitig klar darlegt, welche Änderungen gegenüber dem vorhergehenden Entwurf vorgenommen wurden und aus welchen Gründen zuvor vorgeschlagene Modifizierungen verworfen wurden – das spart Zeit, Geld und Energie und verpflichtet die Auftraggeber, die neuralgischen Punkte ihrer neuerlichen Auftragserteilung konkreter zu fassen.

C. Qualifikation der opinions

1. Allgemeines

Angesichts ihres Beratungsauftrags liegt es auf der Hand, dass die opinions der VC nicht verbindlich sind, sondern eine Orientierungshilfe bieten wollen. Das liesse darauf schliessen, dass die Stellungnahmen der VC zum sogenannten soft law gehören. Darunter versteht

²⁵ CDL-AD(2023)024, vgl. N 44: «...La Commission de Venise estime que la suppression du vote final d'une chambre du parlement pour l'adoption d'une loi représente une ingérence significative de l'exécutif dans les pouvoirs et le rôle du pouvoir législatif, est apparemment unique dans l'expérience comparative européenne et est problématique...» und N 46: «La Commission de Venise convient que cette disposition est excessivement large...».

²⁶ Die französische Verfassung datiert vom 4. Oktober 1958.

²⁷ So ist etwa die Wahlordnung Armeniens nicht weniger als dreimal begutachtet worden – letztmals an der 136. Plenarversammlung von Oktober 2023, vgl. Joint opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR, CDL-AD(2023)030.

man allgemein eine Bezeichnung für rechtlich nicht verbindliche Übereinkünfte, Absichtserklärungen oder Leitlinien, die keiner Genehmigung durch die Legislative unterstehen. Da soft law nicht zwingend durch jenes Organ vorbereitet wird, welches zur Gesetzgebung befugt ist und da dessen Verabschiedung ausserhalb der gesetzgeberischen Vorgaben erfolgt, fehlt es dem soft law an demokratiepolitischer Legitimation.²⁸ Gelegentlich – insbesondere im nationalen Recht²⁹ – geht es um fachliche oder technische Konkretisierungen von generellen Vorschriften, für deren bessere und gleichmässige Handhabung die betreffenden Fachgremien soft law erlassen. Damit wird den Gerichten die Aufgabe der Rechtsanwendung in konkreten Fällen erheblich erleichtert; insofern bestehen denn auch keine grundlegenden Bedenken in der Anwendung von soft law durch die Gerichte – trotz des fundamentalen Unterschieds zwischen soft law, das ein Nichtrecht ist, und dem Recht, zu dessen Vollzug die Gerichte verpflichtet sind. Im internationalen Verhältnis beschlägt soft law indessen nicht nur Spezifizierungen von bestehenden Vorschriften, sondern dringt teilweise in Bereiche vor, in welchen es keine oder noch keine international rechtlich bindenden Bestimmungen gibt. Trotzdem erheischen die diversen Texte der internationalen Organisationen (IGO), die als soft law konzipiert sind, eine Berücksichtigung, wie wenn es sich um gesetztes Recht handeln würde.

2. opinions als soft law?

Die VC ist eine internationale Organisation, deren opinions von ihr allein genehmigt und verabschiedet werden: Auch hier fehlt es somit im Ergebnis an einer demokratiepolitischen Legitimation. Insofern kann eine Parallele zu soft law der übrigen IGO gezogen werden. Indessen unterscheiden sich Ziel und Zweck der VC klar von jenen anderer IGO: Die VC will keineswegs anstelle des regulären Gesetzgebers neue, zusätzliche (wenn auch rechtlich nicht verbindliche) Regeln schaffen, sondern mittels ihrer opinions die Arbeit des regulären Gesetzgebers anhand einer fundierten fachlichen Stellungnahme verbessern. Trotz des fehlenden verbindlichen Charakters dieser opinions und der fehlenden demokratiepolitischen Legitimation können diese nur schwerlich mit dem soft law anderer IGO verglichen werden, weil nicht nur die Zielsetzung eine andere ist, sondern sich auch die Arbeitsweise von jener anderer IGOs fundamental unterscheidet. Wie bereits erwähnt, nimmt die VC aufgrund eines erteilten Mandats eine sorgfältige Analyse der zu beurteilenden gesetzlichen Bestimmung vor. Erst dann erfolgt eine Beurteilung des Vorhabens anhand bereits

²⁸ Dabei zeigt sich eine klare Tendenz zwischen innerstaatlichem und internationalem soft law: National wird soft law von Vereinigungen und Fachbehörden erlassen, die nicht in der Gesetzgebung tätig sind. Von da her ist die Abgrenzung zwischen gesetztem Recht und soft law sehr einfach zu ziehen. International sind es indessen zumeist dieselben Organisationen, die sowohl hard rules in Form von Staatsverträgen erlassen, als auch soft law in Form von Richtlinien, Empfehlungen und Anregungen. Das macht die Erkennung einer Quelle als soft law und somit als Nichtrecht schwieriger, zumal die Verabschiedung von solchen Empfehlungen häufig auch in Form von Konferenzen erfolgen.

²⁹ Beispielhaft erwähnt seien etwa die SUVA-Richtlinien im Bereich der Unfallverhütung.

bestehender Bestimmungen in anderen Staaten und unter dem Aspekt der rule of law. Die VC bemüht sich um eine Kompilation bestehender Vorschriften innerhalb Europas und versucht, eine gemeinsame Basis aus diesen Vorschriften heraus zu destillieren und daraus so etwas wie eine europaweit abgesicherte Praxis zu entwickeln. Wenn es keine solche gibt, wird dies auch ausgewiesen.³⁰

Gelegentlich kommt auch die VC nicht darum herum, eine äusserst subtile und heikle Abwägung unter verschiedenen Prinzipien vorzunehmen und eine letztlich politische Wertung vorzunehmen. Als Beispiel hierfür seien diverse Stellungnahmen erwähnt, die sich mit Wahlvorgaben beschäftigen, um den Anteil an Parlamentarierinnen oder an Vertretern von Minderheiten zu erhöhen: ein Vorgehen, welches vom Ansatz her potentiell diskriminierend ist, da es sich dem demokratischen Grundprinzip verweigert.³¹ In äusserst vorsichtigen Formulierungen hat die VC anhand diverser bestehender Vorschriften bezüglich reservierter Sitze für Frauen oder Minoritäten erkannt,³² dass keine Diskriminierung vorliege, soweit diese Massnahmen auf verfassungsrechtlicher Grundlage beruhen, verhältnismässig seien, nur für eine beschränkte Zeit gelten sollen (ohne allerdings einen Endzeitpunkt anzugeben) und regelmässiger Überprüfung unterstünden. Wesentlich kritischer werden solche bevorzteilenden Vorgaben eingestuft, wenn sie sich erst nach erfolgter Wahl auswirken sollen.³³

³⁰ Ein eindrückliches Beispiel hierfür ist die von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates initiierte opinion zum ungarischen Gesetzesentwurf über private Universitäten, der offensichtlich auf die von Georges Soros gegründete Institution ausgerichtet war. In CDL-AD(2017)022 stellt die VC fest, dass es hierzu keine gefestigte allgemeine Praxis gibt, vgl. N 73: «The Venice Commission points out that, in the light of autonomy of the European States in the field of education, and in the absence of clear unified European norms or models in the field, there is a large discretion of Hungarian State to establish, and periodically review, the most appropriate legal regime applicable for foreign universities on its territory...». Lediglich die ausserordentlich kurze Anpassungsfrist für bestehende ausländische private Universitäten wurde kritisiert und Ungarn wurde aufgefordert, für die Erfüllung der neu geschaffenen Konditionen anstelle der vorgesehenen 6 Monate eine längere Übergangsfrist vorzusehen.

³¹ Vgl. hierzu ANASTAS, S. 17 ff.

³² Die neuste Stellungnahme zur chilenischen Verfassung gibt einen guten Überblick über die diversen Methoden zur besseren Durchmischung der Geschlechter im Parlament, vgl. CDL-AD (2023)034, vgl. N 51–54.

³³ Vgl. CDL-AD (2023)034, vgl. N 55: «Il convient d'établir une distinction entre la parité entre les sexes parmi les candidats et la redistribution des sièges parlementaires. Si les dispositions qui exigent une certaine parité entre les sexes parmi les candidats désignés par les partis sont parfaitement acceptables, une approche plus restrictive devrait être adoptée en ce qui concerne la redistribution des sièges parlementaires, car elle pourrait avoir pour effet d'aliéner la volonté du corps électoral et, par conséquent, le principe démocratique.»

III. Die Jubilarin und die Venedig-Kommission

A. Übersicht

Unabhängigkeit der Justiz ist ein zentrales und heikles Thema, das insbesondere in den letzten Jahren für intensive Diskussionen gesorgt hat. Diesbezüglich ist die Jubilarin mit ihrer Habilitationsschrift³⁴ geradezu prädestiniert, um ihr Fachwissen in die VC einzubringen. Aber nicht nur bezüglich Gerichtsorganisation und Stellung der Richter ist ihre Expertise gefragt: Ihre Mitwirkung deckt neben 7 ausführlichen Stellungnahmen, die allein die Judikative betreffen, Themata in vielen weiteren Bereichen ab. Es wäre vermessen, im Rahmen eines Festschriftbeitrags eine substanzielle Würdigung der Arbeit von Regina Kiener in der VC vornehmen zu wollen. Nur so viel sei festgehalten: Ihr nüchterner Blick, gepaart mit einer soliden wissenschaftlichen Arbeitsweise und ihre Offenheit sind für die Erfüllung der Mission der VC von grösster Bedeutung. Die Herkunft von Regina Kiener aus einem eher kleinen, föderalistischen Staat, in welchem verschiedene Kulturen zusammenleben und sich regelmässig zusammenfinden müssen, der Umstand, dass unser Land in jeder Hinsicht regelmässig aus Minderheiten besteht, schärfen den Sinn für die Grundanliegen der VC. Zusammen mit den vielfältigen Erfahrungen der Jubilarin bürden sie für Augenmass und Zurückhaltung. Für ihre herausragende Arbeit und für ihren Einsatz in der VC sei ihr von Herzen gedankt.

B. opinions der Jubilarin

Poland, Urgent Opinion on the Law on the State Commission to Investigate Russian Influence on Internal Security in the Republic of Poland between 2007 and 2022 and on the Draft Law amending that Law (CDL-PI(2023)021)

Ukraine, Opinion on the Law on national minorities (communities) (CDL-AD(2023)021)

Serbia, Follow-up Opinion on three revised draft Laws implementing the constitutional amendments on the Judiciary of Serbia (CDL-AD(2022)043)

Georgia, Urgent opinion on the draft Law on the amendments to the criminal procedure Code, adopted by the Parliament of Georgia, on 7 June 2022 (CDL-AD(2022)037)

Serbia, Opinion on three draft laws implementing the constitutional amendments on Judiciary (CDL-AD(2022)030)

Bulgaria, Opinion on the draft amendments to the Judicial System Act concerning the Inspectorate to the Supreme Judicial Council (CDL-AD(2022)022)

³⁴ KIENER, *passim*.

Georgia, Urgent opinion on the Draft Law on the Amendments to the Criminal Procedure Code adopted by the Parliament of Georgia on 7 June 2022 (CDL-PI(2022)028)

Hungary, Opinion on the compatibility with international human rights standards of Act LXXIX amending certain Acts for the protection of children (CDL-AD(2021)050)

Serbia, Urgent Opinion on the revised draft Law on the Referendum and the People's Initiative, issued pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure on 9 November 2021 (CDL-AD(2021)052)

Serbia, Urgent Opinion on the revised draft constitutional amendments on the judiciary, issued pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure on 24 November 2021 (CDL-AD(2021)048)

Serbia, Urgent Opinion on the draft law on the referendum and the people's initiative, issued pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure, on 24 September 2021 (CDL-AD(2021)033)

Serbia, Opinion on the draft Constitutional Amendments on the Judiciary and draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments (CDL-AD(2021)032)

Hungary, Opinion on the constitutional amendments adopted by the Hungarian Parliament in December 2020 (CDL-AD(2021)029)

Spain, Opinion on the Citizen's Security Law (CDL-AD(2021)004)

Bulgaria, Urgent Interim Opinion on the draft new Constitution (CDL-AD(2020)035)

Turkey, Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the July 2020 Amendments to the Attorneyship of Law of 1969 (CDL-AD(2020)029)

Poland, Joint Urgent Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights (DGI) of the Council of Europe on Amendments to the law on the Common Courts, the Law on the Supreme Court, and some other Laws (CDL-AD(2020)017)

Venice Commission, Revised Guidelines on the Holding of Referendums (CDL-AD(2020)031)

Latvia, Opinion on the recent Amendments to the Legalisation on Education in Minority Languages (CDL-AD(2020)012)

North Macedonia, Opinion on the Law on the Use of Languages (CDL-AD(2019)033)

Armenia, Opinion on the constitutional implications of the ratification of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention) (CDL-AD(2019)018)

Venice Commission, Parameters on the relations between the parliamentary majority and the opposition in a democracy: A checklist (CDL-DEM(2019)001)

Republic of Moldova, Opinion on the draft law on the modification of article 42 of the Constitution of the Republic of Moldova regarding the freedom of association (CDL-AD(2018)007)

Tunisia, Opinion on the draft institutional law on the organisation of political parties and their funding (CDL-AD(2018)025)

Georgia, Opinion on the draft constitutional amendments adopted on 15 December 2017 at the second reading by the Parliament of Georgia (CDL-AD(2018)005)

Turkey, Opinion on the provisions of the emergency decree law N°674 of 1 September 2016 which concern the exercise of local democracy in Turkey (CDL-AD(2017)021)

Hungary, Opinion on Act XXV of 4 April 2017 on the amendment of act CCIV of 2011 on national tertiary education (CDL-AD(2017)022)

Turkey, Opinion on the Measures provided in the recent emergency decree laws with respect to freedom of the media (CDL-AD(2017)007)

Turkey, Opinion on the emergency decree laws Nos. 667–676 adopted following the failed coup of 15 July 2016 (CDL-AD(2016)037)

Poland, Opinion on the Act of January 2016 amending the Police Act and certain other Acts (CDL-AD(2016)012)

France, Opinion on the Draft Constitutional Law on «Protection of the Nation» of France (CDL-AD(2016)006)

Ukraine, Joint Interim Opinion on the Law of Ukraine on the condemnation of the communist and national socialist (Nazi) regimes and prohibition of propaganda of their symbol (CDL-AD(2015)041)

Tunisia, Interim Opinion on the institutional aspects of the Draft Law on special procedures concerning reconciliation in the economic and financial fields of Tunisia (CDL-AD(2015)032)

Ukraine, Opinion on the proposed constitutional amendments regarding the judiciary of Ukraine (CDL-AD(2015)027)

Italy, Opinion on the citizens' bill on the regulation of public participation, citizens' bills, referendums and popular initiatives and amendments to the provincial electoral law of the autonomous province of Trento (CDL-AD(2015)009)

Ukraine, Opinion on the draft law amending the constitution of Ukraine submitted by the President of Ukraine on 2 July 2014 (CDL-AD(2014)037)

IV. Literaturverzeichnis

- ANASTAS AURELA, Constitutional Issues on the Protection of Gender Equality, in: Venice Commission, Thirty Years of Quest for Democracy through Law 1990–2020, Lund 2020, S. 17 ff.
- BUQUICCHIO GIANNI, (Plus de) 30 ans avec et pour la Commission, in: Venice Commission, Thirty Years of Quest for Democracy through Law 1990–2020, Lund 2020, S. 131 ff.
- BUQUICCHIO GIANNI/GARRONE PIERRE, Vers un Espace Constitutionnel Commun? Le Role de la Commission de Venise, in: Haller Bruno/Krüger Hans Christian/Petzold Herbert (Hrsg.), Law in Greater Europe, Towards a Common Legal Area, Studies in Honour of Heinrich Klebes, Leiden 2000, S. 3 ff.
- GRABENWARTER CHRISTOPH, Standard-Setting in the Spirit of the European Constitutional Heritage, in: Venice Commission, Thirty Years of Quest for Democracy through Law 1990–2020, Lund 2020, S. 257 ff.
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001
- SUCHOCKA HANNA, Are the Venice Commission's Standards on the Rule of Law still Valid?, in: Venice Commission Thirty Years for Democracy through Law 1990–2020, Lund 2020, S. 641 ff.

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

Walter Kälin*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	249
II.	Die Venedig-Kommission	250
III.	Referendum	252
IV.	Sprachenrecht	254
V.	Schluss	258
VI.	Literaturverzeichnis	259

I. Einleitung

«Das ist mit Abstand die interessanteste Aufgabe, die ich je hatte».¹ Diese pointierte Aussage von Regina Kiener zu ihrer Rolle in der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht² dürften viele andere Mitglieder dieses unter dem Namen Venedig-Kommission³ besser bekannten Gremiums teilen. Als Kommissionsmitglied oder Berichterstatlerin hat Regina Kiener wesentliche Beiträge zur Schaffung und Stärkung eines gemeinsamen, auf den Grundwerten der Rechtsstaatlichkeit, der Menschenrechte und der Demokratie⁴ beruhenden Verfassungsraums Europa⁵ geleistet. Dies gilt neben den Themen Sprachenrecht und Volksrechte v.a. für den Bereich Justiz.

Obwohl Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit, der richterlichen Unabhängigkeit und der Justizorganisation neben Grundrechtsfragen und dem Thema Wahlen einen sehr grossen

* Prof. em. für Staats- und Völkerrecht, Universität Bern.

¹ HUG.

² Mitglied seit 2013. Frühere Schweizer Mitglieder: Prof. Giorgio Malinverni (1990–2006) und Prof. Monique Jametti Greiner (2007–2012).

³ Siehe <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/default.aspx?lang=DE>> (besucht am 18. Dezember 2023).

⁴ Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (21 February 2002), Article 1(3).

⁵ Zu diesem Begriff BUQUICCHIO/GARRONE, S. 3 ff.

Teil der Arbeit der Venedig-Kommission ausmachen,⁶ würde ihre Behandlung den Rahmen dieses kurzen Beitrags sprengen. Er befasst sich nach einem knappen Überblick zur Aufgabe und Arbeitsweise der Venedig-Kommission (II.) mit den aus schweizerischer Sicht besonders interessanten Themenbereichen Referendum (III.) und Sprachenrecht (IV.), mit welchen sich Regina Kiener als Berichterstatterin wiederholt vertieft befasst hat. Dies erlaubt einige abschliessende Überlegungen (V.) zum Beitrag der Kommission zur Sicherung, Gestaltung und Weiterentwicklung eines gemeinsamen europäischen Verfassungsraums jenseits nationaler und sub-regionaler Verfassungstraditionen.

II. Die Venedig-Kommission

Die nach ihrem Sitz benannte⁷ Venedig-Kommission wurde 1990 vom Europarat als unabhängiges Konsultativorgan mit 18 Mitgliedstaaten, darunter auch die Schweiz, gegründet. Sie ist mit der Aufgabe betraut, die Kenntnis der Rechtssysteme ihrer Mitglieder, insbesondere im Hinblick auf ihre gegenseitige Annäherung, zu verbessern, das Verständnis ihrer Rechtskulturen zu fördern, und Probleme zu analysieren, die sich aus der Funktionsweise der demokratischen Institutionen und ihrer Stärkung und Entwicklung ergeben.⁸

Die Kommission geht auf eine Initiative von Professor Antonio La Pergola zurück, welcher 1988 die Schaffung eines Gremiums des Europarates zur Stärkung der internationalen Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsrechts anregte, eine Idee, welche nach dem Fall der Berliner Mauer und der zu erwartenden Mitgliedschaft der zentral- und osteuropäischen Staaten an Unterstützung gewann.⁹ Deshalb sahen bereits die Kommissionsstatuten von 1990 vor, dass Nichtmitgliedstaaten des Europarates der Kommission beitreten oder als Beobachter mitwirken können.¹⁰ Seit der Revision der Statuten im Jahre 2002¹¹ steht die Förderung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie¹² in den Mitgliedstaaten im Vordergrund der Kommissionstätigkeit.¹³

⁶ Kompilationen der Studien und Stellungnahmen zu diesen und anderen Themen sind auf der Website der Venedig-Kommission unter https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=04_Compilations&lang=EN (besucht am 8. Januar 2024) zugänglich.

⁷ DÜRR, S. 156.

⁸ Council of Europe, Resolution(90)6 On a Partial Agreement Establishing the European Commission for Democracy through Law, adopted by the Committee of Ministers on 10 May 1990 at its 86th Session, Appendix to Resolution (90) 6, Article 1(1).

⁹ Hierzu und zum Folgenden DÜRR, S. 152–155; MARKERT, S. 608.

¹⁰ Appendix to Resolution (90) 6, (Anm. 8) Article 3(3) und (4).

¹¹ Council of Europe, Resolution Res(2002)3 adopting the revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (Adopted by the Committee of Ministers on 21 February 2002 at the 784th meeting of the Ministers' Deputies).

¹² A.gl.O., Article 1(1).

¹³ Siehe RAUE, S. 47 ff. und verschiedene Beiträge in VENICE COMMISSION 2020.

Heute hat die Kommission 61 Mitgliedstaaten und vier Staaten mit Beobachterstatus.¹⁴ Sie reicht damit weit über den Europarat hinaus und beeinflusst Rechtsentwicklungen vor allem in Lateinamerika.¹⁵ Die 61 Kommissionsmitglieder und ihre Vertreterinnen und Vertreter werden von den Mitgliedstaaten ernannt, repräsentieren diese aber nicht, sondern agieren als unabhängige Fachleute.¹⁶

Die Kommission hat sich gemäss Art. 2 Abs. 2 ihrer Statuten auf verfassungsrechtliche, gesetzgeberische und administrative Grundsätze und Techniken zur Stärkung der demokratischen Institutionen und der Rechtsstaatlichkeit zu fokussieren sowie Grundrechtsfragen und den Beitrag regionaler und lokaler Selbstverwaltung zu behandeln. Dafür stehen ihr laut Artikel 3 der Statuten verschiedene Instrumente zur Verfügung: Aus eigener Initiative kann sie Richtlinien, Gesetzes- und Vertragsentwürfe und Studien erarbeiten. Beispiele sind der Code of Good Practice in Electoral Matters,¹⁷ Richtlinien zum Thema politische Parteien,¹⁸ der Entwurf für die Europäische Konvention zum Minderheitenschutz,¹⁹ oder eine Studie zu den demokratischen, rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Auswirkungen behördlicher Massnahmen während der COVID-19 Pandemie.²⁰

Im Vordergrund der Kommissionstätigkeit steht die Erarbeitung²¹ von Stellungnahmen zu Verfassungs- und Gesetzesentwürfen oder institutionellen Reformen der Mitgliedstaaten. Voraussetzung ist, dass die Kommission dafür von einer staatlichen Behörde oder einem Organ des Europarats angefragt wird. Während staatliche Anfragen, inklusive von Gerichten, am häufigsten sind,²² ersucht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte

¹⁴ 46 Mitgliedstaaten des Europarates plus Algerien, Brasilien, Kanada, Chile, Costa Rica, Israel, Kasachstan, Süd-Korea, Kosovo, Kirgisien, Marokko, Mexiko, Peru, Tunesien und die USA. Argentinien, Japan, Vatikanstadt und Uruguay sind Beobachter (https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN) (besucht am 19. Dezember 2023). Staaten, welche nicht Mitglieder des Europarats sind, können ebenfalls Kommissionsmitglieder ernennen und Stellungnahmen anfordern.

¹⁵ Beispiele in VARGAS VALDEZ, S. 718–729.

¹⁶ Revised Statute (Anm. 11), Article 2. Die meisten Kommissionsmitglieder sind an Universitäten oder Gerichten tätig. Siehe DÜRR, S. 156–157.

¹⁷ CDL-AD(2002)023rev2-cor.

¹⁸ Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures, CDL-INF(2000)001; Code of Good Practice in the Field of Political Parties, CDL-AD(2009)021.

¹⁹ Proposal for a European Convention for the Protection of Minorities, CDL(1991)007. Das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten (SR 0.441.1) wurde vom Europarat am 1. Februar 1995 abgeschlossen und trat für die Schweiz am 1. Februar 1999 in Kraft.

²⁰ Interim Report on the measures taken in the EU member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the rule of law and fundamental rights, CDL-AD(2020)018-e.

²¹ Dazu ausführlich GRABENWARTER, S. 265 ff.

²² MARKERT, S. 609. Gemäss https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN (besucht am 9. Oktober 2024) hat die Kommission 2023 43 Stellungnahmen zu Verfassungsfragen und zu Gesetzesentwürfen und vier *amicus curiae* Eingaben verabschiedet.

(EGMR) die Kommission nur gelegentlich um *amicus curiae* Interventionen.²³ Anfragen des Ministerkomitees oder der Parlamentarischen Versammlung des Europarates erfolgen meist im Zusammenhang mit Verfassungskrisen in Mitgliedstaaten, während solche von Regierungen entweder dem Bemühen entspringen, das Richtige zu machen, oder den politischen Zweck verfolgen, eigene Gesetzes- oder Verfassungsvorlagen mit überwiegend positiven Stellungnahmen der Kommission zu legitimieren.²⁴

Die Stellungnahmen sind rechtlich nicht bindend und bilden, beispielsweise im Gegensatz zu Empfehlungen der UNO-Vertragsorgane im Staatenberichtsverfahren,²⁵ nicht Teil eines institutionalisierten Vertragsüberwachungsmechanismus. Sie stützen sich aber je nach Fragestellung auf die EMRK und andere Konventionen des Europarats sowie gemeinsame europäische Verfassungstraditionen und -praktiken. Diese Orientierung am Recht, die auf Dialog mit dem betroffenen Staat basierende Art ihrer Erarbeitung, und die Tatsache, dass sie öffentlich sind, geben ihnen grosses Gewicht.²⁶

III. Referendum

Referendumsabstimmungen sind nicht mehr eine schweizerische Besonderheit, sondern haben sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts stark verbreitet. Wenn auch die Schweiz nach wie vor mit grossem Abstand die meisten Referenden durchführt, sind sie auch in Ländern wie Liechtenstein, Italien, Irland oder Slowenien häufiger geworden.²⁷ Es erstaunt deshalb nicht, dass sich die Venedig-Kommission regelmässig mit diesem Thema befasst. 2020 verabschiedete sie Richtlinien zu Abstimmungen.²⁸ Der Kommission ging es vor allem darum, plebiszitäre Abstimmungen zu verhindern, die dem Ziel dienen, die Macht der Exekutive zu stärken und demokratische Kontrollmechanismen zu schwächen.²⁹ Sie betont deshalb, dass «Volksabstimmungen die Rechtsstaatlichkeit respektieren und insbesondere mit dem Rechtssystem als Ganzem übereinstimmen müssen, insbesondere mit den Verfahrensregeln für die Verfassungsänderung», und warnt «davor, Volksabstimmungen zu nutzen, um wichtige verfassungsrechtliche Schutzmechanismen zu umgehen, wie etwa das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit im Parlament».³⁰

²³ Gemäss https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN (besucht am 19. Dezember 2023) geschah dies seit 2005 sieben mal.

²⁴ GRABENWARTER, S. 262.

²⁵ Dazu KÄLIN, S. 16 ff.

²⁶ GRANATA-MENGHINI/KUIJER, S. 281 ff. und MARKERT, S. 610.

²⁷ Siehe BRÜGGEMANN et al., S. 11, Table 3.1. In den 1990er Jahren fanden in anderen Ländern als der Schweiz und Lichtenstein ungefähr 500 Referendumsabstimmungen statt (ibid., S. 7).

²⁸ Revised Guidelines on the Holding of Referendums, CDL-AD(2020)031.

²⁹ Ibid., para. 5.

³⁰ Ibid., para. 5. (Übersetzung durch den Autor).

Um demokratisch problematische Plebiszite und Manipulationen zu verhindern, betonen die Richtlinien etwa die Notwendigkeit einer verfassungsmässigen oder gesetzlichen Grundlage mit Regeln, welche nicht *ad hoc* für eine bestimmte Abstimmung geschaffen und nach umfassenden öffentlichen Konsultationen mit allen Beteiligten in einem breiten Konsens verabschiedet werden.³¹ Bedenken, dass diese Grundsätze nicht eingehalten wurden, äusserte die Kommission beispielsweise 2021 in Stellungnahmen zu einem serbischen Entwurf eines Gesetzes zu Referendum und Volksinitiative, welcher nur kurze Zeit vor einem geplanten Referendum veröffentlicht wurde.³² Manipulationsgefahren sah die Kommission auch im Gesetzesvorschlag, nicht stimmberechtigte ortsfremde Personen an Abstimmungen auf regionaler und lokaler Ebene teilnehmen zu lassen, wenn die Vorlage ihre Rechte als Eigentümerinnen und Eigentümern berührt.³³

Viel Gewicht legen die Richtlinien auf den Grundsatz der unverfälschten Willenskundgabe. Abstimmungsvorlagen müssen die Grundsätze (1) der Einheit der Form (keine Kombination eines ausformulierten Textes mit einer allgemeinen Frage), (2) abgesehen von Abstimmungen über ganze Gesetze oder Verfassungen der Einheit der Materie, sowie (3) der Einheit der Hierarchie (keine Frage, die gleichzeitig für Rechtsvorschriften verschiedener Hierarchiestufen gilt) respektieren.³⁴ Abstimmungsfragen müssen klar und verständlich sein und nicht in irreführender Weise oder so formuliert werden, dass sie eine bestimmte Antwort suggerieren.³⁵ Schliesslich haben die Behörden eine Informationspflicht. Sie müssen den Text, über den abgestimmt wird, sowie einen erläuternden Bericht, welcher die Pro- und Kontra-Argumente ausgewogen präsentiert, den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern frühzeitig zustellen. Während politische Parteien und ihre Vertreter, einschliesslich jener, die ein öffentliches Amt bekleiden, sich aktiv an Abstimmungskampagnen beteiligen dürfen, sollen dafür keine öffentlichen Gelder eingesetzt werden und Verwaltungsbehörden müssen sich neutral verhalten.³⁶

Schliesslich sehen die Richtlinien eine Abstimmungsbeschwerde vor, welche allen Stimmrechtsberechtigten offenstehen, ein einfaches Verfahren vor einer unabhängigen Behörde vorsehen und letztinstanzlich von einem Gericht entschieden werden soll.³⁷

³¹ Ibid., sec. II.1 und II.3.

³² Serbia, Urgent Opinion on the Draft Law on the Referendum and the People's Initiative, Opinion No. 1052/2021, CDL-AD(2021)033, paras. 15 f und 89. Serbia, Urgent Opinion on the Revised Draft Law on the Referendum and the People's Initiative, Opinion No. 1062/2021, CDL-AD(2021)052, paras. 10 und 68.

³³ Opinion No. 1052/2021, para. 23. Die serbische Regierung akzeptierte die Empfehlung, diese Bestimmung zu streichen. Siehe Opinion No. 1062/2021, paras. 14 f.

³⁴ Revised Guidelines (Anm. 28), sec. III.2.

³⁵ Ibid., sec. I.3.1.c.

³⁶ Ibid., sec. I.31.b und e.

³⁷ Ibid., sec. II.4.3.

Dass die Richtlinien viele Grundsätze verankern, die jenen des schweizerischen Verfassungsrechts entsprechen und vom Bundesgericht über viele Jahrzehnte hinweg entwickelt wurden,³⁸ kann wohl ohne falsche Bescheidenheit als Beitrag der Schweiz zum Verfassungsraum Europa verstanden werden.³⁹ Mit dem schweizerischen Einfluss hat sich die Kommission 2014 im Zusammenhang mit einem Volksvorschlag für die Stärkung der Volksrechte in der Autonomen Provinz Trient im Südtirol befasst.⁴⁰ Dieser nahm ausdrücklich auf schweizerische Rechtsnormen zu Initiative und Referendum Bezug. Beispielsweise sah der Vorschlag ein weitgehendes Verwaltungsreferendum vor, welches die Kommission mit Verweis auf dessen Existenz in mehreren schweizerischen Kantonen grundsätzlich für unproblematisch hielt.⁴¹ Gleichzeitig illustriert die Stellungnahme, dass es problematisch sein kann, Instrumente, die sich historisch in einem bestimmten politischen System entwickelt haben, unbesehen in ein anderes System zu übernehmen. Zu Recht führte die Kommission aus, dass die unbesehene Übernahme direktdemokratischer Instrumente, wie sie in schweizerischen Kantonen und Staaten in den USA, wo die Regierung nicht direkt gegenüber dem Parlament verantwortlich ist, problematische Auswirkungen auf das Funktionieren der parlamentarischen Demokratie im Südtirol haben kann.⁴²

Das Beispiel illustriert, dass die Schaffung eines europäischen Verfassungsraums mittels Harmonisierung von Lösungen ihre Grenzen an der Vielfalt historisch gewachsener Verfassungsmodelle finden muss und es nicht um Vereinheitlichung gehen kann, sondern um die Durchsetzung von Mindeststandards und darüber hinaus um gegenseitiges Lernen.

IV. Sprachenrecht

Europa ist reich an Sprachen, Kulturen und Religionen. Diese kulturelle Vielfalt unterläuft in Ländern, die sich als Nationalstaaten verstehen, die Vision der politischen Organisation eines einheitlichen Volkes mit gemeinsamer Geschichte, Sprache und Religion und schafft damit Minderheitenprobleme.⁴³ Während der Europarat mit dem Europäischen Rahmenüberein-

³⁸ Siehe KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, S. 362 ff. und TSCHANNEN, S. 663 ff.

³⁹ Vergleicht man die ursprünglichen Richtlinien (Code of Good Practice on Referendums, CDL-AD[2007]008rev-cor) mit den Richtlinien zum Thema freie Willensbildung, glaubt man die Handschrift von Regina Kiener zu spüren, welche eine der Berichterstatte(r)innen für dieses Dokument war.

⁴⁰ Opinion on the Citizens' bill on the regulation of public participation, citizens' bills, referendums and popular initiatives and amendments to the Provincial Law of the Autonomous Province of Trento (Italy), Opinion No. 797/2014, CDL-AD(2015)009.

⁴¹ Ibid., para. 43. Die Kommission empfahl allerdings, den Kreis der referendumsfähigen Verwaltungsakte einzuschränken. Für einen weiteren Hinweis auf die Schweiz siehe para. 65.

⁴² Ibid., para. 84.

⁴³ Siehe z.B. HECKMANN, S. 41–44.

kommen zum Schutz nationaler Minderheiten (nachfolgend Rahmenübereinkommen) über einen spezifischen Überwachungsmechanismus verfügt,⁴⁴ befasst sich die Venedig-Kommission nicht mit Verletzungen, sondern unterstützt Staaten im Bereich der Rechtsetzung. Teil dieses Aktivitätsfeldes sind Stellungnahmen v.a. zur Sprachengesetzgebung.⁴⁵

Das Rahmenübereinkommen verbietet nicht nur Diskriminierungen aufgrund der Sprache, sondern verpflichtet in Artikel 10 die Vertragsparteien auch «anzuerkennen, dass jede Person, die einer nationalen Minderheit angehört, das Recht hat, ihre Minderheitensprache privat und in der Öffentlichkeit mündlich und schriftlich frei und ungehindert zu gebrauchen», und sich zu bemühen, in Gebieten mit einer «beträchtlichen Zahl» von Angehörigen solcher Minderheiten «soweit wie möglich die Voraussetzungen dafür sicherzustellen, dass im Verkehr zwischen den Angehörigen dieser Minderheiten und den Verwaltungsbehörden die Minderheitensprache gebraucht werden kann.» Die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen enthält eine detaillierte Liste von Massnahmen, aus welchen die Vertragsstaaten eine Mindestzahl auswählen können, zu deren Umsetzung sie sich verpflichten.⁴⁶

Ein wiederkehrendes Thema in der Arbeit der Kommission sind gesetzliche Regeln über den Anteil von Angehörigen der Minderheit an der Gesamtbevölkerung, der nötig ist, damit sie im Umgang mit den lokalen Behörden ihre Sprache benutzen dürfen. Bestimmungen, welche die Schwelle bei mehr als der Hälfte der Bevölkerung ansetzen, hält die Kommission für hoch problematisch und verweist darauf, dass der u.a. im Rahmenübereinkommen verankerte Europäische Standard eine «beträchtliche Anzahl» genügen lässt.⁴⁷ Zudem verlangt sie, dass das Gesetz den Prozentsatz festlegt, ab welchem eine Minderheit Anspruch auf Gebrauch ihrer Sprache im Verkehr mit lokalen Behörden hat.⁴⁸ Eine Schwelle von bloss 5 % auf lokaler Ebene hielt sie für lobenswert,⁴⁹ äusserte aber in einem anderen Fall gegenüber einer faktischen Gleichstellung einer Minderheitensprache mit der Mehrheitsprache auf nationaler Ebene Bedenken.⁵⁰ Diese Kritik ist angesichts der Tatsache, dass mehrsprachige Länder, welche wie die Schweiz, Belgien Finnland, oder Luxemburg auch

⁴⁴ Artikel 24–26 des Europäischen Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1. Februar 1995 (SR 0441.1).

⁴⁵ Siehe *Compilation of the Venice Commission Opinions and Reports on the Protection of National Minorities (Updated)*, CDL-PI(2022)049, S. 29–44.

⁴⁶ Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen vom 5. November 1992 (SR 0.441.2), Artikel 2.

⁴⁷ Siehe *Opinion on the latest version of the Draft Law amending the Law on National Minorities in Ukraine*, CDL-AD(2004)022, para. 12.

⁴⁸ *Opinion on the draft Law on the status of national minorities living in Romania*, CDL-AD(2005)026, para. 32.

⁴⁹ *Opinion on the Revised Draft Law on Exercise of the Rights and Freedoms of National and Ethnic Minorities in Montenegro*, CDL-AD(2004)026, para. 41.

⁵⁰ *Opinion on the draft law on principles of the state language policy of Ukraine*, CDL-AD(2011)047, para. 24.

sehr kleine Minderheitssprachen in dieser Weise anerkennen,⁵¹ aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht ohne weiteres nachvollziehbar.

Während das Rahmenübereinkommen keine Verpflichtung der Vertragsstaaten stipuliert, Unterricht in der Minderheitensprache an öffentlichen Schulen anzubieten,⁵² begrüsst es die Kommission, wenn ein Staat die Verwendung von Minderheitssprachen im öffentlichen Unterricht ausdrücklich unterstützt.⁵³

Andererseits anerkennt die Kommission, dass eine gute Kenntnis der Mehrheitssprache ein Mittel ist, um bestehende Ungleichheiten zu reduzieren und eine bessere Integration von Angehörigen nationaler Minderheiten in die Gesellschaft zu ermöglichen.⁵⁴ Sie verlangt, dass Einschränkungen des bisherigen Gebrauchs der Minderheitensprache im Schulbereich geeignet sein und verhältnismässig ausgestaltet werden müssen,

«to strike a fair balance between the preservation and promotion of the state language as a tool for integration within society, on the one hand, and the protection of the linguistic rights of persons belonging to national minorities, on the other hand».⁵⁵

All das kann in Staaten, die von bewaffneten Konflikten, gewalttätigen Auseinandersetzungen oder schwierigen Transformationsprozessen betroffen sind, politisch äusserst sensitiv sein. Stellungnahmen der Kommission zum Sprachenrecht in der Ukraine, Litauen und Nordmazedonien zeigen nicht nur, wie die Kommission in solchen Fällen agieren kann, ohne politisch zu werden, sondern auch, wie schwierig es oft ist, in solchen Fällen eine kohärente Praxis zu entwickeln.

Ein auf die Zurückdrängung der russischen Sprache in der Ukraine ausgerichtetes Gesetz sah u.a. anderem vor, dass wissenschaftliche Publikationen in Ukrainisch oder einer der

⁵¹ In der Schweiz sprechen nur ca. 0.5 % der Bevölkerung Rätoromanisch (Bundesamt für Statistik, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/sprachen-religionen/sprachen.html>>. In Luxemburg gehören 2 % der Staatsangehörigen und in Belgien 1.5 % der deutschsprachigen Gruppe an (<<https://luxembourg.public.lu/de/gesellschaft-und-kultur/bevolkerung/demografie.html>> und <https://www.axl.cefai.ulaval.ca/europe/belgiqueetat_demo.htm#2_Les_recensements_linguistiques_>). In Finnland ist Schwedisch die Muttersprache von ca. 5 % der Staatsangehörigen (<<https://www.infofinland.fi/en/finnish-and-swedish/swedish-language-in-finland>>) (alle besucht am 29. Januar 2024).

⁵² Rahmenübereinkommen, Art. 13 verlangt nur, dass die Vertragsstaaten Minderheiten erlauben, ihre eigenen Schulen zu führen, und gemäss Art. 14 müssen sie sich «[i]n Gebieten, die von Angehörigen nationaler Minderheiten traditionell oder in beträchtlicher Zahl bewohnt werden, bemühen ..., wenn ausreichende Nachfrage besteht, soweit wie möglich und im Rahmen ihres Bildungssystems sicherzustellen, dass Angehörige dieser Minderheiten angemessene Möglichkeiten haben, die Minderheitensprache zu erlernen oder in dieser Sprache unterrichtet zu werden.»

⁵³ Opinion on the Act on the Rights of Nationalities of Hungary, CDL-AD(2012)011, para. 55.

⁵⁴ Opinion on the Recent Amendments to the Legislation of Latvia on Education in Minority Languages, CDL-AD(2020)012, para. 68.

⁵⁵ Ibid., para. 69.

Sprachen der Europäischen Union verfasst sein müssen und Tourismusführungen für ukrainische Staatsangehörige auf Ukrainisch durchzuführen sind.⁵⁶ Zudem verpflichtete das Gesetz die Verantwortlichen für in einer Minderheitensprache durchgeführte Grossveranstaltungen, im Fall eines vorgängigen Begehrens von Besucherinnen oder Besuchern Simultanübersetzungen in die ukrainische Sprache anzubieten.⁵⁷ Zwar anerkannte die Kommission, dass die Ukraine angesichts der historischen Unterdrückung ihrer Sprache ein legitimes Interesse hat, diese zu fördern, betonte aber, dass dies nicht zu Lasten des Menschenrechtsschutzes für Minderheitensprachen inklusive des Russischen gehen könne.⁵⁸ Wenig überraschend kam sie zum Schluss, dass auch unter Berücksichtigung der russischen Aggression⁵⁹ solche Beschränkungen die Meinungsäusserungsfreiheit der EMRK verletzen und diskriminierend sind.⁶⁰

Weniger streng war die Kommission mit einer litauischen Gesetzgebung, welche trotz einer namhaften russisch-sprachigen Bevölkerung den Unterricht in Litauisch in den Vordergrund rückte und als erste Fremdsprache nur eine offizielle Sprache eines EU-Mitgliedstaates zuließ. Die Regierung betonte das legitime Interesse von Staaten, zwecks Integration von Minderheiten die Förderung der Landessprache in den Vordergrund zu rücken und begründete die Zulässigkeit des Verbots von Russisch als erster Fremdsprache mit der EU-Mitgliedschaft des Landes.⁶¹ Ob dieser Unterschied wirklich, wie die Kommission anerkannte,⁶² wichtig genug ist, um die im Vergleich zum Unterricht des Russischen in der Ukraine signifikante Benachteiligung russisch-sprachiger Menschen in Litauen zu rechtfertigen, erscheint fraglich.

Um eine in den Augen der Kommission zu weitgehende Privilegierung einer Minderheitensprache ging es u.a. in einer Stellungnahme zur Sprachengesetzgebung in Nordmazedonien.⁶³ Die Umsetzung eines früheren Gesetzes, welches Albanisch als Amtssprache in Verwaltungseinheiten mit einer albanisch-sprachigen Bevölkerung von mindestens 20 % vorsah, stiess u.a. wegen des Mangels an zweisprachigen Staatsangestellten und begrenzten Übersetzungskapazitäten an klare Grenzen.⁶⁴ Trotzdem dehnte die vorgeschlagene Regelung den Anspruch, auch im mündlichen Verkehr mit Behörden Albanisch benutzen zu können

⁵⁶ Ukraine, Opinion on the Law on National Minorities (Communities), CDL-AD(2023)021, para. 38 mit Zitaten aus Ukraine – Opinion on the Law supporting the Functioning of the Ukrainian Language as the State Language, CDL-AD(2019)032.

⁵⁷ Ukraine, Opinion on the Law on National Minorities (Communities), CDL-AD(2023)021, para. 43.

⁵⁸ Ibid., para. 39.

⁵⁹ Siehe *ibid.*, para. 71.

⁶⁰ Siehe u.a. *ibid.*, paras. 38 und 44.

⁶¹ Opinion on the Recent Amendments to the Legislation of Latvia on Education in Minority Languages, CDL-AD(2020)012, paras. 65 ff. und 114.

⁶² Ibid., para. 114.

⁶³ North Macedonia – Opinion on the Law on the Use of Languages. CDL-AD(2019)033.

⁶⁴ Ibid., paras. 16 ff. und 72.

und eine Antwort in dieser Sprache zu erhalten, auf das ganze Land aus. Die Kommission begrüßte, dass diese Regelung über die europäischen Mindeststandards hinausgeht, warnte aber vor dem Risiko, dass sie sich nicht umsetzen lasse, und empfahl, die Vorschrift wenigstens auf den schriftlichen Verkehr zu begrenzen.⁶⁵ Auch wenn sich der Stellungnahme keine entsprechenden Hinweise entnehmen lassen, lässt sich diese Empfehlung zusammen mit vielen Hinweisen auf die mangelnde Präzision und Mehrdeutigkeit anderer Bestimmungen des Gesetzes als Bemühen der Kommission interpretieren, die Gefahr zu bannen, dass ein rechtstechnisch problematisch formuliertes Gesetz zu Frustrationen auf Seite der Minderheit und damit zu erneuten Spannungen zwischen den Sprachengruppen beitragen könnte.

Auch wenn eine vertiefte Analyse der Stellungnahmen zu Fragen der Sprachenpolitik den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde, zeigen die drei Beispiele, wie die Kommission als «technisches» Expertenorgan versucht, dem Vorwurf der Politisierung zu entgehen, indem es auf Grenzen hinweist, die sich einerseits aus Mindeststandards und andererseits aus rechtstechnischen Argumenten guter Gesetzgebung ergeben, gleichzeitig aber im Raum dazwischen den Staaten viel Gestaltungsfreiheit lässt.⁶⁶

V. Schluss

Der volle Name der Kommission für Demokratie durch Recht ist Programm: Wie die Präambel der Statuten des Europarates betont, ist die Herrschaft des Rechtes zusammen mit der persönlichen und der politischen Freiheit einer der Grundpfeiler, «auf denen jede wahre Demokratie beruht». ⁶⁷ Ohne «ein sicheres und vorhersehbares Rechtssystem», das allen das Recht einräumt, «von allen Entscheidungsträgern mit Würde, Gleichheit und Vernunft und im Einklang mit den Gesetzen behandelt zu werden», und ihnen die Möglichkeit zu einem Rechtsmittel gibt, das von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in einem fairen Verfahren entschieden wird,⁶⁸ droht Demokratie zur ungezügelten Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit zu werden. Umgekehrt fördert die Rechtsstaatlichkeit «die Demokratie, indem sie die Verantwortlichkeit derjenigen, die öffentliche Macht ausüben, festschreibt und die Menschenrechte schützt, welche Minderheiten vor willkürlichen Mehrheitsentscheidungen bewahren»⁶⁹. Anders gesagt riskiert der Rechtsstaat, sich ohne Demokratie

⁶⁵ Ibid., paras. 73–79.

⁶⁶ Zum Spannungsfeld zwischen technischer und politischer Beratung im Bereich des Verfassungsrechts, das seiner Natur nach politisch ist, siehe VOLPE, S. 818–820.

⁶⁷ Satzung des Europarates vom 5. Mai 1949, SR. 0.192.030.

⁶⁸ So die Definition der Kommission des Begriffs Rechtsstaatlichkeit in Venice Commission, Rule of Law Checklist, Study No. 711/2013, CDL-AD(2016)007, para. 15 (Übersetzung durch den Autor). Zur Checklist und ihrer Bedeutung im Kontext aktueller Herausforderungen in Europa siehe DRZEMCZEWSKI, S. 179 ff.

⁶⁹ Ibid., para. 33.

über das Bedürfnis der Menschen, ihre Zukunft als Gemeinwesen gestalten zu können, hinweg zu setzen und zum blossen Herrschaftsinstrument zu degenerieren.

Auch in den hier behandelten Themenbereichen beharrt die Kommission auf den demokratischen und rechtsstaatlichen Grundwerten. Sie tut dies indem sie systematisch Grundprinzipien wie die Partizipation der Betroffenen bei der Vorbereitung von Gesetzesvorlagen⁷⁰ oder menschenrechtliche Mindeststandards anruft und untersucht, wie weit sie respektiert sind. Darüber hinaus fokussiert sie in beeindruckendem Ausmass auf die technischen Aspekte guter Gesetzgebung, weist in ziseliertem Kleinarbeit auf Unklarheiten, Widersprüche oder Lücken in den Gesetzesentwürfen hin, und macht detaillierte Vorschläge, wie sich Gesetzesbestimmungen verbessern lassen.

Bei diesen Arbeiten ist die Kommission oft mit der Herausforderung konfrontiert, wie Einheit in der Vielfalt hergestellt werden kann und wo dieses Anliegen in einem von kultureller Vielfalt und historischen Verwerfungen geprägten Europa seine Grenzen finden muss. Wie etwa das Beispiel der Volksrechtsgesetzgebung im Südtirol oder die Frage des Verhältnisses zwischen Mehrheits- und Minderheitssprachen illustrieren, muss die Schaffung eines europäischen Verfassungsraums mittels Harmonisierung von Lösungen die Vielfalt historisch gewachsener Verfassungsmodelle notwendigerweise respektieren. Anders gesagt: Aufgabe ist nicht die Vereinheitlichung der Staatsverfassungen in Europa, sondern die Durchsetzung von Mindeststandards und darüber hinaus das gegenseitige Lernen als Ergebnis eines verfahrensmässigen Dialogs zwischen der Kommission und Staaten und einer inhaltlichen Interaktion zwischen europäischen Standards und nationalen Rechtsordnungen,⁷¹ von welchem alle profitieren.⁷² Dafür bietet die Venedig-Kommission mit ihrer Zusammensetzung und Arbeitsweise eine wichtige Chance.

VI. Literaturverzeichnis

BRÜGGEMANN SALIM/GUT ROBIN/SERDÜLT UWE/WÜTHRICH JONAS, *The World of Referendums: 2023 edition*, Aarau 2023

BUQUICCHIO GIANNI/GARRONE PIERRE, *Vers un Espace Constitutionnel Commun? Le Role de la Commission de Venise*, in: Haller Bruno/Krüger Hans-Christian/Petzold Herbert (Hrsg.), *Law in Greater Europe: Towards a Common Legal Area; Studies in Honour of Heinrich Klebes*, The Hague 2000, S. 3–21

DRZEMCZEWSKI ANDREW, *The Council of Europe and the Rule of Law – Introductory Remarks regarding the Rule of Law Checklist Established by the Venice Commission*, HRLJ 2017, S. 179

⁷⁰ Siehe statt vieler Ukraine, Opinion on the Law on National Minorities (Communities), CDL-AD(2023)021, para. 23 f.

⁷¹ VOLPE, S. 818.

⁷² Zu diesem Dialogmodell und seiner Bedeutung für Verfassungsfragen siehe LINDER/MUELLER, S. 276 f.

- DÜRR RUDOLF SCHNUTZ, Chapter 2: The Venice Commission, in: Kleinsorge Tanja E.J. (Hrsg.), Council of Europe, Alphen aan den Rijn 2010, S. 151–163
- GRABENWARTER CHRISTOPH, Standard-Setting in the Spirit of the European Constitutional Heritage, in: Venice Commission (Hrsg.), Venice Commission thirty-year quest for democracy through law 1990–2020, Lund 2020, S. 256–279
- GRANATA-MENGHINI SIMONA/KUIJER MARTIN, Advisory or de facto binding? Follow up to Venice Commission's opinions: between reality and perception, in: Venice Commission (Hrsg.), Venice Commission thirty-year quest for democracy through law 1990–2020, Lund 2020, S. 281–297
- HECKMANN FRIEDRICH, Nationalstaat, multikulturelle Gesellschaft und ethnische Minderheitenpolitik, in: Multikulturelle Gesellschaft: der Weg zwischen Ausgrenzung und Vereinnahmung? Eine Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung am 9. und 10. Dezember 1991 in Bonn, Bonn 1992, S. 41–51
- HUG PETER, Regina Kiener: Einsatz für elementarste Rechte, Plädoyer 02/2018 (<<https://www.plaedoyer.ch/artikel/artikeldetail/regina-kiener-einsatz-fuer-elementarste-rechte>> besucht am 5. Januar 2024)
- KÄLIN WALTER, Examination of state reports, in: KELLER HELEN/ULFSTEIN GEIR (Hrsg.), The UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy, Cambridge 2012, S. 16–72
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024
- LINDER WOLF/MUELLER SEAN, Swiss Democracy – Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies, 4th ed., Cham 2021
- MARKERT THOMAS, Die Venedig-Kommission des Europarats, Vom Beratungsgremium zum Akteur der Verteidigung von Rechtsstaat und Demokratie (1990–2022), EuGRZ 2022, S. 608–636
- RAUE JULIA, Der Europarat als Verfassungsgestalter seiner neuen Mitgliedsstaaten: Vom Beobachter zum Reformer in Osteuropa?, Zürich 2005
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021
- VARGAS VALDEZ JOSÉ LUIS, The Venice Commission and Latin America, in: Venice Commission (Hrsg.), Venice Commission thirty-year quest for democracy through law 1990–2020, Lund 2020, S. 717–731
- VENICE COMMISSION, Venice Commission thirty-year quest for democracy through law 1990–2020, Lund 2020
- VOLPE VALENTINA, Drafting Counter-Majoritarian Democracy, The Venice Commission's Constitutional Assistance, ZaöRV 76 (2016), S. 811–143

Die Venedig-Kommission und Referenden

*Daniel Moeckli**

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	261
II. Die Venedig-Kommission und politische Partizipation	262
III. Länderspezifische Gutachten	264
IV. Standardsetzung	267
V. Der Code of Good Practice on Referendums	268
VI. Umsetzung	270
VII. Literaturverzeichnis	272

I. Einleitung

Im Gründungsjahr des Europarats, 1949, fanden fünf nationale Volksabstimmungen auf europäischem Boden statt: vier in der Schweiz, eine in Liechtenstein.¹ Keiner der zehn Gründerstaaten des Europarats führte in diesem Jahr ein Referendum durch; nur vier von ihnen sahen dieses Instrument überhaupt vor. Heute sind in 39 der 46 Europaratsstaaten Referenden auf nationaler Ebene möglich.² Im Jahr 2022 führten neun verschiedene europäische Länder insgesamt 28 nationale Volksabstimmungen durch.³

Die starke Zunahme direktdemokratischer Mitsprachemöglichkeiten ist nicht zuletzt auf die demokratische Wende in den Staaten Mittel- und Osteuropas in den frühen 1990er-Jahren zurückzuführen. Dort zeigte sich allerdings auch schon bald, dass Referenden zur Stärkung autoritärer Tendenzen missbraucht werden können. Trotzdem wurde (und wird) dem Bedürfnis nach rechtsstaatlicher Einhegung direktdemokratischer Partizipation auf internationaler Ebene kaum Aufmerksamkeit geschenkt. Es gibt nur eine internationale Institution, die sich eingehend mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für die Durchführung

* Prof. Dr. iur., LL.M., Fürsprecher; Professor für Öffentliches Recht mit internationaler und rechtsvergleichender Ausrichtung an der Universität Zürich. Ich danke meinem Mitarbeiter Dr. iur. NILS REIMANN für seine wertvolle Unterstützung bei der Recherche.

¹ Datenbank und Suchmaschine für direkte Demokratie: <www.sudd.ch>.

² Datenbank des Projekts «Popular Sovereignty vs. the Rule of Law? Defining the Limits of Direct Democracy» (LIDD): <<https://lidd-project.org/data/>>.

³ Datenbank und Suchmaschine für direkte Demokratie: <www.sudd.ch>.

von Volksabstimmungen auseinandergesetzt hat: die Venedig-Kommission des Europarats, in der Regina Kiener seit 2013 mit viel Herzblut mitwirkt.

Die Venedig-Kommission warnte schon kurz nach ihrer Gründung vor der Gefahr, dass insbesondere in neuen Demokratien Referenden zur Stärkung der Exekutive und Untergrabung der repräsentativen Institutionen missbraucht werden könnten.⁴ Auch hat sie darauf hingewiesen, dass direktdemokratische Partizipationsmöglichkeiten, wenn sie einmal geschaffen worden sind, selbst bei Missbrauch kaum wieder eingeschränkt werden können. Ihre Einführung müsse deshalb wohlüberlegt erfolgen.⁵ 2022 nahm die Kommission neue Herausforderungen für die Durchführung von Volksabstimmungen – wie die Nutzung sozialer Medien für Abstimmungskampagnen und neuartige Möglichkeiten zur Beeinflussung der Meinungsbildung – zum Anlass, ihr Grundlagendokument in diesem Bereich, den Code of Good Practice on Referendums, bereits 15 Jahre nach seiner Verabschiedung vollständig zu überarbeiten.⁶

Die verschiedenen Bemühungen der Venedig-Kommission, den rechtsstaatlichen Rahmen direktdemokratischer Teilhabe in ihren Mitgliedstaaten zu verbessern, sind in der Wissenschaft fast völlig unbeachtet geblieben. Sie sollen an dieser Stelle kritisch gewürdigt werden.

II. Die Venedig-Kommission und politische Partizipation

Die 1990 gegründete Venedig-Kommission (offiziell: Europäische Kommission für Demokratie durch Recht) ist ein unabhängiges Expertengremium des Europarats, das Staaten zu verfassungsrechtlichen Fragen berät. Zu den 61 Mitgliedern der Venedig-Kommission gehören neben den 46 Mitgliedstaaten des Europarats auch einzelne Staaten in Nord- und Südamerika, Nordafrika, Asien und im Nahen Osten. Ziel der Kommission ist es, die Mitgliedstaaten dabei zu unterstützen, ihre rechtlichen und institutionellen Strukturen in Einklang mit den Grundwerten des Europarats – Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechte – zu bringen. Dazu verfasst sie auf Anfrage des betroffenen Staates oder eines Organs des Europarats Gutachten zu konkreten Rechtsetzungsvorlagen.⁷ Zu Fragen, die mehrere bzw. alle Mitgliedstaaten betreffen, erarbeitet sie allgemeine Berichte und

⁴ Siehe z.B. Venedig-Kommission, Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary, CDL-INF(1996)002, S. 18; Opinion on Parliamentary Assembly Recommendation 1704 (2005), Study No. 341/2005, CDL-AD(2005)028, Ziff. 15 f.

⁵ Venedig-Kommission, Opinion on the Draft Constitution of Ukraine, Opinion No. 462/2008, CDL-AD(2008)015, Ziff. 33.

⁶ Siehe dazu ALIVIZATOS.

⁷ Venedig-Kommission, Resolution RES (2002) 3 adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (Statut), CDL 2002(27), Art. 3(2).

Studien.⁸ Weder die länderspezifischen Gutachten noch die allgemeinen Studien der Kommission sind rechtlich verbindlich. Trotzdem können die darin enthaltenen Empfehlungen durchaus Gestaltungswirkung entfalten.

Die Aktivitäten der Venedig-Kommission haben drei thematische Schwerpunkte: demokratische Institutionen und Menschenrechte; (Verfassungs-)Gerichtbarkeit; politische Partizipation (Wahlen, Referenden und politische Parteien).⁹

Beim letzten Schwerpunkt sticht v.a. die rege und einflussreiche Tätigkeit der Venedig-Kommission im Bereich der *Wahlen* hervor. Neben zahlreichen Ländergutachten und Berichten zu Einzelthemen hat sie 2002 den Code of Good Practice in Electoral Matters verabschiedet, der ihre zentralen Leitlinien für die Durchführung von Wahlen festhält.¹⁰ Wie in ihren Gutachten und Berichten zu Wahlen orientiert sich die Kommission in ihrem Code an Art. 3 ZP 1 EMRK¹¹ (Recht auf freie Wahlen) und an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu dieser Garantie.¹² Damit verhilft sie der EGMR-Rechtsprechung zu einer Wirkung über den Einzelfall hinaus und trägt zur harmonisierten Rezeption des ZP 1 EMRK bei. Der Code hat seinerseits zur Weiterentwicklung der EGMR-Praxis beigetragen: Der Gerichtshof hat ihn in bislang nicht weniger als 44 Urteilen zitiert,¹³ wobei er die Empfehlungen der Venedig-Kommission im Allgemeinen als Mindeststandards behandelt.¹⁴ Indem der EGMR den Code zur Konkretisierung der Konventionsgarantien heranzieht, werden die in ihm festgeschriebenen *Soft Law*-Standards zu *Hard Law*-Standards.¹⁵ Das Resultat dieser Wechselwirkung der Praxis von EGMR und Venedig-Kommission ist eine weitgehende Vereinheitlichung der verbindlichen Vorgaben in gewissen – wenn auch nicht allen – Bereichen des Wahlrechts.¹⁶

Eine ähnliche Entwicklung ist im Bereich der *politischen Parteien* zu beobachten. Die diesbezüglichen Empfehlungen der Venedig-Kommission, insbesondere ihr Code of Good Practice in the Field of Political Parties von 2009¹⁷, konkretisieren ebenfalls in weiten Tei-

⁸ Statut, Art. 3(1).

⁹ Webseite der Venedig-Kommission: <https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities&lang=EN>.

¹⁰ Venedig-Kommission, Code of Good Practice in Electoral Matters, Opinion No. 190/2002, CDL-AD(2002)023rev2-cor.

¹¹ Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952, 213 UNTS 262.

¹² Siehe z.B. Venedig-Kommission, Code of Good Practice in Electoral Matters: Explanatory Report, N 5, 6, 56.

¹³ Eigene Berechnung gestützt auf die Angaben der HUDOC-Datenbank vom 24. Januar 2024.

¹⁴ Siehe z.B. EGMR, *Ekoglasnost v. Bulgarien*, Nr. 30386/05, 6. November 2012, § 69 f.

¹⁵ LÉCUYER, S. 21 f.; ÚBEDA DE TORRES, S. 38.

¹⁶ Siehe FASONE/PICCIRILLI.

¹⁷ Venedig-Kommission, Code of Good Practice in the Field of Political Parties, Study No. 414/2006, CDL-AD(2009)021.

len EMRK-Garantien (insbesondere jene von Art. 11 EMRK¹⁸), sodass sie – indirekt – bindende Wirkung entfalten können.¹⁹ Dies mag erklären, weshalb die Tätigkeiten der Kommission zu Wahlen und politischen Parteien in der Wissenschaft, so auch im Schrifttum von Regina Kiener,²⁰ Beachtung gefunden haben.

Kaum Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen bilden hingegen die von der Venedig-Kommission erarbeiteten Empfehlungen zu *Referenden*.²¹ Hauptgrund dafür dürfte ihre fehlende Rückkoppelung an die EMRK und ihre daraus resultierende beschränkte Wirkkraft sein. Gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR fallen Volksabstimmungen – anders als Wahlen – nicht unter Art. 3 ZP 1 EMRK.²² Die einzige völkerrechtlich verbindliche Vorgabe, die auf Referenden anwendbar ist, bildet damit für europäische Staaten²³ Art. 25 UNO-Pakt II²⁴ (Recht auf politische Partizipation). Der UNO-Menschenrechtsausschuss hat aus dieser Bestimmung allerdings bislang nur sehr rudimentäre Anforderungen für die Durchführung von Referenden abgeleitet.²⁵ Überhaupt ist die Venedig-Kommission die einzige internationale Institution, die in diesem Bereich eingehende normative Standards entwickelt hat. Als solche gebührt diesen – trotz fehlender Verbindlichkeit – Aufmerksamkeit.

III. Länderspezifische Gutachten

Zum ersten Mal äusserte sich die Venedig-Kommission zu Volksabstimmungen – soweit ersichtlich – 1995. Sie tat dies betont kritisch. In einem von der ungarischen Regierung angeforderten Gutachten zu einer geplanten Verfassungsrevision warnte die Kommission vor einem «demagogischen Gebrauch» der Volksrechte. Ihnen müssten enge Grenzen gesetzt

¹⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

¹⁹ Allgemein zur Verwandlung von *Soft Law*-Standards in verbindliche Vorgaben: CHINKIN, S. 31.

²⁰ KIENER.

²¹ Siehe immerhin die kurzen Beiträge von GARRONE und ALIVIZATOS.

²² Siehe etwa EGMR, *Moohan und Gillon v. Vereinigtes Königreich*, Nrn. 22962/15, 23345/15, 13. Juni 2017, § 40–43; *Cumhuriyet Halk Partisi v. Türkei*, Nr. 48818/17, 21. November 2017, § 31–40. Für eine kritische Analyse dieser Rechtsprechung siehe FASEL.

²³ Anders als Art. 3 ZP 1 EMRK deckt Art. 23 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) auch Volksabstimmungen ab.

²⁴ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2.

²⁵ UNO-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 25 (1996), Ziff. 6, 10, 19. Das Gleiche gilt für die Praxis der Institutionen der Organization of American States (OAS) zum ähnlich lautenden Art. 23 AMRK. Siehe OAS, Department of Electoral Cooperation and Observation/Secretariat for Strengthening Democracy, Electoral Good Practices Guide for Strengthening Electoral Processes, 2021, S. 58 f.

werden. So bestehe etwa kein Raum für Referenden, soweit es um Verfassungsrevisionen oder finanzielle Fragen gehe.²⁶

In der Folge befasste sich die Venedig-Kommission in zahlreichen weiteren, hauptsächlich mittel- und osteuropäische Staaten betreffenden Gutachten mit dem Instrument des Referendums.²⁷ Viele dieser Gutachten fokussierten auf konkrete Abstimmungsvorlagen.

So meldete die Venedig-Kommission im Jahr 2000 erhebliche Zweifel an der Verfassungsmässigkeit eines durch Volksinitiative ausgelösten Verfassungsreferendums in der Ukraine an. Einige Abstimmungsfragen verletzen das Klarheitsgebot bzw. die Einheit der Materie, andere seien verfassungswidrig.²⁸ Eine vom belarussischen Präsidenten Lukaschenko angeordnete Volksabstimmung über eine Verfassungsänderung, die ihm eine dritte Amtszeit ermöglichen sollte, verurteilte die Kommission 2004 als «Verletzung europäischer demokratischer Standards».²⁹ Auch als in Aserbaidshan ein in die gleiche Richtung zielender Vorschlag dem Volk vorgelegt wurde, reagierte sie kritisch.³⁰

Für das montenegrinische Unabhängigkeitsreferendum von 2006 empfahl die Venedig-Kommission die Einführung eines Beteiligungsquorums von mehr als 50% oder eines Zustimmungsquorums. Damit lasse sich die – gerade für ein Unabhängigkeitsreferendum zentrale – demokratische Legitimation des Resultats stärken.³¹ 2014 hielt die Kommission fest, das Referendum über den Status der Krim verletze die ukrainische Verfassung. Wie die Verfassungen anderer europäischer Staaten lasse diese keine Sezession zu. Darüber hinaus hätten die Umstände des Urnengangs (Präsenz von Streitkräften, Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit usw.) nicht internationalen Anforderungen genügt.³²

²⁶ Venedig-Kommission, Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary, CDL-INF(1996)002, S. 18 («In a democracy other channels must be used, not those that would be formally allowed by the undue demagogical use of the referendum.»).

²⁷ Für eine nicht abschliessende Zusammenstellung siehe Venedig-Kommission, Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Referendums, CDL-PI(2022)027.

²⁸ Venedig-Kommission, Constitutional referendum in Ukraine – Opinion adopted by the Commission at its 42nd Plenary Session, CDL-INF(2000)011.

²⁹ Venedig-Kommission, Opinion on the Referendum of 17 October 2004 in Belarus, Opinion No. 314/2004, CDL-AD(2004)029, Ziff. 17 («... in direct contradiction with European democratic standards»).

³⁰ Venedig-Kommission, Opinion on the draft amendments to the Constitution of the Republic of Azerbaijan, Opinion No. 518/2008, CDL-AD(2009)010.

³¹ Venedig-Kommission, Opinion on the Compatibility of the Existing Legislation in Montenegro concerning the Organisation of Referendums with Applicable International Standards, Opinion No. 343/2002, CDL-AD(2005)041.

³² Venedig-Kommission, Opinion on «whether the decision taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to organise a referendum on becoming a constituent territory of the Russian Federation or restoring Crimea's 1992 constitution is compatible with constitutional principles», Opinion No. 762/2014, CDL-AD(2014)002.

Auch im Fall des türkischen Verfassungsreferendums von 2017, das während eines Ausnahmezustands abgehalten wurde, erachtete die Kommission den für eine Volksabstimmung notwendigen demokratischen Rahmen als nicht gegeben.³³ Beim 2022 abgehaltenen Referendum über die neue Verfassung Tunesiens kritisierte sie die ungenügende Vorlaufzeit: Zwei Monate vor dem Abstimmungstermin lag weder der Verfassungstext vor, noch waren die Modalitäten und Folgen des Referendums festgelegt worden.³⁴

Auch zu Entwürfen gesetzlicher Grundlagen für Referenden hat sich die Venedig-Kommission wiederholt geäußert. Zu nennen sind etwa die entsprechenden Gutachten betreffend Bulgarien (1996),³⁵ Albanien (1999),³⁶ die Autonome Provinz Trient (2015),³⁷ Armenien (2017),³⁸ Island (2020),³⁹ die Ukraine (2020)⁴⁰ und Serbien (2021).⁴¹ Die Gutachten zur Provinz Trient und zu Serbien wurden von Regina Kiener mitverfasst.

³³ Venedig-Kommission, Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to the submitted to a national referendum on 16 April 2017, Opinion No. 875/2017, CDL-AD(2017)005, Ziff. 31–42, 132–133.

³⁴ Venedig-Kommission, Urgent opinion on the constitutional and legislative framework on the referendum and elections announcements by the President of the Republic, and in particular on the Decree-Law No 22 of 21 April 2022 amending and completing the Organic Law on the Independent High Authority for Elections (ISIE), Opinion No. 1085/2022, CDL-AD(2022)017, Ziff. 26, 38, 43, 50, 56 f., 72.

³⁵ Venedig-Kommission, Opinion on the Bulgarian popular consultation, CDL (96) 4.

³⁶ Venedig-Kommission, Draft Law of the Republic of Albania «On Referenda» – General Considerations on Referendum, Opinion No. 098/1999, CDL (99) 49.

³⁷ Venedig-Kommission, Opinion on the Citizens' bill on the regulation of public participation, citizens' bills, referendums and popular initiatives and amendments to the Provincial Electoral Law of the Autonomous Province of Trento (Italy), Opinion No. 797/2014, CDL-AD(2015)009.

³⁸ Venedig-Kommission und OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Armenia: Joint Opinion on the Draft Law on Referendum, Opinion No. 844/2016, CDL-AD(2017)029.

³⁹ Venedig-Kommission, Opinion on Four Constitutional Draft Bills on the Protection of the Environment, on Natural Resources, on Referendums, and on the President of Iceland, the Government, the Functions of the Executive and Other Institutional Matters, Opinion 997/2020, CDL-AD(2020)020.

⁴⁰ Venedig-Kommission und OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Ukraine: Urgent Joint Opinion on Draft Law 3612 on Democracy Through All-Ukraine Referendum, Opinion No. 990/2020, CDL-AD(2020)024.

⁴¹ Venedig-Kommission, Serbia – Urgent Opinion on the Draft Law on the Referendum and the People's Initiative, Opinion No. 1052/2021, CDL-AD(2021)033.

IV. Standardsetzung

Schon bald begann die Venedig-Kommission, ihre im Rahmen von Gutachten gewonnenen Einsichten zu Referenden in allgemeine Richtlinien zu giessen. Den Beginn der Standardsetzung in diesem Bereich markieren die 2001 verabschiedeten *Guidelines for Constitutional Referendums at National Level*, die bereits einige Kernelemente des *Code of Good Practice on Referendums* (2007) vorwegnahmen.⁴² 2005 begrüsst die Parlamentarische Versammlung des Europarats den zunehmenden Gebrauch des Instruments des Referendums in den Mitgliedstaaten und rief zur Förderung bewährter Praktiken zu Volksabstimmungen auf.⁴³ Die Venedig-Kommission reagierte darauf mit einem Gutachten, in dem sie die Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung als «einseitig» einstufte und darauf hinwies, dass Referenden auch negative Folgen zeitigen könnten.⁴⁴ Zudem produzierte sie eine eingehende Analyse der rechtlichen Regulierung von Volksabstimmungen in den Staaten des Europarats.⁴⁵

Gestützt auf diese Vorarbeiten verfassten drei Mitglieder der Venedig-Kommission, unter ihnen der Schweizer Giorgio Malinverni, einen Entwurf für Leitlinien für die Durchführung von Referenden. Der Rat für demokratische Wahlen und die Kommission verabschiedeten die Leitlinien zusammen mit einem erläuternden Bericht im Dezember 2006 bzw. März 2007 als *Code of Good Practice on Referendums*.⁴⁶

2010 verabschiedete die Kommission einen breit rezipierten Bericht zum Verfahren der Verfassungsänderung, in der sie sich auch zur Rolle des Verfassungsreferendums äusserte. Sie rief in Erinnerung, dass sie in den vergangenen 15 Jahren wiederholt mit Verfassungsreferenden in Ländern Mittel- und Osteuropas – u.a. die oben erwähnten in der Ukraine, Belarus und Aserbaidschan – konfrontiert gewesen sei, die primär darauf abgezielt hätten, die Stellung des Parlaments zu schwächen. Diese Fälle seien Beleg dafür, dass insbesondere in neuen Demokratien Verfassungsreferenden in Plebiszite über die Führung des Landes verwandelt und zur Stärkung autoritärer Tendenzen missbraucht werden könnten.⁴⁷ Volksabstimmungen über Verfassungsänderungen sollten deshalb nur zum Einsatz kommen,

⁴² Venedig-Kommission, *Guidelines for Constitutional Referendums at National Level*, CDL-INF (2001)10.

⁴³ Parlamentarische Versammlung des Europarats, *Recommendation 1704* (2005).

⁴⁴ Venedig-Kommission, *Opinion on Parliamentary Assembly Recommendation 1704* (2005), Study No. 341/2005, CDL-AD(2005)028, Ziff. 6 («It must however be underlined that the Recommendation is formulated in a somewhat one-sided way. It draws the attention to the advantages of referendums only, without even paying lip service to the possible side effects.»).

⁴⁵ Venedig-Kommission, *Referendums in Europe – An Analysis of the Legal Rules in European States*, Study No. 287/2004, CDL-AD (2005)034.

⁴⁶ Venedig-Kommission, *Code of Good Practice on Referendums*, Study No. 371/2006, CDL-AD(2007)008rev-cor.

⁴⁷ Venedig-Kommission, *Report on Constitutional Amendment*, Study No. 469/2008, CDL-AD(2010)001, Ziff. 190 f.

soweit sie vorweg festgelegten Regeln folgten und nicht der Umgehung des Parlaments oder der Untergrabung demokratischer Grundsätze bzw. der Menschenrechte dienten.⁴⁸

Vor diesem Hintergrund stiess die Venedig-Kommission 2016 eine Überarbeitung des Code of Good Practice on Referendums an mit dem Ziel, Missbräuche zu verhindern.⁴⁹ Die Parlamentarische Versammlung des Europarats begrüsst die Revisionsbemühungen der Kommission ausdrücklich.⁵⁰ Gestützt auf einen Fragebogen produzierte die Kommission 2018 eine eingehende Bestandesaufnahme des Instruments des Referendums auf nationaler Ebene.⁵¹ Sechs Mitglieder der Kommission, unter ihnen Regina Kiener und ihr schon lange in der Schweiz lebender Kollege Francesco Maiani, entwarfen in der Folge den Revised Code of Good Practice on Referendums. Dieser wurde 2022 vom Rat für demokratische Wahlen und vom Plenum der Venedig-Kommission verabschiedet.⁵²

V. Der Code of Good Practice on Referendums

Wie der Code von 2007 setzt sich der revidierte Code aus einer Einleitung, den eigentlichen Leitlinien und einem Explanatory Memorandum (einer Art Kommentierung) zusammen.

In der *Einleitung* wiederholt die Venedig-Kommission ihre in zahlreichen Gutachten gemachte Feststellung, dass sie keine Stellung dazu beziehe, ob und unter welchen Umständen Volksabstimmungen wünschenswert sind. Soweit Referenden zum Einsatz kämen, brauche es allerdings gewisse Garantien, damit sie demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen genügen.⁵³ Die im Code festgelegten Leitlinien gälten für Referenden auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene und unabhängig davon, ob diese verbindlich seien oder nicht.⁵⁴

Die Leitlinien des Code of Good Practice on Referendums beginnen mit einer Auflistung der «*Principles of Europe's electoral heritage*». Dafür wurden die Anforderungen des Code of Good Practice in Electoral Matters übernommen, die sich aus dessen ersten vier Wahlrechtprinzipien ergeben (Wahlen müssen allgemein, gleich, frei und geheim sein) und an den für Referenden spezifischen Kontext angepasst. Soweit es um die Grundsätze allgemeiner,

⁴⁸ Report on Constitutional Amendment, Ziff. 242.

⁴⁹ Venedig-Kommission, Draft compilation of Venice Commission opinions and reports concerning referendums, CDL(2017)002, S. 3.

⁵⁰ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 2251 (2019).

⁵¹ Venedig-Kommission, Study on referendums – Replies to the questionnaire, Study No. 887/2017, CDL(2018)042.

⁵² Venedig-Kommission, Revised Code of Good Practice on Referendums, Opinion No. 887/2017, CDL-AD(2022)015.

⁵³ Revised Code of Good Practice on Referendums, N 8.

⁵⁴ Revised Code of Good Practice on Referendums, N 11, 14.

gleicher und geheimer Wahlen bzw. Abstimmungen geht, sind die Vorgaben der beiden Codes fast identisch. Einzig in Bezug auf das Erfordernis der Wahl- bzw. Abstimmungsfreiheit wurden grössere Modifikationen als nötig erachtet. Der entsprechende Abschnitt wurde um ein Verbot der staatlichen Finanzierung von Abstimmungskampagnen, Vorschriften zur behördlichen Information der Stimmberechtigten und Vorgaben zur Formulierung der Abstimmungsfrage erweitert. Die Frage muss klar, verständlich, nicht irreführend und neutral formuliert sein; den Stimmberechtigten müssen die Folgen des Referendums klar sein; sie müssen in der Lage sein, die Frage mit ja, nein oder Enthaltung zu beantworten.⁵⁵

Auch der zweite Teil orientiert sich an jenem des Code of Good Practice in Electoral Matters und trägt den gleichen Titel: «*Conditions for implementing these principles*». Damit Referenden wahrhaft demokratisch sind, braucht es gemäss Code – wie bei Wahlen – gewisse Rahmenbedingungen. So müssen die Grundrechte, insbesondere die Meinungs-, Bewegungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, gewahrt sein.⁵⁶ Es bedarf einer rechtlichen Regulierung von Referenden mindestens auf Gesetzesstufe, die nicht kurzfristig geändert werden kann.⁵⁷ Die Volksabstimmung muss von einer unparteiischen Behörde organisiert werden, die u.a. dazu ermächtigt sein muss, die Gültigkeit der Vorlage zu überprüfen und die Abstimmungsfrage zu genehmigen.⁵⁸ Schliesslich muss die Abstimmung durch nationale und internationale Experten beobachtet werden können und bei einer unabhängigen und unparteiischen Rechtsmittelinstanz anfechtbar sein.⁵⁹ Eine Erweiterung des Katalogs der Rahmenbedingungen des Code of Good Practice in Electoral Matters stellt das Erfordernis der Rechtsstaatlichkeit dar: Volksabstimmungen sind nur zulässig, wenn sie vom entsprechenden Verfassungssystem vorgesehen sind.⁶⁰

Der dritte Teil des Code of Good Practice on Referendums enthält jene Regeln, die sich nicht *mutatis mutandis* aus den Grundsätzen guter Wahlpraxis ergeben. Zu diesen «*Specific rules*» gehört zunächst einmal, dass der dem Stimmvolk unterbreitete Vorschlag nicht übergeordnetes Recht, Völkerrecht oder die Grundsätze des Europarats (Demokratie, Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit) verletzen darf⁶¹ und die Einheit der Form sowie die Einheit der Materie wahren muss.⁶² Sodann macht der Code Vorgaben zur Zulässigkeit eines zweiten Referendums zur gleichen Frage⁶³ und zu den Abstimmungsmodalitäten (insbesondere zum Vorgehen, wenn mehr als zwei Alternativen zur Wahl gestellt werden).⁶⁴ Dem Parlament

⁵⁵ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. I.3.

⁵⁶ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.2.

⁵⁷ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.3.

⁵⁸ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.4.1.

⁵⁹ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.4.2 f.

⁶⁰ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.1.

⁶¹ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.1.

⁶² Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.2.

⁶³ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.4.

⁶⁴ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.5.

muss die Möglichkeit eingeräumt werden, eine Abstimmungsempfehlung abzugeben oder einen Gegenvorschlag zu machen.⁶⁵ Von Beteiligungs- und Zustimmungsquoren rät die Venedig-Kommission im Code – anders als noch im Fall des montenegrinischen Unabhängigkeitsreferendums von 2006 – ab, schliesst aber ein Zustimmungsquorum für Fragen von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung nicht absolut aus.⁶⁶ Ferner verlangt der Code eine Minimalfrist von vier Wochen zwischen der Publikation der Abstimmungsvorlage und dem Abstimmungstermin⁶⁷ und eine klare gesetzliche Regelung der Folgen von Referenden.⁶⁸ Schliesslich statuiert der Code eine Reihe von spezifischen Vorgaben für Volksinitiativen. So muss etwa allen Stimmberechtigten das Recht eingeräumt werden, Initiativen zu unterschreiben und für sie Unterschriften zu sammeln. Falls eine finanzielle Entschädigung für die Unterschriftensammlung erlaubt wird (wovon der Code abrät), muss ein Höchstbetrag festgelegt werden.⁶⁹

VI. Umsetzung

Der Code of Good Practice on Referendums ist innerhalb des Europarats breit legitimiert, ist er doch vom Ministerkomitee und vom Kongress der Gemeinden und Regionen Europas gutgeheissen worden.⁷⁰ Auch haben verschiedene Höchstgerichte in Europa, so etwa das irische und das rumänische, auf ihn Bezug genommen.⁷¹

Anders als die von der Venedig-Kommission zu Wahlen entwickelten Leitlinien können jene zu Referenden jedoch aus den in Abschnitt II. erläuterten Gründen nicht in die Rechtsprechung des EGMR einfließen und damit indirekt Verbindlichkeit erlangen. Der Gerichtshof hat den Code bislang bloss zweimal beiläufig erwähnt,⁷² und auch in der Praxis des UNO-Menschenrechtsausschusses ist er bedeutungslos geblieben. Der irische Supreme Court hat folgerichtig klar gemacht, dass er – auch wenn die Venedig-Kommission eine

⁶⁵ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.6.

⁶⁶ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.7.

⁶⁷ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.9.

⁶⁸ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.8.

⁶⁹ Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.3.

⁷⁰ Revised Code of Good Practice on Referendums.

⁷¹ Supreme Court of Ireland, *McCrystal v. The Minister for Children and Youth Affairs & others*, [2012] IESC 53; *Referendum Act & re: Jordan and Jordan v. Minister for Children and Youth Affairs & others*, [2015] IESC 33. Zur Rechtsprechung des rumänischen Verfassungsgerichts siehe SAFTA, S. 75.

⁷² EGMR, *Moohan und Gillon v. Vereinigtes Königreich*, Nrn. 22962/15, 23345/15, 13. Juni 2017, § 27; *Magyar Kétfarkú Kutyá Párt v. Ungarn*, Nr. 201/17, 20. Januar 2020, § 47.

hoch angesehene internationale Institution sei – in keiner Art und Weise an die Vorgaben ihres Codes gebunden sei.⁷³

Es verwundert deshalb nicht, dass die Empfehlungen der Venedig-Kommission zur Durchführung von Referenden die nationale Gesetzgebung und Praxis kaum beeinflusst haben. Das zeigt sich etwa am Beispiel der Zulässigkeitsvoraussetzungen für Volksabstimmungen.

Besonders augenfällig ist die fehlende Umsetzung der Vorgaben des Codes zu den *materiellen Schranken*. Gemäss Code dürfen dem Volk unterbreitete Vorschläge nicht übergeordnetes Recht, Völkerrecht oder die Grundsätze des Europarats (Demokratie, Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit) verletzen. Soweit es um von Behörden ausgelöste Volksabstimmungen geht, kennt jedoch nur eine kleine Minderheit der Europaratsstaaten eine solche Schranke.⁷⁴ So müssen etwa in Bulgarien, Frankreich, Polen und Rumänien von der Exekutive angeordnete Referenden weder mit der Verfassung noch mit Völkerrecht oder den Menschenrechten vereinbar sein. Deutlich verbreiteter sind materielle Schranken für durch Stimmbürgerinnen und Stimmbürger initiierte Abstimmungen. Doch auch für solche Vorlagen sehen z.B. Bulgarien und die Schweiz keine dem Code entsprechende Schranke vor; in Kroatien müssen sie immerhin verfassungsmässig sein.

Gewisse *formelle Schranken* existieren in den meisten europäischen Ländern. 16 der 20 Europaratsstaaten, welche die Volksinitiative kennen, sehen für dieses Instrument das vom Code empfohlene Erfordernis der Klarheit der Abstimmungsvorlage vor, immerhin neun jenes der Einheit der Materie, bloss fünf jenes der Einheit der Form. Auch in dieser Hinsicht ist die Diskrepanz zwischen Vorgaben des Codes und nationalen Vorschriften (noch) grösser, soweit es um von Behörden ausgelöste Referenden geht. Von den 30 Staaten, in denen die Legislative eine Volksabstimmung anordnen kann, schreiben nur 12 eine klare Abstimmungsfrage und bloss fünf die Einheit der Materie vor. Bei von der Exekutive ausgelösten Referenden sind es zehn bzw. drei von 20.

Schlecht bestellt ist es auch um die Umsetzung der von der Venedig-Kommission entwickelten Standards zum *Verfahren*, in dem die Einhaltung dieser Schranken zu überprüfen ist. In vielen Staaten wird die Gültigkeit von Abstimmungsvorlagen nicht, wie vom Code verlangt, von einer unparteiischen Behörde geprüft. Bloss in sechs der 20 europäischen Staaten, in denen die Volksinitiative existiert, entscheidet ein Gericht über die Einhaltung der materiellen Schranken; in neun Staaten ist das Parlament dafür zuständig, in zwei die Staatspräsidentin. Die formellen Schranken werden – falls überhaupt – gar einzig in San Marino durch ein Gericht überprüft, in immerhin sieben Staaten durch die nationale Wahlkommission. Noch bedenklicher sind die entsprechenden Zahlen für die insgesamt 50 Instrumente, mit denen die Legislative oder die Exekutive eine Volksabstimmung auslösen

⁷³ *Referendum Act & re: Jordan and Jordan v. Minister for Children and Youth Affairs & others*, [2015] IESC 33, § 147.

⁷⁴ Die folgenden Angaben stützen sich auf die Datenbank des Projekts «Popular Sovereignty vs. the Rule of Law? Defining the Limits of Direct Democracy» (LIDD): <<https://lidd-project.org/data/>>.

kann: Nur für sieben bzw. drei dieser Instrumente ist eine gerichtliche Überprüfung der materiellen bzw. formellen Schranken vorgesehen. Schliesslich befolgt auch bloss eine Minderheit der Staaten die Vorgabe der Venedig-Kommission, dass der Entscheid über die Zulässigkeit von Abstimmungsvorlagen bei einer unabhängigen und unparteiischen Rechtsmittelinstanz anfechtbar sein muss. Gerade in den zahlreichen Staaten, in denen eine politische Behörde wie das Parlament oder die Regierung über diese rechtliche Frage entscheidet, wäre die Möglichkeit einer gerichtlichen Anfechtung von zentraler Bedeutung.

Insgesamt ergibt sich folgendes Bild: Zwar legen immer mehr europäische Staaten immer mehr – und, weil sie die Folge von Globalisierungstendenzen sind, immer mehr ähnliche – Fragen dem Volk zum Entscheid vor. Was die Form der Durchführung dieser Abstimmungen anbelangt, zeichnet sich hingegen bislang keine Vereinheitlichung ab. Die Venedig-Kommission ist die einzige internationale Institution, die in dieser Hinsicht eingehende Standards entwickelt hat. Aufgrund ihrer fehlenden Rückkoppelung an die EMRK haben diese aber kaum Wirkung entfalten können. Es wird spannend zu beobachten sein, ob sich bei anhaltendem Aufstieg der direkten Demokratie doch noch eine Harmonisierung in diesem Bereich ergeben wird. Dies könnte z.B. dann der Fall sein, wenn sich der EGMR – wie von einigen Autoren gefordert⁷⁵ – dazu durchringen sollte, Art. 3 ZP 1 EMRK auf (bestimmte) Referenden anzuwenden.

VII. Literaturverzeichnis

- ALIVIZATOS NICOS C., Revision of the Code of Good Practice on Referendums, in: Moeckli Daniel/Forgács Anna/Ibi Henri (Hrsg.), *The Legal Limits of Direct Democracy*, Cheltenham 2021, S. 19 ff.
- CHINKIN CHRISTINE, Normative Development in the International Legal System, in: Shelton Dinah (Hrsg.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford 2000, S. 21 ff.
- DE MEYER JAN, Electoral Rights, in: Macdonald Ronald/Matscher F./Petzold H. (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, S. 553 ff.
- FASEL RAFFAEL N., Recalls, Referendums, and the Right to Free Elections: Is the ECHR Ready for Direct Democracy?, *European Human Rights Law Review*, 2023(3), S. 243 ff.
- FASONE CRISTINA/PICCIRILLI GIOVANNI, Towards a *Ius Commune* on Elections in Europe? The Role of the Code of Good Practice in Electoral Matters in «Harmonizing» Electoral Rights, *Election Law Journal* 2017, S. 247 ff.
- GARRONE PIERRE, The Code of Good Practice on Referendums, in: Moeckli Daniel/Forgács Anna/Ibi Henri (Hrsg.), *The Legal Limits of Direct Democracy*, Cheltenham 2021, S. 11 ff.
- KIENER REGINA, Europäische Mindeststandards zum Parlamentswahlrecht im Soft Law der Venedig-Kommission, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), *Das Parlamentswahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie*, Zürich/St. Gallen 2020, S. 3 ff.

⁷⁵ So bereits DE MEYER, S. 556; jüngst: FASEL.

LÉCUYER YANNICK, *The Right to Free Elections*, Strasbourg 2014

SAFTA MARIETA, *The Role of the Venice Commission in Shaping European Constitutionalism, Perspectives of Law and Public Administration* 2022, S. 71 ff.

ÚBEDA DE TORRES AMAYA, *Between Soft and Hard Law Standards: The Contribution of the Venice Commission in the Electoral Field*, in: Hardman Helen/Dickson Brice (Hrsg.), *Electoral Rights in Europe: Advances and Challenges*, Abingdon 2017, S. 30 ff.

Das St. Galler Veto

Vorläufer des fakultativen Referendums heutiger Prägung

*Arthur Brunner**

Inhaltsverzeichnis

I.	Der Kampf um direktdemokratische Mitwirkungsrechte in den Kantonen	275
II.	Das Veto in der St. Galler Kantonsverfassung von 1831	277
A.	Der Kampf um eine direkte Beteiligung des Volkes an der Verfassungs- und Gesetzgebung im Kanton St. Gallen	277
B.	Normative Ausgestaltung des Vetorechts in der St. Galler Verfassung von 1831	283
C.	Das St. Galler Veto in der politischen Praxis: Aufruhr und Vetostürme	287
D.	Ursprünge des St. Galler Vetos	288
III.	Vom St. Galler Veto zum fakultativen Gesetzesreferendum	291
IV.	Schluss	292
V.	Literaturverzeichnis	294

I. Der Kampf um direktdemokratische Mitwirkungsrechte in den Kantonen

Die moderne (halb-)direkte Demokratie in der Schweiz ist ein Produkt harter Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen politischen Lagern und unterschiedlichen politischen Kulturen.¹ Anknüpfend an die Französische Revolution hatte anfangs des 19. Jahrhunderts der Begriff der Volkssouveränität in die politische Debatte Eingang gefunden; unter Volkssouveränität sei das Recht des Volkes zu verstehen, «sich allseitig frei bilden und gestalten zu können»².

* Dr. iur., RA. Vizepräsident des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen und nebenamtlicher Bundesrichter.

¹ Vgl. WICKLI, Durchbruch, S. 209.

² Vgl. HENNE, S. 34, Votum des Verfassungsrates Helbling in den Verhandlungen des Verfassungsrates des Kantons St. Gallen im Jahr 1831. Henne – selbst auch Verfassungsrat – dokumentierte in seiner Schrift die Verhandlungen des Verfassungsrats aus seiner subjektiven Sicht. Die Voten werden kaum wortgetreu wiedergegeben. Dies zeigt sich etwa daran, dass seine eigenen Äusserungen jeweils weit umfangreicher dargestellt werden als die Voten anderer Verfassungsräte. Dennoch zeigt das Buch anschaulich die Argumente der verschiedenen Seiten; zu diesem Zweck wird es auch hier verwendet.

Dass das Volk als Souverän angesehen werden müsse, war in den kantonalen Verfassungsrevisionen der Regenerationszeit nicht (mehr) umstritten. Eine andere, höchst umstrittene Frage war jedoch: Wie soll Volkssouveränität umgesetzt werden? Die Vertreter der reinen (direkten) Demokratie forderten, dass das Volk die Volkssouveränität selbst ausüben solle; als Ideal sahen sie die Versammlungsdemokratien kleinerer Kantone an.³ Die Verfechter der repräsentativen Demokratie verlangten hingegen, die Volkssouveränität auf gewählte Vertreter des Volkes zu übertragen, auch um ihren Missbrauch ausschliessen zu können.⁴ Liberale, Radikale, frühe Demokraten und Konservative – die wichtigsten politischen Akteure der Regenerationszeit⁵ – vertraten diesbezüglich sehr verschiedene Ansätze. Die Positionen wurden im Zuge der Verfassungsrevisionen der Regenerationszeit überaus engagiert vertreten, weshalb mitunter von einem «Verfassungskampf» die Rede ist.⁶

Im vorliegenden Beitrag wird primär auf die Kontroverse im Kanton St. Gallen eingegangen (zu welchem der Autor als St. Galler Verwaltungsrichter ein besonders nahes Verhältnis hat). Im Auge zu behalten ist freilich, dass in den anderen Kantonen sehr ähnliche Diskussionen geführt worden sind. Zunächst wird deshalb die Entwicklung der politischen Rechte im Kanton St. Gallen zwischen der Gründung des Kantons im Jahr 1803 und der Einführung des Vetos in der Kantonsverfassung von 1831 skizziert (dazu II.A). Sodann wird die normative Ausgestaltung des St. Galler Vetos (dazu II.B) thematisiert, wobei die Wirkung der Institution in der politischen Praxis (dazu II.C) damit in engem Zusammenhang steht. Eine auch mit Blick auf die Entwicklung der direktdemokratischen Institutionen in den anderen Kantonen und auf Bundesebene interessante Frage ist diejenige nach der Legitimation des St. Galler Vetos (dazu II.D); dieses stellte nämlich einen Zwischenschritt auf dem Weg zum fakultativen Referendum heutiger Prägung dar (dazu III.). Den Schluss bilden einige zusammenfassende Ausführungen zur Bedeutung des St. Galler Vetos für die St. Galler Staatspraxis einerseits und die Entwicklung der direktdemokratischen Instrumente auf Kantons- wie auf Bundesebene andererseits (dazu IV.).

Mit dem Versuch, die Ursprünge und Ausgestaltung des St. Galler Vetos nachzuzeichnen und dessen Einfluss auf das fakultative Referendum heutiger Prägung zu reflektieren, knüpfe ich an die lebhaften und ausgesprochen bereichernden Diskussionen an, die ich mit Regina Kiener in den vergangenen Jahren zu den manchmal unübersichtlichen rechtlichen oder politischen Entwicklungen unserer Zeit führen durfte. Mich faszinierte dabei immer wieder ihre Fähigkeit, in (historisch) grösseren Zusammenhängen zu denken und in der manchmal vorherrschenden Unordnung Entwicklungslinien auszumachen; nicht immer waren wir uns

³ Vgl. HENNE, S. 46, Votum Diogg, der äusserte: «Alles Delegieren ist ein Abfall.»

⁴ Vgl. HENNE, S. 54, Votum Wartmann.

⁵ Vgl. KLEY, Verfassungsgeschichte, S. 231 ff. mit einer Übersicht über die verschiedenen politischen Kräfte der Regenerationszeit.

⁶ Vgl. für eine überaus anschauliche Darstellung der Debatte im Kanton Zürich LUKAS LEUZINGER, Der Tag, an dem Zürich sich für eine «wahrhaft demokratische Verfassung» entscheidet, NZZ vom 17. April 2019.

in unseren Analysen enig, sehr wohl jedoch in der Grundhaltung, dass beständiger Fortschritt evolutiv (und nur sehr selten disruptiv) entsteht; das St. Galler Veto ist ein gutes Anschauungsbeispiel hierfür.

II. Das Veto in der St. Galler Kantonsverfassung von 1831

A. Der Kampf um eine direkte Beteiligung des Volkes an der Verfassungs- und Gesetzgebung im Kanton St. Gallen

Der Kanton St. Gallen entstand 1803 auf Initiative des helvetischen Abgeordneten Karl Müller-Friedberg und vereinigte die helvetischen Kantone Linth und Säntis unter Ausschluss der wiederhergestellten Kantone Glarus und Appenzell. Der neugeschaffene Kanton verband wirtschaftlich unterentwickelte Gebiete wie das Toggenburg mit prosperierenden Gebieten wie der Stadt St. Gallen. Neben konfessionellen Gegensätzen bestand ein ökonomisches Ungleichgewicht, welches auch politische Relevanz aufwies, weil die St. Galler Verfassung von 1803 ein Zensuswahlrecht vorsah. Dieses liess als Stimmberechtigte nur männliche Schweizer über zwanzig (sofern verheiratet) resp. dreissig Jahre zu und verlangte überdies das Eigentum an einer Liegenschaft im Wert von mindestens 200 Schweizer Franken.⁷ Politische Mitwirkungsrechte des Volkes über die periodischen Wahlen des Grossen Rates hinaus gab es kaum. Überhaupt war die Kantonsverfassung von 1803 von einem elitären Demokratieverständnis geprägt, welchem der Gedanke zugrunde lag, das Volk müsse für die Demokratie erst reifen.⁸ Der streng-repräsentative Gedanke setzte sich auch im Rahmen der Verfassungsrevision von 1814 fort. Der junge Kanton sah sich deshalb in verschiedenen Kantonsteilen mit teils gewalttätigen⁹ Unruhen konfrontiert.¹⁰ Das Sarganserland konnte im Oktober 1814 nur mit einer militärischen Intervention eidgenössischer Truppen daran gehindert werden, sich dem Kanton Glarus anzuschliessen.¹¹

Insbesondere in den wirtschaftlich schwächeren Regionen des Rheintals und des Toggenburgs hatte sich im Zuge der Unruhen eine demokratische Bewegung etabliert, welche eine direkte Beteiligung des Volkes an der Verfassungs- und Gesetzgebung verlangte.¹² Die poli-

⁷ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 47, wonach letztere Voraussetzung mehr als die Hälfte der männlichen Bürger vom aktiven Wahlrecht ausgeschlossen habe.

⁸ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 46.

⁹ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 61.

¹⁰ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 54 ff.

¹¹ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 64 f.

¹² Der Geist dieser demokratischen Bewegung wirkte auch auf die vorliegend interessierende Einführung direktdemokratischer Mitwirkungsrechte in der St. Galler Kantonsverfassung von 1831

tischen Eliten befürchteten allerdings aufgrund der instabilen politischen Lage, dass direkte Mitwirkungsrechte des Volkes den Bestand des Kantons gefährden könnten.¹³ Solche Vorbehalte manifestierten sich in der St. Galler Verfassung von 1814. Diese sah nur indirekte Wahlen vor, wobei die Exekutive – der Kleine Rat – mit grossen Machtbefugnissen ausgestattet wurde.¹⁴

Um 1830 wurden die Rufe nach einer erneuten Verfassungsrevision – nicht nur im Kanton St. Gallen¹⁵ – immer lauter. Sowohl die liberale Bewegung um ihre Führungsfigur Baumgartner¹⁶, als auch demokratische Kräfte verlangten die Umgestaltung der politischen Ordnung. Die Bewegung um Baumgartner hatte mit dem Kanton Tessin ein Vorbild: Schon 1830 war dort mit der «Riforma» eine liberale Verfassung in Kraft gesetzt worden.¹⁷

Die Regierung des Kantons St. Gallen beugte sich dem Druck der «breiten Erneuerungs-koalition»¹⁸ und berief auf den 8. November 1830 eine ausserordentliche Sitzung des Grossen Rates ein.¹⁹ Dieser beschloss, dass die Revision der Verfassung an die Hand zu nehmen sei, und gestand ein, dass die Verfassung von 1814 mangels Sanktionierung durch das Volk eigentlich ungültig war – an sich die Anerkennung des Prinzips der Volkssouveränität. Nichtsdestotrotz setzte der Grosse Rat zunächst eine vornehmlich aus höheren Beamten zusammengesetzte Revisionskommission ein.²⁰ Sowohl Demokraten als auch Liberale forderten die Auflösung der Revisionskommission und die Wahl eines Verfassungsrates durch das Volk. Diese Forderung wurde unterstrichen durch verschiedene, oft «stürmische» Volksversammlungen, welche vor allem von populären Wirten organisiert wurden.²¹

ein; vgl. dazu WICKLI, Demokratie, S. 68.

¹³ Vgl. WICKLI, Durchbruch, S. 204.

¹⁴ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 50; WICKLI, Durchbruch, S. 204.

¹⁵ Vgl. ERB, S. 76 ff.; RÖHL, S. 14 ff., S. 24.

¹⁶ *Gallus Jakob Baumgartner* (1797–1869), von Altstätten. Juristische Studien, später Tätigkeiten als Staatsarchivar und Kanzleibeamter. 1825–1869 Mitglied des Grossen Rates des Kantons St. Gallen. 1831 Wahl in die Kantonsregierung. Für weitere Angaben vgl. RÖHL, S. 15, Fn. 35; WICKLI, Demokratie, S. 68, Fn. 172.

¹⁷ Vgl. RÖHL, S. 40. Das Volk hatte dort die Verfassung nach Ausarbeitung durch den Grossen Rat sanktioniert.

¹⁸ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 245 f.

¹⁹ Auch die Julirevolution 1830 könnte in diesem Zusammenhang als «Kristallisationspunkt der liberalen Bewegung in Europa» (vgl. KLEY, Verfassungsgeschichte, S. 231) eine Rolle gespielt haben: Die grossen Monarchien waren zu der Zeit mit sich selbst beschäftigt und konnten deshalb nicht intervenieren. Dazu auch WICKLI, Durchbruch, S. 204.

²⁰ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 69 f.

²¹ Vgl. RÖHL, S. 32; WICKLI, Durchbruch, S. 207. Zu diesen Wirten gehörte insb. auch *Joseph Eichmüller* (1785–1854), auch «Naglers Sepp» genannt, welcher in Altstätten wirtete und bereits 1814/15 eine tragende Rolle in der demokratischen Bewegung einnahm. Eichmüller war 1831 Verfassungsrat. Vgl. dazu WICKLI, Demokratie, S. 55 f. Für weitere Angaben zur Person *Joseph Eichmüllers* vgl. RÖHL, S. 45, Fn. 42.

In seiner Sitzung vom 14. Dezember 1830 lenkte der Grosse Rat ein und beschloss, für die Ausarbeitung einer neuen Verfassung einen Verfassungsrat durch das Volk wählen zu lassen, obwohl die St. Galler Verfassung von 1814 bezüglich einer Verfassungsrevision keine Vorschriften kannte.²² Bemerkenswert ist, dass der bis dahin «omnipräsente Wahlzensus» für die Wahlen des Verfassungsrats übergangen wurde. Dieses im Widerspruch zur formell immer noch geltenden Verfassung von 1814 stehende Vorgehen des Grossen Rates ist als revolutionärer, nur naturrechtlich begründbarer Akt anzusehen.²³ Dass sich der Grosse Rat zu diesem Vorgehen durchrang, ist aber wohl weniger auf ein neu aufgekommenes Verständnis für das naturrechtliche Postulat des allgemeinen Wahlrechts²⁴ zurückzuführen.²⁵ Besieht man den von verschiedenen Seiten kommenden Druck auf die politischen Organe, ist das Nachgeben vielmehr als «Akt der politischen Vernunft»²⁶ aufzufassen.

Am 21. Dezember 1830 wurde der Verfassungsrat ohne grössere Probleme gewählt. Im Verfassungsrat standen sich im Wesentlichen Vertreter liberaler Ideen und Abgeordnete demokratischen Gedankenguts gegenüber. Zentrale Postulate der Liberalen waren der Schutz der persönlichen Freiheit durch Menschenrechte sowie die Machtbeschränkung des Staates durch Konstitutionalität, Gewaltenteilung und Rechtsstaatlichkeit.²⁷ Unter dem Titel der Rechtsstaatlichkeit forderten sie auch die Realisierung des Prinzips der Transparenz des politischen Handelns; die Demokraten schlossen sich dieser Forderung an.²⁸ In Bezug auf die politische Beteiligung des Volkes vertraten die Liberalen im Gegensatz zu den Demokraten aber die Meinung, dass sich diese auf die Volkswahl eines repräsentativen Parlaments zu beschränken habe. Das Volk sei zwar als «pouvoir constituant» anzusehen, Volkssouveränität sei aber in reine Repräsentation umzusetzen.²⁹ Zentrales Anliegen der demokratischen Bewegung waren unmittelbare politische Partizipationsmöglichkeiten des Volkes über das obligatorische Verfassungsreferendum hinaus, wobei letzteres selbst bei den Liberalen als zwingender Ausdruck von Volkssouveränität praktisch unumstritten

²² Vgl. RÖHL, S. 39 f.; WICKLI, Demokratie, S. 72.

²³ Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 220; RÖHL, S. 24; WICKLI, S. 73.

²⁴ Wobei hier festgehalten werden muss, dass der Begriff des «allgemeinen Wahlrechts» nicht im heutigen Sinne zu verstehen ist: Frauen und ein beträchtlicher Teil der Männer waren immer noch von der Betätigung ihres politischen Willens ausgeschlossen.

²⁵ Vgl. zum Einfluss naturrechtlicher Vorstellungen im hier interessierenden Kontext GIACOMETTI, S. 551 f.

²⁶ Vgl. RÖHL, S. 41.

²⁷ Vgl. KLEY, Verfassungsgeschichte, S. 231 f.

²⁸ Vgl. WICKLI, Demokratie, S. 69. Aus diesem Motiv heraus veröffentlichte der damalige Staatsschreiber Baumgartner 1829 anonym die Verhandlungen des Grossen Rates.

²⁹ Vgl. KÖLZ, Veto, S. 193 ff.; diese Haltung war darauf zurückzuführen, dass Demagogie und Pöbelherrschaft während der Französischen Revolution auch die direkte Demokratie gründlich diskreditiert hatten. Dazu THOMAS MAISSEN, Das Volk hat nicht immer Recht, NZZ vom 23. Oktober 2012.

war.³⁰ Der zentrale Streitpunkt zwischen Liberalen und Demokraten war deshalb nicht, *ob* Volkssouveränität als zentraler Grundsatz der neu zu errichtenden Verfassung aufzufassen sei, sondern vielmehr, *wie* die Volkssouveränität umzusetzen sei.³¹

Dabei ist zu beachten, dass die «demokratische Bewegung» keine homogene war. Es fanden sich einerseits konservative Kräfte darunter, die hofften, mit der negativen Kraft eines Gesetzesreferendums «Fortschrittsgläubigkeit» und Reformgeist der Liberalen bremsen zu können.³² Andererseits waren auch «echte Demokraten» darunter, die argumentierten, wenn man vom Volk als höchster Staatsgewalt ausgehe, müsse man konsequenterweise auch eine unmittelbare Sanktionierung der Gesetze durch das Volk institutionalisieren.³³

Im St. Galler Verfassungsrat von 1831 besaßen jedenfalls die Liberalen offensichtlich ein Übergewicht.³⁴ So wurden die demokratischen Forderungen in den ersten Sitzungen eher harsch unter den Tisch gekehrt.³⁵ Auch der liberale Verfassungsrat Dr. Anton Henne³⁶ hatte sich in der Sitzung vom 11. Januar 1831 noch deutlich zugunsten reiner Repräsentativität geäußert:

«Nur dort sind die heiligsten Interessen gesichert, wo der Volkswille durch die Besten ausgeübt wird; kurz, wo das Volk Gewährleistung hat, daß nur der Gesamtwille geschieht. Dieß ist aber in größeren Kantonen nur in der stellvertretenden Verfassung möglich. In andern lebt kein Volkswille, sondern blos mehrere Willen verschiedener Landschaften, und in diesen Landschaften der Wille einiger Anführer und Häuptlinge, oft selbstsüchtiger Demagogen und ihrer Haufen, so daß ich das, was einige Mitglieder reine Demokratie nennen, die allerunreinste nennen möchte.»³⁷

Henne postulierte, Pressefreiheit, Petitionsrecht, freie Wahlen und Öffentlichkeit der Grossratsverhandlungen reichten zur demokratischen Kontrolle der Gesetzgebung aus.³⁸ Erst die dezidierten Voten der demokratischen Abgeordneten um deren Meinungsführer Diogg³⁹ und

³⁰ Vgl. den Wortlaut von Art. 2 KV SG 1831: «Das Volk des Kantons ist souverän. Die Souveränität, als der Inbegriff der Staatshoheit und der obersten Gewalt, ruht in der Gesamtheit der Bürger.»

³¹ Vgl. HENNE, S. 52, Votum Baumgartner.

³² Vgl. zum Reformgeist der Liberalen in den regenerierten Kantonen in allgemeiner Weise: KÖLZ, Veto, S. 193.

³³ Vgl. HENNE, S. 50, Votum Göldi.

³⁴ Vgl. dazu die Voten in HENNE, S. 46 ff.

³⁵ Vgl. HENNE, S. 52, Votum Baumgartner, welcher eine in Kreisen organisierte Versammlungsdemokratie ohne Umschweife als «Affendematokratie» bezeichnete.

³⁶ *Joseph Anton Henne* (1798–1870), von Sargans. Studien in Philologie, Philosophie und Geschichte, später Tätigkeiten als Stifts- und Staatsarchivar und Herausgeber der Zeitschrift «Der Freimüthige». 1833–1835 und 1837–1839 Mitglied des Grossen Rates des Kantons St. Gallen. Für weitere Angaben vgl. RÖHL, S. 25, Fn. 17; WICKLI, Demokratie, S. 69, Fn. 176.

³⁷ Vgl. HENNE, S. 48.

³⁸ Vgl. HENNE, S. 49. Dieses Argument war ein Stereotyp der Liberalen, vgl. dazu KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 309; RÖHL, S. 49.

³⁹ Vgl. HENNE, S. 32, S. 34 f., S. 46, Voten Diogg. Zur Person: *Felix Kolumban Diogg* (1795–1842), von Rapperswil. Offizier in der französischen Armee, Major des Bundesauszugs. Mitglied des

Eichmüller⁴⁰ und die teils symbolisch aufgeladenen Demonstrationen⁴¹ vor dem Sitzungssaal des Verfassungsrates vermochten selbst liberale Meinungsführer von der Notwendigkeit der direkten Beteiligung des Volkes an der kantonalen Gesetzgebung zu überzeugen.

Nur drei Tage nach seinem dezidiert ablehnenden Auftreten gegenüber jeglicher Form von direktdemokratischer Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung schlug Dr. Anton Henne am 14. Januar 1831⁴² folgenden Kompromiss vor:

«Ein Gesamtwille ist rein das Ergebnis lebendigen Verkehrs, lebendigen Austausches und Ausgleiches aller Interessen. Also nochmal, ein Volkswille ist, außer in einer Kantons-Landsgemeinde, an die bei 150,000 Seelen Niemand denken wird, nur in der stellvertretenden Verfassung möglich. Daß aber das Volk Mißtrauen hegt, verarge ich ihm nicht; es weiß, warum: es ist zu oft, unterm Vorwande der Verfassungsänderung, getäuscht worden. 1793, 1798, 1803, 1814 versprach man ihm jedesmal goldene Berge, sollte jedesmal der ersehnte Messias kommen, und jedesmal hatte es die Schaale statt des Kerns. Um es völlig zu sichern, und die streitenden Ansichten in unserer Mitte zu versöhnen, bin ich diese Nacht auf einen Mittelweg verfallen. Außerdem, daß das Volk das Grundgesetz, die Verfassung selbst macht und aufstellt, nach welcher sich alle Gesetzgebung regeln muß, schlage ich mit Hrn. Lutz vor, daß drei Wochen vor dem Gr. Rathe jedesmal die Tagesordnung der Geschäfte nicht etwa bloß den Mitgliedern zugestellt, sondern dem Volke bekannt gemacht, seine Wünsche einvernommen und erwogen werden. Sind die Gesetze vom Gr. Rathe diskutiert und beschlossen, so kehren sie nochmal vor das Volk, das durch einen gewählten Bürgerausschuß selbe prüfen mag. Findet es sie volkswidrig oder gegen die Verfassung, so mag es, wie die Volkstribunen Roms, sein Veto einlegen d.h. die Vollziehung des Gesetzes verweigern. So sind die Gesetze wahrhaft außer der Möglichkeit, dem Nationalwillen entgegen zu stehen.»⁴³

Dieser von der liberalen Fraktion positiv aufgenommene Vorschlag Hennes vermochte die Demokraten indes nicht zu überzeugen. Sie störten sich insb. an der rein negativen Kraft des Vetos und stellten sich stattdessen vor, das Volk aktiv an der Ausgestaltung der Gesetzgebung zu beteiligen, denn der souveräne Wille des Volkes bestehe nicht nur im Verboten, sondern auch im Gebieten dessen, was es wolle.⁴⁴ Auch die Demonstranten vor

St. Galler Grossen Rates 1831–1833 sowie 1835–1837. Für weitere Angaben vgl. RÖHL, S. 27, Fn. 30; KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 311, Fn. 21.

⁴⁰ Vgl. HENNE, S. 33.

⁴¹ Am 13. Januar 1831, dem sog. «Stecklidonstig», versammelten sich rund sechshundert, teils mit Rebstecken «bewaffnete» demokratisch gesinnte Rheintaler vor dem Sitzungssaal des Verfassungsrates und forderten die Öffentlichkeit der Sitzungen. Die Rebstecken waren allerdings weniger als Waffen aufzufassen, denn als symbolische Drohinstrumente der politisch durch die Liberalen aus ihrer Sicht nicht hinreichend mit einbezogenen demokratischen Bewegung. Vgl. dazu WICKLI, Demokratie, S. 162 f.

⁴² Angabe des Datums gem. HENNE, S. 62. WICKLI, Demokratie, S. 73 ff. erzählt den Ablauf der Geschehnisse teilweise abweichend; nach ihm habe Henne den Vorschlag des Vetos bereits am 11. Januar 1831, also noch vor dem «Stecklidonstig» eingebracht.

⁴³ Vgl. HENNE, S. 62; die Bezeichnung des im Rahmen der Verfassungsrevision entstandenen «Gesetzesverwerfungsrecht des Volks» als Veto geht nicht aus dem schliesslich verabschiedeten Verfassungstext hervor, sondern könnte auf dieses Votum Hennes zurückgehen.

⁴⁴ Vgl. HENNE, S. 58, Votum Graf.

dem Sitzungssaal des Verfassungsrats rückten nicht ab. Der demokratische Verfassungsrat Steiger äusserte: «Es stehen 200 Mann vor der Thür im Gange. Ich sehe nicht ein, warum man nicht nachgeben will, und warum die eine Hand wieder nimmt, was die andere gab.»⁴⁵ Steiger bezog sich damit auf die in Art. 2 des Entwurfs der Kantonsverfassung garantierte Volkssouveränität, die man im nächsten Artikel quasi wieder wegwischen wollte. Verfassungsrat Eichmüller drohte deshalb sogar: «Ich sehe wohl, meine Herren, daß die reine Souveränität bei Ihnen nicht Eingang finden will. Ich hab es bereits gesagt, daß Einer gegen Viele sich nicht wehren kann; aber ich seh es voraus, bald werden Tausende oder noch mehr da sein, und dann sehen Sie zu.»⁴⁶

Henne schrieb in seiner Aufzeichnung: «Zu verschiedenen Malen war indeß das immer anwachsende Volk vor der Thüre, im Gang und auf den Stiegen des Regierungsgebäudes immer lauter geworden. Die Bewegung, die jedesmal durch die beim Aus- und Eintreten Einzelner geöffnete Thüre die im Zimmer Sprechenden etwas unterbrach, schien sich endlich nach und nach der Versammlung mitzuthellen. Die Stimmen gingen durcheinander, und man hörte den wiederholten Ruf: «Es muß heraus, es muß heraus!»»⁴⁷

Baumgartner drängte den Verfassungsrat in der Folge zu einer Abstimmung über die Artikel 3 und 4 der neuen Verfassung über die Volkssouveränität.⁴⁸ Mehrheitlich angenommen wurde für Art. 3 zunächst folgender Redaktionsentwurf Baumgartners: «Das Volk übt in Folge dessen das Gesetzgebungsrecht selbst aus, und jedes Gesetz unterliegt seiner Genehmigung». Abstimmungsfrage für Art. 4 war sodann, ob die Volkssouveränität in Form «unbedingter Genehmigung» von Gesetzen, d.h. in einer Abstimmung über Annahme oder Ablehnung, oder aber in Form «bedingter Genehmigung», d.h. rein negativ als Verwerfungsrecht, ausgestaltet werden sollte.⁴⁹ Die liberale Mehrheit im Verfassungsrat setzte sich schliesslich mit letzterer Variante durch und mit 75 zu 65 Stimmen wurde folgender Wortlaut angenommen: «Das Recht dieser Genehmigung übt das Volk dadurch aus, daß es nach Erlassung eines Gesezes binnen zu bestimmender genüglicher Frist, in seiner Mehrheit, die Anerkennung und Vollziehung eines Gesezes vermöge seiner souveränen Gewalt verweigern kann. Die Art und Weise dieser Verweigerung wird in der Verfassung des Nähern bestimmt werden.»⁵⁰

Die Grundlagen des St. Galler Vetos waren damit gelegt. Dessen nähere Ausgestaltung vertagte der Verfassungsrat auf ein späteres Datum. Die Verhandlungen des Verfassungsrates konnten in der Folge in ruhigeren Bahnen fortgesetzt werden. Am 1. März 1831 verabschiedete der Verfassungsrat die Verfassung nach deren redaktionellen Bereinigung durch

⁴⁵ Vgl. HENNE, S. 64, Votum Steiger.

⁴⁶ Vgl. HENNE, S. 66, Votum Eichmüller.

⁴⁷ Vgl. HENNE, S. 66.

⁴⁸ Wobei der hier vom Verfassungsrat angenommene Art. 4 in der bereinigten Fassung der KV SG 1831 schliesslich in Art. 3 KV SG 1831 integriert wurde.

⁴⁹ HENNE, S. 68.

⁵⁰ A.a.O.

Baumgartner. Die Abstimmung über die Verfassung erfolgte am 23. März 1831, wobei sie in einigen Gemeinden wegen Unregelmässigkeiten am 29. März 1831 nachgeholt werden musste.⁵¹ Am 7. April machte der Verfassungsrat die Annahme der Verfassung amtlich bekannt.

B. Normative Ausgestaltung des Vetorechts in der St. Galler Verfassung von 1831

Das Vetorecht war in der St. Galler Verfassung von 1831 in den Artikeln 3 sowie 135–141 geregelt.⁵² Gegenstand des Vetorechts waren gemäss Art. 135 KV SG 1831 «namentlich [...] a) alle Theile der bürgerlichen und peinlichen Gesetzgebung und einschlagende Staatsverträge; b) allgemeine Abgabengesetze; c) Gesetze über das Gemeindewesen; d) Gesetze über das Militärwesen». Wichtige Gesetzgebungsbereiche waren durch diese Vorschrift also abgedeckt. Andere wesentliche und den gemeinen Mann durchaus beschäftigende Bereiche waren hier allerdings nicht aufgezählt, so etwa die Gesetzgebung im Bereich des Schul- oder Kirchenwesens. Der Begriff «namentlich» überliess den politischen Behörden indessen einen gewissen Handlungsspielraum, der auch genutzt wurde, indem schliesslich grundsätzlich alle Gesetze der Genehmigung durch das Volk unterworfen wurden.⁵³

Nach Art. 136 KV SG 1831 trat ein Gesetz in Kraft, sofern nicht binnen der Frist von 45 Tagen die Anerkennung durch das Volk verweigert wurde. Vor der eigentlichen Vetostimmung musste in den Gemeinden aber die Vetoinitiative ergriffen werden. Gerade an der rein negativen Stossrichtung in der Auslösungsphase des Vetos zeigen sich gewisse Parallelen zur Phase der Unterschriftensammlung beim fakultativen Gesetzesreferendum, wie es heute in der Bundesverfassung,⁵⁴ aber auch in der Verfassung des Kantons St. Gallen⁵⁵ vorgesehen ist.

⁵¹ Unruhen entstanden vor allem, weil nach verfassungsräthlichem Beschluss bei der Abstimmung über die Verfassung Nichtstimmende als Annehmende gezählt wurden; tatsächlich wurde die Verfassung wohl nur wegen dieses «abstimmungstechnischen Tricks» angenommen. Vgl. dazu WICKLI, Demokratie, S. 75. Zudem finden sich bei WICKLI, Demokratie, S. 149 ff. lesenswerte Ausführungen zu den Protestformen des Volkes in den Jahren 1830/31 im Allgemeinen und den Protestformen gegen den hier beschriebenen abstimmungspolitischen Schachzug der Liberalen im Besonderen.

⁵² Siehe den Wortlaut der Bestimmungen im Anhang.

⁵³ Vgl. RÖHL, S. 64 f.

⁵⁴ Vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. a BV, welcher vorsieht, dass 50 000 Stimmberechtigte oder acht Kantone innerhalb von 100 Tagen seit der amtlichen Veröffentlichung eines Bundesgesetzes verlangen können, dass dieses Volk und Ständen zur Abstimmung vorgelegt wird.

⁵⁵ Vgl. Art. 49 Abs. 1 lit. a KV SG, welcher vorsieht, dass 4 000 Stimmberechtigte oder ein Drittel der Mitglieder des Kantonsrates im Verfahren des fakultativen Referendums verlangen können, dass eine Abstimmung stattfindet über Gesetze.

In der Phase der Vetoinitiative mussten – in jeder politischen Gemeinde einzeln! – 50 Bürger verlangen, dass eine Gemeindeversammlung abgehalten werde (Art. 137 KV SG 1831). In kleineren Gemeinden konnte es durchaus schwierig sein, diese Zahl aufzubringen.⁵⁶

In einer zweiten Phase kam es unter der Bedingung, dass die relativ hohe Hürde von Art. 137 KV SG 1831 übersprungen wurde – wiederum in jeder Gemeinde einzeln – zur Abhaltung einer «Vetoversammlung». Nur wenn das Gesetz von einer Mehrheit der Stimmberechtigten einer Gemeinde abgelehnt wurde, hatte der Gemeindeammann dem Bezirksamman und dieser dem Kleinen Rat von der Ablehnung des Gesetzes durch die Gemeinde und von der genauen Zahl der Ablehnenden und Annehmenden mittels Protokollauszug Kenntnis zu geben.⁵⁷ Erschwert wurde das Zustandekommen der Ablehnung des Gesetzes durch die einzelne Gemeinde dadurch, dass die bei der Gemeindeversammlung nicht erschienenen stimmfähigen Bürger zu den das erlassene Gesetz Anerkennenden gezählt wurden (sog. Vetoprinzip, Art. 139 KV SG 1831).⁵⁸ Das Zustandekommen einer ablehnenden Mehrheit war fast unmöglich, wenn die Debatte nicht «emotionalisiert» war und entsprechend viele Leute mobilisiert werden konnten.⁵⁹

Wenn keine Vetoinitiative zustande kam oder in der Gemeindeversammlung für die Ablehnung des Gesetzes (unter Einrechnung der nicht erschienenen, fiktiv «zustimmenden» Stimmbürger) keine Mehrheit erreicht wurde, musste kein Protokoll an den Kleinen Rat adressiert werden. Die ganze Gemeinde wurde als das Veto ablehnend gezählt.⁶⁰

Ein Gesetz galt schliesslich als abgelehnt, das Veto also als angenommen, wenn die Zahl derjenigen, welche gegen das Gesetz gestimmt hatten, auf eine Stimme über die Hälfte aller stimmfähigen Bürger des Kantons zu liegen kam.⁶¹ Die Zahl der stimmfähigen Bürger sollte durch Aufnahme eines «allgemeinen Registers» aller stimmfähigen Bürger im Kanton festgelegt werden.⁶² Es kam also für die Berechnung der Vetomehrheit nicht auf die Zahl der tatsächlich abstimmenden Bürger an, sondern auf eine zum vornherein festgelegte Zahl. Vereinfacht gesagt musste insgesamt die Hälfte plus einer der im allgemeinen Register eingetragenen Stimmbürger das «Veto einlegen», damit ein Gesetz fiel.

⁵⁶ Vgl. etwa die Gemeinde Tübach, welche im Jahre 1850 359 Einwohner zählte; weil Frauen, Kinder, daneben aber auch ein beträchtlicher Teil der Männer nach wie vor nicht stimmberechtigt waren, dürfte die Zahl der Stimmberechtigten in Tübach kaum über 100 Personen zu liegen gekommen sein. Vgl. Eidgenössische Volkszählung 1. Dezember 1930, Band 8 Kanton St. Gallen, in: Statistische Quellenwerke der Schweiz, Heft 44, Bern 1933, S. 12.

⁵⁷ Art. 138 Satz 2 i.V.m. Art. 139 Satz 1 KV SG 1831; vgl. RÖHL, S. 66 ff.

⁵⁸ Zu den Nichtvetierenden wurden überdies auch Personen gezählt, die sich enthielten; sie erschienen ja nicht im Protokollauszug, waren aber im Stimmregister, das für die Ermittlung des erforderlichen Mehrs massgebend war, trotzdem aufgeführt.

⁵⁹ Vgl. dazu unten II.C.

⁶⁰ Art. 138 Satz 1 KV SG 1831.

⁶¹ Art. 141 KV SG 1831; vgl. KÖLZ, Veto, S. 197.

⁶² Art. 140 KV SG 1831.

RÖHL wirft die Frage auf, ob das erfolgreich zustande gekommene Veto ein Gesetz im Sinne einer Resolutivbedingung aufhob, die Gesetzessanktionierung als solche also dem Grossen Rat oblag, oder ob Gesetze durch Beschluss des Grossen Rates in einem Schwebezustand harrten und deren Inkrafttreten im Sinne einer Suspensivbedingung vom Nichtzustandekommen des Vetos abhing.⁶³ Es spricht vieles für die von RÖHL⁶⁴ vertretene Lösung, wonach das Inkrafttreten der dem Veto unterstehenden Gesetze suspensiv vom Nichtzustandekommen des Vetos abhing. Im anderen Fall hätten nämlich Gesetze während der 45-tägigen Frist schon Rechtswirksamkeit entfaltet, was dem Gedanken von Art. 3 KV SG 1831, wonach das Volk das Gesetzgebungsrecht als Souverän selbst ausübe, widersprochen hätte. Auch der Wortlaut von Art. 136 KV SG 1831 spricht für diese Ansicht.

Vorstehende Ausführungen können schematisch wie folgt dargestellt werden:

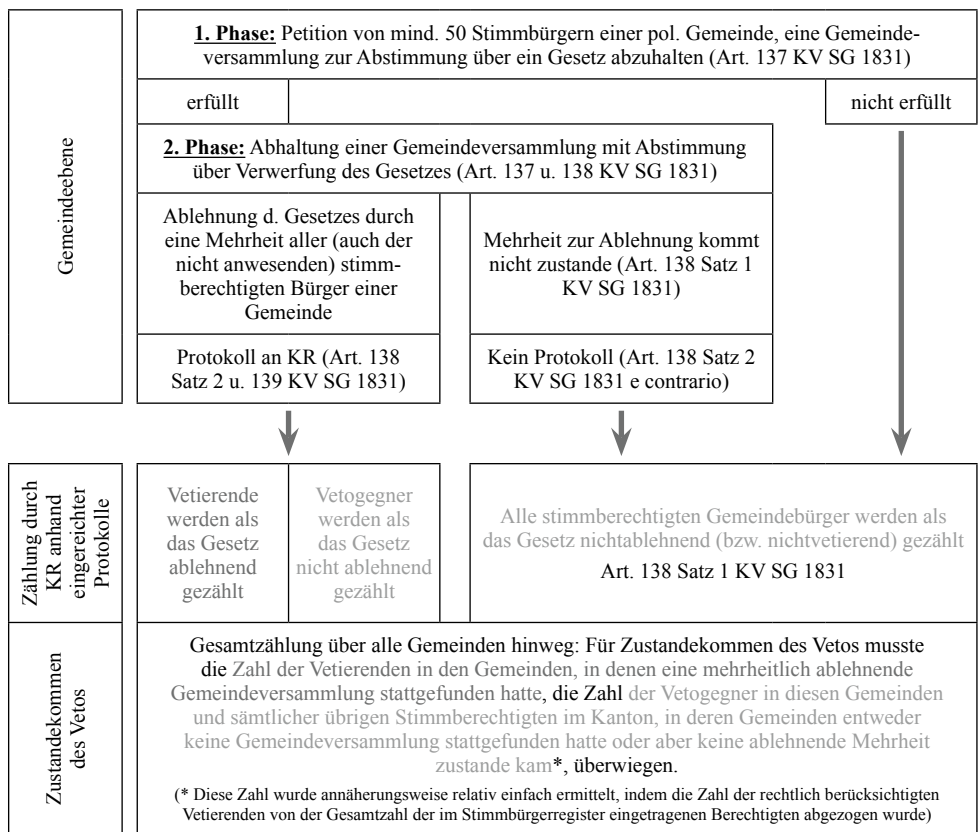


Abbildung 1: Schematische Übersicht

⁶³ Vgl. RÖHL, S. 69 ff.

⁶⁴ Vgl. RÖHL, S. 71, m.w.N.

Die normative Ausgestaltung des St. Galler Vetos war von der liberalen Mehrheit im Verfassungsrat des Kantons St. Gallen von 1831 vor allem darauf ausgerichtet, die Förderung eines religionsneutralen wissenschaftlich-technischen Fortschritts sowie den Aufbau eines geldwirtschaftlichen Industrialismus nicht zu gefährden.⁶⁵ Ein wirksames Gesetzesverwerfungsrecht des Volkes hätte angesichts der konservativen Einstellung breiter Bevölkerungsschichten nämlich deutlich bremsende Wirkung gehabt. Diese «Normierungsprämisse» ist in vielen Bereichen sichtbar. Herausgegriffen seien vier Bereiche, welche unter demokratischen Gesichtspunkten als problematisch angesehen werden können:

(1) In Gemeinden mit wenigen Stimmberechtigten konnte Art. 137 KV SG 1831 eine sehr hohe Hürde darstellen. Es mussten quasi alle stimmberechtigten Bürger die Vetoinitiative ergreifen, damit es überhaupt zu einer Vetoabstimmung kam. Wurde das *Quorum* verpasst, so konnten sich die Bürger nicht einmal in einer Abstimmung äussern. Diese Ausgestaltung konnte in einer kleineren Gemeinde wie Tübach die in Art. 3 KV 1831 garantierte Souveränität faktisch illusorisch machen.⁶⁶

(2) In der Auszählung der Stimmen in der Gemeindeversammlung wurden Nichtstimmende schlicht als «Nichtablehnende» gezählt. Diese Regelung wirft auf zwei Ebenen Fragen auf: Zunächst gibt es in politischen Debatten durchaus auch eine neutrale Haltung. «Neutral» ist in diesem Fall nicht als «Nichtbeschäftigung mit einem Thema» zu verstehen, sondern als unentschiedene Position nach Abwägung aller Vor- und Nachteile einer gesetzlichen Regelung. Diese Position von an der Versammlung anwesenden Stimmbürgern wurde bei der aufgezeigten Ausgestaltung des Vetorechts allerdings einfach übergangen.

Sodann kann es aus heutiger Sicht fragwürdig erscheinen, bei der Versammlung nicht-anwesende «Desinteressierte» als Nichtvetierende zu zählen. Diese Regelung erscheint indessen verständlich, wenn man die rein negative Stossrichtung des Vetos⁶⁷ berücksichtigt. Im Gegensatz zum heutigen Referendum war die Abstimmungsfrage beim Veto nicht, ob ein Gesetz angenommen oder abgelehnt, sondern nur, ob es verworfen werden solle.⁶⁸ Die Ablehnung musste aber explizit erklärt werden. Nichtvetierende wurden deshalb konsequenterweise als das «Gesetz nicht ablehnende» Personen gezählt.

(3) Wie dargelegt wurden für eine Gemeinde, welche das Veto in einer Gemeindeversammlung mehrheitlich abgelehnt hatte, alle berechtigten Stimmbürger als ablehnend gezählt, unabhängig davon, ob sie an der Wahl teilgenommen hatten. Diese Regelung hatte auch einen föderativen Hintergrund, indem den Gemeinden gegenüber der Gesamtheit der Stimmenden ein höheres Gewicht gegeben wurde. Umgekehrt war jedoch nicht vorgesehen,

⁶⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 316.

⁶⁶ Siehe dazu schon oben II.B. bei Fn. 56.

⁶⁷ Vgl. DIETSCHI, S. 10; RÖHL, S. 66.

⁶⁸ Vgl. KÖLZ, Veto, S. 205, bezeichnet dies als Hauptunterschied zum Referendum heutiger Prägung, bei dem diese negative Stossrichtung nur gerade in der Auslösungsphase vorhanden sei. In diese Richtung auch GRISEL, S. 51.

dass eine mehrheitlich vetierende Gemeinde als das Gesetz einheitlich ablehnend betrachtet wurde. Diese Regelung weist eine gewisse Widersprüchlichkeit auf.

(4) Die Berechnung des erforderlichen Mehrs anhand eines für die gesamte Geltungsdauer einer Verfassung erstellten Stimmberechtigtenregisters ist ungenau: Eine allfällige Veränderung in der Anzahl der Stimmberechtigten (aufgrund Bevölkerungswachstums, einer veränderten Praxis in der Zulassung zum Stimmrecht etc.) wird nicht erfasst. Immerhin kam diese grobe Berechnungsweise eher den Vetierenden zugute, weil die Bevölkerung in der fraglichen Zeit tendenziell wuchs.⁶⁹ Unklar bleibt indes, wie Gemeinden behandelt wurden, in denen aufgrund Bevölkerungswachstums mehr Vetierende vorhanden waren, als gemäss Register überhaupt stimmberechtigt waren.

C. Das St. Galler Veto in der politischen Praxis: Aufruhr und Vetostürme

In der politischen Praxis erwies es sich als schwierig, mittels Veto ein Gesetz zu kippen. Eine erste Hürde, die es zu nehmen galt, war die Vetoinitiative.⁷⁰ Vor allem erschwert wurde die Geltendmachung des Vetos aber durch das in Art. 139 KV SG 1831 geregelte Vetoprinzip.⁷¹ Dieses sah vor, dass für Stimmberechtigte, die an einer Vetoversammlung nicht anwesend waren, angenommen wurde, dass sie das Gesetz billigten; gleich behandelt wurden Stimmbürger, die sich ihrer Stimme enthielten.⁷² Überhaupt scheint die liberale Mehrheit im Verfassungsrat die gesamte Ausgestaltung des Vetos darauf ausgerichtet zu haben, dessen Geltendmachung nach Möglichkeit zu erschweren und die politische Wirkungskraft einzudämmen.⁷³ Dahinter könnte der Gedanke gestanden haben, der demokratischen Minderheit im Verfassungsrat mit dem Veto symbolisch entgegenzukommen, um so Unruhen zu vermeiden.

Damit ein Veto unter der erwähnten rigiden Ausgestaltung zustande gebracht werden konnte, mussten sowohl in der Phase der Vetoinitiative als auch der Vetoabstimmung möglichst viele Leute mobilisiert werden. Dies gelang auch damals schon am besten mit polemischen Kampagnen. KÖLZ schreibt: «[es] wurden anlässlich von Vetobewegungen im Volk oft die niedrigsten Leidenschaften entfesselt, weil die Erreichung des Ziels infolge des Vetoprinzips fast unmöglich schien, ferner auch wegen der kurzen Fristen [...]»⁷⁴. Die Folge der

⁶⁹ Vgl. ANNE-LISE HEAD-KÖNIG, «Bevölkerung», in: *Historisches Lexikon der Schweiz (HLS)*, Version vom 30.03.2012, übersetzt aus dem Französischen. Online: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007946/2012-03-30/>, konsultiert am 11.08.2024.

⁷⁰ Vgl. dazu oben, II.B bei Fn. 56.

⁷¹ Vgl. dazu oben, II.B bei Fn. 58; siehe auch KÖLZ, Veto, S. 197.

⁷² Vgl. dazu oben, II.B

⁷³ Vgl. RÖHL, S. 79.

⁷⁴ Vgl. KÖLZ, Veto, S. 199.

normativen Ausgestaltung des Vetos waren sog. «Vetostürme», welche als Fortsetzung der früheren, teils auch mit Gewalt verbundenen Widerstandspraktiken angesehen werden können und – wohl entgegen der Intention der Verfassungsräte – nicht Ruhe, sondern vermehrte Unruhe des Volkes mit sich brachten.⁷⁵ Solche «Stürme» konnten den ganzen Kanton erfassen und die 1814 noch latenten Sezessionsbewegungen wieder aktuell werden lassen.⁷⁶ Während der rund dreissigjährigen Geltungsdauer der St. Galler Kantonsverfassung von 1831 wurden insgesamt vier Gesetze mittels Veto gekippt.⁷⁷ Die Gesetze betrafen jeweils sehr umstrittene Themen: 1831 kamen das Hausier- und das Wirtschaftsgesetz zu Fall; 1834 lehnte das Volk ein Gesetz ab, das die Rechte des Staates in kirchlichen Angelegenheiten betraf – ein Thema, das nach der politischen Entmachtung des Klosters St. Gallen um 1800 auch angesichts der konfessionellen Gegensätze immer noch hochbrisant war. Das letzte Veto kam 1835 gegen das Gesetz über Zoll- und Wegverhältnisse zustande.⁷⁸

Trotz seiner faktisch stark eingeschränkten Wirksamkeit hatte das St. Galler Veto eine gewisse Steuerungsfunktion, indem der gesetzgebende Grosse Rat einen «Vetosturm» nach Möglichkeit zu umschiffen suchte und deshalb vermied, Gesetze zu erlassen, die dem Veto zum Opfer fallen könnten. Insofern hatte das St. Galler Veto eine ähnliche Funktion wie das heutige fakultative Referendum.⁷⁹ In der NZZ vom 4. Februar 1835 wurde bezogen auf das 1834 zustanden gekommene Veto gegen das Gesetz über die Rechte des Staates in kirchlichen Angelegenheiten die Auffassung geäussert, dass die Regierung durch das Zustandekommen glücklicherweise nicht in die missliche Lage gesetzt worden sei, der katholischen Bevölkerung ein Gesetz mit Gewalt aufzudringen.⁸⁰ Hier wird eine stabilisierende Funktion des Vetos angesprochen, konnte doch durch das Veto grösseren Revolten katholischer Bevölkerungskreise aus dem Weg gegangen werden.

D. Ursprünge des St. Galler Vetos

Zur Herkunft des St. Galler Vetos im Spezifischen, aber auch zu derjenigen der eidgenössischen direktdemokratischen Beteiligungsrechte des Volkes im Allgemeinen werden verschiedene Theorien vertreten. Zu unterscheiden sind Bruch- und Kontinuitätsthese. Nach der Kontinuitätsthese haben sich die demokratischen Institutionen «organisch» vom Spätmittelalter bis zur Gegenwart fortentwickelt.⁸¹ Nach der Bruchthese markiert hin-

⁷⁵ Vgl. WICKLI, Durchbruch, S. 219; RÖHL, S. 81.

⁷⁶ Vgl. KÖLZ, Veto, S. 198 f., welcher von «revolutionsähnlichen Vetostürmen» spricht.

⁷⁷ Vgl. RÖHL, S. 80.

⁷⁸ Vgl. KLEY, Veto.

⁷⁹ Vgl. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 741; überaus aufschlussreich ausserdem KATHARINA FONTANA, «Mit dem Referendum wird die Schweiz zum Sonderfall», Interview mit STEFAN G. SCHMID und TOBIAS STRAUMANN, NZZ vom 19. April 2024.

⁸⁰ NZZ vom 4. Februar 1835, Frontseite.

⁸¹ Vgl. dazu und zum Folgenden ROCA, S. 4 f.

gegen das Jahr 1798 – das Ende des Ancien Régime in der Schweiz – die «grosse Bruchstelle». Danach sei das aufklärerische Demokratieverständnis rezipiert worden und habe die vormodernen Demokratiekonzeptionen verdrängt. Zwischen vormoderner Demokratiekonzeption und aufklärerischem Demokratieverständnis bestehe also kein Zusammenhang.

Nach der Kontinuitätsthese hatte die Landsgemeindetradition, für das St. Galler Veto aufgrund der räumlichen Nähe speziell diejenige der Kantone Appenzell-Innerrhoden und Glarus, Vorbildwirkung für die Propagierung direktdemokratischer Ideen.⁸² Die Landsgemeinden seien direkte Vorläufer der direktdemokratischen Institutionen moderner kantonalen Verfassungen. Nach dieser Theorie hatte also die Versammlungsfreiheit in Form traditioneller kommunaler Versammlungen entscheidende Bedeutung für die Entwicklung der modernen Institutionen.⁸³ Im Verfassungsrat des Kantons St. Gallen im Jahr 1831 wurde in diesem Sinne geäußert: «[...] wenn die Appenzeller von ihren Landsgemeinden heimkamen, hab ichs Dutzendmal gehört im Volke: hätten wirs auch wie diese.»⁸⁴ Deshalb müsse auch im Kanton St. Gallen eine ähnliche basisdemokratische Institution geschaffen werden.

Es wird ferner postuliert, «eidgenössische» Vorläufer des Vetos seien im obligatorischen föderativen Gemeindereferendum des Kantons Graubünden und im obligatorischen föderativen Zehndenreferendum des Kantons Wallis zu erblicken.⁸⁵ Ersteres wurde in den Verhandlungen des Verfassungsrats des Kantons St. Gallen im Jahr 1831 thematisiert, allerdings in einem negativen Sinn: Der in Graubünden geborene Dionys Good äusserte, die Einführung des bündnerischen Systems sei für den Kanton St. Gallen sehr unzumutbar.⁸⁶ Die beiden vorgenannten Institutionen hatten gegenüber dem Veto zudem den entscheidenden strukturellen Unterschied, dass das Referendumsrecht an sich nicht dem Individuum, sondern Gebietskörperschaften zukam; es dürfte deshalb schwierig sein, direkte Verbindungslinien zu ziehen.⁸⁷

⁸² Vgl. WICKLI, Durchbruch, S. 213 ff., wonach die Landsgemeinde Appenzell Innerrhodens ein für die St. Galler auch optisch wahrnehmbarer Grossanlass gewesen sei, den sich viele St. Galler Bürger auch für ihre Verhältnisse gewünscht hätten. Die politische Marginalisierung gewisser Volksteile bei gleichzeitiger Erhöhung der Besteuerung habe zu diesem Wunsch beigetragen.

⁸³ Vgl. WÜRGLER, S. 111. In diesem Sinn auch Alt-Bundesrat KASPAR VILLIGER, Vier komplementäre helvetische Prinzipien, NZZ vom 30. Juli 2012: «Das genossenschaftliche Prinzip steht am Ursprung dessen, [...] was die Schweiz von den Kulturkreisen Europas am grundlegendsten unterscheidet: die allgemeine Befassung mit dem Staat und die unteilbare Sorge aller um das Gemeinwesen. Daraus erwachsen etwa Solidarität, Fürsorge, Milizprinzip, Kollegialbehörden, später direkte Demokratie, Konkordanz und Sozialstaat.»

⁸⁴ Vgl. HENNE, S. 36, Votum Bischof.

⁸⁵ Vgl. GIACOMETTI, S. 552; RÖHL, S. 75 f.

⁸⁶ Vgl. HENNE, S. 65.

⁸⁷ KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 218, schreibt denn auch, das St. Galler Veto sei mit dem bündnerischen föderativen Gemeindereferendum nicht vergleichbar.

Nach der Bruchthese sind die eidgenössischen direktdemokratischen Institutionen hingegen auf die Wirkungen der Französischen Revolution zurückzuführen.⁸⁸ Das Veto sei insbesondere unter dem Einfluss des Gironde-Verfassungsentwurfs und der Montagnard-Verfassung entstanden.⁸⁹ KLEY schreibt in diesem Sinne, der Gironde-Entwurf sei ein «Steinbruch, reich an Ideen und Ansätzen, welche [...] namentlich die schweizerischen Regenerationsverfassungen benutzt haben.»⁹⁰ Ähnlichkeiten in der Ausgestaltung des Vetos sind tatsächlich nicht von der Hand zu weisen: Zur Geltendmachung des Zensurrechts des Gironde-Verfassungsentwurfs (VIII. Titel des Gironde-Verfassungsentwurfs vom 15./16. Februar 1793) mussten fünfzig Bürger bei ihrer Urversammlung einen unterschriebenen Antrag einreichen (Art. VIII-3 G-VE), damit sodann über den Antrag – zunächst nur innerhalb der betreffenden Urversammlung – abgestimmt wurde. Wurde dem Antrag in der Urversammlung stattgegeben, folgten in einem ersten Schritt Abstimmungen in allen Urversammlungen eines Bezirks, in einem zweiten Schritt in allen Urversammlungen eines Departements. Folgte der Gesetzgeber dann immer noch nicht dem Begehren der Antragssteller wurde eine Abstimmung in der gesamten Republik abgehalten. Die Montagnard-Verfassung vom 24. Juni 1793 sah sodann ein Reklamationsrecht vor: Art. 59 und 60 der Montagnard-Verfassung schrieben vor, dass alle Urversammlungen zur Abstimmung über einen Gesetzesvorschlag berufen wurden, wenn innerhalb von vierzig Tagen nach Übersendung des vorgeschlagenen Gesetzes in der Hälfte der Departemente plus einem ein Zehntel der Urversammlungen reklamierte.

Ähnlichkeiten zu diesen beiden direktdemokratischen Beteiligungsrechten weist das St. Galler Veto zunächst in der Phase der Auslösung, sodann aber auch in Bezug auf die Zählweise und die Fristen auf.⁹¹ Henne berief sich bei seinem Vorschlag demgegenüber auf das Vetorecht der Volkstribunen Roms.⁹² Dieses war freilich ein reines Behördenrecht; Ähnlichkeiten wies es allenfalls in seinem einseitigen negativen Charakter auf.⁹³ Die Begründung Hennes bezweckte also wohl eher, die wahre Herkunft des Vetos zu verschleiern.⁹⁴ Es war nämlich sowohl bei den Liberalen als auch den Demokraten verpönt, auf die Französische Revolution Bezug zu nehmen, weil diese gewalttätige Züge angenommen und einer reaktionären Gegenströmung den Boden bereitet hatte.⁹⁵ Henne rezipierte also – wie

⁸⁸ KLEY, Verfassungsgeschichte, S. 231, schreibt, das aufklärerische und demokratische Denken habe sich gerade in den neuen Kantonen – dazu gehört auch der Kanton St. Gallen (vgl. oben II.1.) – gut zu halten vermocht.

⁸⁹ Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 84; RÖHL, S. 76 f.

⁹⁰ Dazu und zum Folgenden KLEY, Demokratie, S. 165 ff.

⁹¹ Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 315.

⁹² Vgl. HENNE, S. 62, Votum Henne, abgedruckt oben bei Fn. 43. Auch GRISEL, S. 48, sieht einen Bezug zu den römischen Volkstribunen.

⁹³ Vgl. DIETSCHI, S. 20; RÖHL, S. 74.

⁹⁴ Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 316; RÖHL, S. 78.

⁹⁵ Vgl. dazu KLEY, Demokratie, S. 169; KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 316; RÖHL, S. 78 f.; WICKLI, Durchbruch, S. 204.

auch viele andere seiner politischen Mitstreiter in dieser Zeit – die Ideen der Französischen Revolution in aller Stille und ohne offene Bezugnahme.⁹⁶

Insgesamt ist wohl davon auszugehen, dass sowohl Kontinuität als auch Umbruch bei der Entwicklung der direkten Demokratie in der Schweiz eine Rolle gespielt haben. Ganz in diesem Sinne schreibt ROCA: «In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts war der gesellschaftlich-politische Transformationsprozess vom Ancien Régime zur Moderne in der Schweiz auf kantonaler Ebene [...] einerseits durch Kontinuität (*longue durée*), andererseits durch revolutionäre Brüche gekennzeichnet.»⁹⁷ Auch die Begründung des St. Galler Vetos ist durch Elemente dauerhafter politischer Faktizität und aufklärerisch-revolutionärer Ideen geprägt.

III. Vom St. Galler Veto zum fakultativen Gesetzesreferendum

WICKLI bezeichnet das Veto als «Geburtsstunde der modernen direkten Demokratie in der Schweiz».⁹⁸ Das Veto sei auch in anderen Kantonen rezipiert worden, und aufgrund der positiven Erfahrungen hätten 1874 bzw. 1891 Referendum und Initiative Eingang in die Bundesverfassung gefunden.⁹⁹ Das Veto wurde tatsächlich in einigen Kantonen übernommen. 1832 wurde im Kanton Basel-Land eine hinsichtlich Frist und Quorum noch restriktivere Form des Vetos eingeführt¹⁰⁰; ähnliche Institute fanden in den 1840er-Jahren auch in die Verfassungen der Kantone Wallis, Thurgau, Luzern und Schaffhausen Eingang.¹⁰¹ Allerdings wurden in all diesen Kantonen auch negative Erfahrungen mit den Vetostürmen¹⁰² gemacht, weshalb z.B. die Kantone Aargau, Bern, Solothurn und Zürich auf die Einführung eines Vetos bewusst verzichteten und stattdessen ein obligatorisches Referendum einführten.¹⁰³

KÖLZ nimmt eine konträre Position zu WICKLI ein: In der auf Kantons- wie auf Bundesebene geführten Debatte, ob ein obligatorisches Gesetzesreferendum eingeführt werden solle – die Möglichkeit des fakultativen Referendums war in der politischen Debatte der 1840er-Jahre noch nicht präsent¹⁰⁴ –, habe das Veto aufgrund der schlechten Erfahrungen

⁹⁶ THÜRER/AUBERT/MÜLLER, S. 116 f.

⁹⁷ Vgl. ROCA, S. 9.

⁹⁸ Vgl. WICKLI, Durchbruch, S. 203.

⁹⁹ Vgl. WICKLI, Durchbruch, S. 219.

¹⁰⁰ Vgl. KÖLZ, S. 316 ff.

¹⁰¹ Vgl. KÖLZ, Veto, S. 198.

¹⁰² Vgl. dazu oben, II.3.

¹⁰³ Vgl. RÖHL, S. 82.

¹⁰⁴ Es war zwar erstmals 1845 als Kompromiss auf die Forderungen der Radikalen im Kanton Waadt ein fakultatIVES Referendum eingeführt worden; dieses verschwand jedoch wieder relativ rasch

keine valable Alternative dargestellt.¹⁰⁵ Das fakultative oder obligatorische Referendum sei aufgrund seiner Zweiphasigkeit etwas fundamental anderes als das Veto. Während die Stossrichtung beim Veto nämlich rein negativ gewesen sei, weise das Referendum nach der ebenfalls negativ geprägten Initiativphase auch eine positive Stossrichtung auf, in welcher durchaus auch die Vorzüge einer bestimmten Regelung zum Tragen kämen.¹⁰⁶

Tatsächlich kann nach einem zustande gekommenen fakultativen Referendum im Rahmen einer Abstimmung über ein Gesetz auf Bundesebene eine jeweils sehr engagierte Debatte entstehen, in welcher publikumswirksam nicht nur die Gesetzesgegner zu Wort kommen, sondern ebenso die Befürworter. Überdies nehmen auch die Behörden im Rahmen ihrer Befugnisse Stellung. Ein solcher kontradiktorischer Diskurs war unter dem Regime der KV SG 1831 aufgrund der normativen Struktur des Vetos nicht möglich; insofern bestehen tatsächlich wesentliche Unterschiede. Faktisch weist das Veto aber dieselbe Wirkung wie das fakultative Referendum auf: Wurde nämlich gegen ein Gesetz das Veto ergriffen, kam dieses bei Erfolg zu Fall. Die Initianten eines fakultativen Gesetzesreferendums zielen auf dasselbe Ergebnis ab. Das Veto kann insofern als Zwischenschritt vom ursprünglichen rein repräsentativen System anfangs des 19. Jahrhunderts zu den heutigen Institutionen aufgefasst werden. Diese Zusammenhänge im Detail aufzuzeigen würde den Rahmen dieses Beitrags indes sprengen.¹⁰⁷

IV. Schluss

Das St. Galler Veto bildete in der (älteren) Literatur Gegenstand kontroverser Auseinandersetzung. Die Diskussion bewegt sich zunächst auf der Ebene der normativen Ausgestaltung und der faktischen Wirksamkeit des Vetos im Kanton St. Gallen.¹⁰⁸ Es wird vertreten, das Veto sei eine blossе Scheinkonzession der Liberalen an die Demokraten gewesen. Die konkrete Ausgestaltung des Vetos hätte dessen eigentlichen Zweck, die Volkssouveränität auch in Bezug auf den Erlass von Gesetzen zu verwirklichen, vereitelt.¹⁰⁹ Die St. Galler Verfassungsräte hatten in Art. 3 KV SG 1831 tatsächlich etwas zu grossspurig normiert, jedes Gesetz unterliege der Genehmigung des Volkes; faktisch war dieses Genehmigungsrecht, wie dargelegt, nur sehr beschränkt wirksam. Deshalb wurde vertreten, das Veto sei nichts

ohne Spuren hinterlassen zu haben und vermochte sich bundesweit zunächst nicht zu etablieren. Vgl. dazu KÖLZ, Veto, S. 204.

¹⁰⁵ Vgl. KÖLZ, Veto, S. 204 f.

¹⁰⁶ A.a.O.

¹⁰⁷ Vgl. dazu aber die lesenswerten Ausführungen bei KÖLZ, Veto.

¹⁰⁸ Vgl. dazu oben II.A–II.D.

¹⁰⁹ Vgl. KÖLZ, Veto, S. 200.

als eine «Volksbetrügerei».¹¹⁰ Wegen der Zählweise sei es als «demokratisches Scheinrecht» zu bewerten.¹¹¹

Das Veto drang während seiner rund dreissigjährigen Anwendbarkeit (1831–1861) im Kanton St. Gallen tatsächlich nur bei vier von hundertachtundneunzig der durch den Grossen Rat in dieser Zeit erlassenen Gesetze durch.¹¹² Das letzte Gesetz wurde 1835 gekippt. Diese Zahlen sprechen nicht für die Wirksamkeit des Vetos. Das Veto hatte aber durchaus seine Wirkungen, indem der Grosse Rat beim Erlass von Gesetzen antizipierend gewirkt und mit dem Hintergedanken normiert haben dürfte, eine Vetoinitiative und den damit verbundenen Vetosturm zu vermeiden.¹¹³

Stark kritisiert wurde die Zählweise, vor allem aber die Bestimmung von Art. 138 Abs. 1 KV SG 1831, wonach eine Gemeinde, in welcher keine Mehrheit für das Veto zustande kam, als Ganze das Veto ablehnend gezählt wurde. In dieser Bestimmung kann indes auch eine föderalistische Komponente erblickt werden.¹¹⁴ Den Gemeinden wurde so auf Kosten der einzelnen Stimmbürger ein grösseres Gewicht gegeben – für sich genommen ein durchaus berechtigtes Anliegen. Dass hinter dieser Regelung aber weniger föderalistische Argumente steckten als das Ziel, die Geltendmachung des Vetos so weit als möglich zu erschweren, zeigt sich daran, dass umgekehrt eine mehrheitlich vetierende Gemeinde nicht als einheitlich vetierend gezählt wurde. Den Verfassungsgebern von 1831 ist insofern eine gewisse Inkonsequenz vorzuwerfen.

Es kann, bezogen auf die normative Ausgestaltung, also durchaus KÖLZ gefolgt werden.¹¹⁵ Dieser vertritt die Auffassung, mit dem Einbau zahlreicher das Veto erschwerender Formalien sei es den Liberalen dem Grundsatz nach gelungen, das Repräsentativprinzip in Geltung zu belassen. Das Parlament war faktisch weiterhin oberste Staatsgewalt, auch wenn in Art. 2 und 3 KV SG 1831 die Volkssouveränität verfassungsrechtlich garantiert wurde. Die Kritik am Veto auf der Ebene der normativen Ausgestaltung und der Wirksamkeit des Instruments ist also durchaus berechtigt. Nicht vergessen werden darf aber, auf einer zweiten Ebene zu diskutieren, welche Wirkung das Veto auf die Entwicklung der direktdemokratischen Institutionen in der Schweiz hatte.¹¹⁶ Die Institution des Vetos bildete in den 1830er-Jahren im schweizerischen Verfassungsrecht ein Novum. Seine Rezeption in anderen Kantonen¹¹⁷ und die mit dem Veto verbundenen negativen und positiven Er-

¹¹⁰ Vgl. DIETSCHI, S. 38.

¹¹¹ Vgl. RÖHL, S. 67; dazu auch oben, II.2.

¹¹² Vgl. dazu und zum Folgenden RÖHL, S. 80.

¹¹³ Vgl. oben II.C. Die Parallelen zur Wirkungsweise des (fakultativen) Referendums auf Bundesebene (vgl. hierzu II.C hiervor und die Hinweise in Fn. 79) sind augenscheinlich.

¹¹⁴ Vgl. KÖLZ, Verfassungsgeschichte, S. 318.

¹¹⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden KÖLZ, Veto, S. 200.

¹¹⁶ Vgl. dazu oben III.

¹¹⁷ Vgl. GRISEL, S. 48.

fahrungen trugen dazu bei, die direktdemokratischen Instrumente sowohl auf Kantons- wie auf Bundesebene zu entwickeln.¹¹⁸

Zusammenfassend: Auch mit dem St. Galler Veto hatte das Volk wohl mehr «Schale als Kern»¹¹⁹ bekommen. Die (liberalen) Verfassungsräte hatten ihr Versprechen, das Volk als höchste Staatsgewalt einzusetzen, nicht eingehalten. Blickt man aber über die – eingeschränkte – Wirkungskraft des Vetos im Kanton St. Gallen hinweg, bleibt die Erkenntnis, dass es auf den Diskurs um die Einführung direktdemokratischer Institutionen in der Schweiz einen nicht zu unterschätzenden Einfluss hatte.

V. Literaturverzeichnis

- DIETSCHI URS, Das Volksveto in der Schweiz, Diss. Bern, Olten 1926
- ERB MARTIN RUDOLF, Der Verfassungsrat im schweizerischen Staatsrecht, Diss. Zürich, Zürich 1961
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2020
- HENNE JOSEF ANTON, Verhandlungen des Verfassungsrathes vom Schweizerkanton St. Gallen, St. Gallen 1831
- GIACOMETTI ZACCARIA, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941
- GRISEL ETIENNE, Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3. Aufl. Bern 2004
- KLEY ANDREAS, Verfassungsgeschichte der Neuzeit; Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019 (zit. KLEY, Verfassungsgeschichte)
- KLEY ANDREAS, Die Demokratie einer grossen Republik nach dem Gironde-Verfassungsentwurf vom 15./16. Februar 1793, in: Auer/Roca (Hrsg.), Wege zur direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 153 ff. (zit. KLEY, Demokratie)
- KLEY ANDREAS, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015 (zit. KLEY, Geschichte)
- KLEY ANDREAS, Veto, in: *Historisches Lexikon der Schweiz (HLS)*, Version vom 25.02.2013. Online: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/027474/2013-02-25/>, konsultiert am 11.08.2024 (zit. KLEY, Veto)
- KÖLZ ALFRED, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992 (zit. KÖLZ, Verfassungsgeschichte)
- KÖLZ ALFRED, Vom Veto zum fakultativen Gesetzesreferendum, in: Häfelin et al. (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zürich 1981, S. 191 ff. (zit. KÖLZ, Veto)
- ROCA RENÉ, Schweizerische Geschichtswissenschaft und Demokratieforschung – Vom Mythos über die Ignoranz zum historischen Untersuchungsgegenstand, in: Auer/Roca (Hrsg.), Wege zur direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 3 ff.
- RÖHL MARTIN, Die politischen Rechte im Kanton St. Gallen. Ihre Entwicklung von der Regeneration bis zur Jahrhundertwende (SGKG 25), St. Gallen 1995
- THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANCOIS/MÜLLER JÖRG PAUL, Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001

¹¹⁸ Siehe auch GRISEL, S. 60; KLEY, Geschichte, S. 99.

¹¹⁹ Vgl. HENNE, S. 62, Votum Henne, abgedruckt oben bei Fn. 43.

- WICKLI BRUNO, Politische Kultur und die «reine Demokratie». Verfassungskämpfe und ländliche Volksbewegungen im Kanton St. Gallen 1814/15 und 1830/31, St. Gallen 2006 (zit. WICKLI, Demokratie)
- WICKLI BRUNO, Ländliche Volksbewegungen und der Durchbruch der direkten Demokratie im Kanton St. Gallen 1814–1831, in: Auer/Roca (Hrsg.), Wege zur direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 203 ff. (zit. WICKLI, Durchbruch)
- WÜRGLER ANDREAS, Vormoderne Revolten und moderne Demokratie? Protestbewegungen im Ancien Régime und liberale Prinzipien im 19. Jahrhundert, in: Auer/Roca (Hrsg.), Wege zur direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 107 ff.

Verknüpfung von Verfassungs- und Gesetzesrevisionen

*Tobias Jaag**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	297
II.	Grundlagen	298
III.	Nicht-zwingende Gesetzesänderungen	299
A.	Gestuftes Verfahren	299
B.	Kombiniertes Verfahren	300
1.	Ausgangspunkt	300
2.	Referendum	301
IV.	Zwingende Gesetzesänderungen	305
A.	Ausgangspunkt	305
B.	Referendum	306
V.	Zusammenfassende Würdigung	307
VI.	Literaturverzeichnis	308

I. Einleitung

Gesetzliche Regelungen bedürfen in der Regel einer Grundlage in der Verfassung. Auf Bundesebene gilt dies vor allem im Zusammenhang mit den Kompetenzen des Bundes. Nur wenn die Bundesverfassung dem Bund in einem Sachbereich eine Regelungskompetenz einräumt, darf er dazu Gesetze erlassen (Art. 42 BV¹).

Die Kantone sind zwar für die Gesetzgebung in all jenen Bereichen zuständig, für die nicht eine Bundeskompetenz besteht, von welcher der Bund durch entsprechende Gesetzgebung Gebrauch gemacht hat. Einzelne Kantone verlangen für die Erfüllung von Aufgaben trotzdem eine Grundlage in der Kantonsverfassung (Verfassungsvorbehalt).² Auch in den anderen Kantonen enthält die Kantonsverfassung Grundentscheidungen organisatorischer und inhaltlicher Natur, die durch Gesetz näher ausgeführt und umgesetzt werden müssen.

* Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

¹ Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV).

² So § 26 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV/AG); § 90 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (KV/BL).

In all diesen Fällen bedarf es für den Erlass neuer oder die Änderung bestehender Gesetze oft einer Revision der Verfassung. Mit Bezug auf das Verfahren stellt sich dabei die Frage der Abstimmung zwischen Verfassungs- und Gesetzesänderungen. Diese erfolgen zum Teil gleichzeitig, zum Teil zeitlich gestaffelt. Wichtig ist dabei einerseits, dass sich jede Gesetzesänderung auf eine Verfassungsgrundlage abstützen kann, und andererseits, dass die Verfassungs- und Gesetzesänderungen so aufeinander abgestimmt sind, dass die Bürgerinnen und Bürger ihre demokratischen Rechte in verfassungsmässiger Weise ausüben können.

Was das konkret bedeutet, soll im Folgenden diskutiert werden.³ Dies ist eine Frage des *öffentlichen Verfahrensrechts* im weiteren Sinn. Dabei geht es nicht um jenen Bereich, den REGINA KIENER und ihre Mitautoren in ihrem Buch mit diesem Titel eingehend und souverän behandeln, das *Verwaltungsverfahren*,⁴ sondern um das *Rechtsetzungsverfahren*.

II. Grundlagen

Um einen Überblick über die Praxis in den verschiedenen Kantonen zu gewinnen, wurde im Herbst 2023 mit einer Umfrage bei den Staatskanzleien sämtlicher Kantone abzuklären versucht, wie in den Kantonen vorgegangen wird, wenn Gesetzesänderungen Verfassungsänderungen voraussetzen. Die Antworten auf diese Umfrage sind in den nachfolgenden Ausführungen verwertet.⁵ Ausgangspunkt bilden Beispiele aus dem Kanton Zürich aus neuerer Zeit.

Bei der Erörterung der Frage des Verhältnisses zwischen Verfassungs- und Gesetzgebungsverfahren ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden:

- dem *Normalfall*: Verfassungsbestimmungen, welche dem Gesetzgeber durch offene Normierung einen mehr oder weniger grossen Gestaltungsspielraum einräumen; die darauf beruhenden Gesetzesänderungen sind nicht-zwingender Natur; und
- dem *Ausnahmefall*: Verfassungsbestimmungen, welche nur *eine* gesetzliche Regelung zulassen; die darauf beruhenden Gesetzesänderungen sind zwingender Natur.

³ Der Beitrag vertieft und ergänzt die Überlegungen von JAAG, *Bedingte Gesetzgebung*. Vgl. dazu auch WERTENSCHLAG; AUER, *Contre-projet*, N 31 ff.

⁴ REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, N 1.

⁵ Ich danke den Staatskanzleien bzw. Gesetzgebungsdiensten der Kantone Bern, Uri, Schwyz, Nidwalden, Glarus, Freiburg, Solothurn, Baselland, Schaffhausen, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin und Genf für ihre teils ausführlichen Stellungnahmen zu den gestellten Fragen.

III. Nicht-zwingende Gesetzesänderungen

A. Gestuftes Verfahren

Das Paradebeispiel für den Erlass und die Änderung von Gesetzen gestützt auf offene Verfassungsregelungen bildet die Gesetzgebung im Rahmen der Ausübung von (neuen) Bundeskompetenzen. Die Kompetenzbestimmungen räumen dem Bund die Befugnis ein (oder auferlegen ihm sogar die Pflicht), einen Sachbereich zu regeln. Teilweise beschränken sich solche Verfassungsnormen auf die Einräumung einer Regelungskompetenz, wie etwa die Bestimmungen über Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger oder über Kernenergie (Art. 87 und 90 BV). Oft werden die Kompetenznormen allerdings ergänzt durch inhaltliche Fixpunkte, die bei der Gesetzgebung zu beachten sind, wie z.B. Art. 95 Abs. 3 BV betr. Vergütungen für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung von Aktiengesellschaften oder Art. 113 BV betreffend die berufliche Vorsorge. Unabhängig von der Ausgestaltung der Kompetenzbestimmungen steht dem Gesetzgeber ein mehr oder weniger grosser Gestaltungsspielraum offen, der mehrere Regelungsmöglichkeiten zumindest in Einzelfragen zulässt.

Die Anpassung der Gesetzgebung kann in all diesen Fällen erst vorgenommen werden, wenn die Verfassungsgrundlagen geschaffen sind. Aus diesem Grund erfolgt zuerst die Verfassungsänderung. Wenn diese in der obligatorischen Abstimmung von Volk und Ständen angenommen worden ist, können die gesetzlichen Regelungen ausgearbeitet werden. Dieses Verfahren wird als *Zwei-Phasen-System* bezeichnet.⁶

Das gestufte Verfahren mit der Anpassung der Verfassung in einem ersten Schritt und dem anschliessenden Erlass oder der Revision der Gesetze stellt das demokratisch korrekte Verfahren nicht nur im Bund, sondern auch in den Kantonen dar.

In den Kantonen bildet es allerdings eher die Ausnahme als die Regel:

- In *Appenzell Ausserrhoden* wurden in der Volksabstimmung vom 13. Juni 2010 im Rahmen der Justizreform mehrere Bestimmungen der Kantonsverfassung⁷ geändert. Gestützt darauf erliess der Kantonsrat im September 2010 des Justizgesetz.⁸ Sodann wurde für eine Staatsleitungsreform die Kantonsverfassung am 18. Mai 2014 revidiert. Die Umsetzung auf Gesetzesstufe erfolgte erst anschliessend mit der Revision des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 1. Mai 2015 und dem Erlass eines neuen Kantonsratsgesetzes am 24. September 2018.⁹

⁶ WERTENSCHLAG, S. 521; AUER, Contre-projet, N 31 f.

⁷ Insbesondere Art. 94 der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (KV/AR).

⁸ Justizgesetz vom 13. September 2010.

⁹ Art. 61 ff. KV/AR; Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (Organisationsgesetz, OrG) vom 29. November 2004; Kantonsratsgesetz (KRG) vom 24. September 2018.

- Ähnlich wurde im Kanton *Nidwalden* für die Justizreform in der Volksabstimmung vom 2. Mai 2010 zunächst die Kantonsverfassung geändert.¹⁰ Erst anschliessend behandelte der Landrat das Gerichtsgesetz und verabschiedete es am 9. Juni 2010.¹¹ Für die zurzeit laufende Revision des Gemeinderechts ist ein analoges Verfahren vorgesehen.

B. Kombiniertes Verfahren

1. Ausgangspunkt

Vor allem auf kantonaler Ebene werden die Verfassungs- und Gesetzesänderungen oft gleichzeitig vom Parlament verabschiedet. Dieses Verfahren wird als *Ein-Phasen-System* bezeichnet.¹² Im Zeitpunkt der Ausarbeitung und Verabschiedung der neuen Gesetzesbestimmungen durch das Parlament ist also die verfassungsrechtliche Grundlage noch nicht rechtsverbindlich beschlossen.

Ein neueres Beispiel aus dem Kanton *Zürich* bildet die Vorlage über die Wählbarkeitsvoraussetzungen und die Altersgrenze für die Mitglieder der obersten kantonalen Gerichte (Obergericht, Verwaltungsgericht und Sozialversicherungsgericht) vom 25. September 2023.¹³ Mit zwei Beschlüssen vom gleichen Tag hat der Kantonsrat eine Änderung von Art. 40 der Kantonsverfassung¹⁴ und Änderungen verschiedener Gesetze¹⁵ verabschiedet.

Gemäss Art. 40 Abs. 1 KV/ZH kann in den Kantonsrat, den Regierungsrat, die obersten kantonalen Gerichte und den Ständerat gewählt werden, wer in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigt ist. Der neue Art. 40 Abs. 2 KV/ZH bestimmt sodann, dass für die Wahl in die obersten kantonalen Gerichte das Gesetz weitere Wählbarkeitsvoraussetzungen, Ausnahmen von der Wohnsitzpflicht und Bestimmungen zur Amtsdauer festlegen kann.

Mit der gleichzeitig erfolgten Änderung von § 32 GPR/ZH wird für die voll- und teilamtlichen Mitglieder der Gerichte festgelegt, dass sie am Ende des Monats aus dem Amt ausscheiden, in dem sie das 68. Altersjahr vollenden. Die neuen Bestimmungen der Justiz-

¹⁰ Art. 67 ff. der Verfassung des Kantons Nidwalden vom 10. Oktober 1965 (KV/NW).

¹¹ Gesetz über die Gerichte und die Justizbehörden (Gerichtsgesetz, GerG) vom 9. Juni 2010.

¹² WERTENSCHLAG, S. 521 ff.; AUER, Contre-projet, N 33, mit Beispielen aus der Praxis des Bundes (N 34 ff.) und der Kantone (N 37 f.).

¹³ Amtsblatt des Kantons Zürich (ABl) vom 29. September 2023, RS-ZH02-0000000183 und RS-ZH08-0000000192; Beschluss des Regierungsrates 508 vom 15. Mai 2024, ABl vom 24. Mai 2024, RS-ZH03-0000000772. Ausgelöst wurde die Revision durch BGE 147 I 1 ff.

¹⁴ Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV/ZH).

¹⁵ Gesetz über die politischen Rechte (GPR) vom 1. September 2003; Verwaltungsrechtspflegengesetz (VRG) vom 24. Mai 1959; Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010; Gesetz über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) vom 7. März 1993.

gesetze¹⁶ sehen sodann vor, dass die Wählbarkeit als Mitglied des Verwaltungsgerichts, des Obergerichts oder des Sozialversicherungsgerichts den Abschluss eines juristischen Studiums gemäss dem Anwaltsgesetz des Bundes¹⁷ voraussetzt. Diese Gesetzesänderungen stehen unter dem Vorbehalt, dass die Stimmberechtigten die Änderung von Art. 40 KV/ZH vom gleichen Tag annehmen.¹⁸

Dass der Kantonsrat Gesetzesänderungen beschliesst, für die noch keine rechtskräftige Verfassungsgrundlage besteht, erscheint zulässig in Anbetracht des erwähnten Vorbehalts für das Inkrafttreten der Gesetzesänderungen.¹⁹ Es bildet auch gängige Praxis in den Kantonen.²⁰

2. Referendum

(a) Für die Stimmberechtigten ist es entscheidend, dass sie ihre demokratischen Mitwirkungsrechte korrekt wahrnehmen können. Das bedeutet zweierlei: Einerseits müssen die Verfassungsänderung und die Gesetzesänderungen Gegenstand *separater Beschlüsse* bilden; der Grundsatz der Einheit der Form verbietet es, sie in einer Vorlage zu vereinigen. Das dürfte heute unbestritten sein.²¹

Verfassungsänderungen unterliegen im Bund und in den Kantonen generell dem obligatorischen Referendum.²² Dagegen steht gegen Gesetze im Bund²³ und in den meisten Kantonen in der Regel das fakultative Referendum zur Verfügung; eine Volksabstimmung muss nur durchgeführt werden, wenn sie von einer bestimmten Anzahl Stimmberechtigter verlangt wird.

(b) Nur die Landsgemeindekantone Glarus und Appenzell Innerrhoden sowie Uri kennen generell das *obligatorische Gesetzesreferendum*.²⁴ In einigen Kantonen unterliegen nur einzelne Gesetze dem obligatorischen Referendum,²⁵ in anderen ist das Referendum obliga-

¹⁶ § 33 Abs. 2 VRG; § 34 Abs. 2 GOG; § 5 Abs. 2 GSVGer.

¹⁷ Art. 7 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000.

¹⁸ Gegen die Gesetzesänderungen ist das Referendum nicht ergriffen worden. Der Verfassungsänderung haben die Stimmberechtigten in der Volksabstimmung vom 3. März 2024 zugestimmt.

¹⁹ So auch WERTENSCHLAG, S. 524; HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N 1620.

²⁰ Vgl. die nachfolgenden Beispiele.

²¹ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N 1620. Dies war nicht immer so; vgl. WERTENSCHLAG, S. 528 f.

²² Art. 140 Abs. 1 lit. a und Art. 51 Abs. 1 BV.

²³ Art. 141 lit. a und b BV.

²⁴ Art. 69 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988 (KV/GL); Art. 20 Abs. 1 der Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I.Rh. vom 24. November 1872 (KV/AI); Art. 24 lit. b der Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984 (KV/UR). Im Kanton Uri gibt es neben den Gesetzen, die dem obligatorischen Referendum unterliegen, Parlamentsverordnungen, für die das fakultative Referendum gilt (Art. 25 Abs. 2 lit. a KV/UR); diese haben somit auch Gesetzescharakter.

²⁵ AUER, Staatsrecht, N 1007.

torisch, falls das Parlament der Vorlage nicht mit einer qualifizierten Mehrheit von z.B. zwei Dritteln oder vier Fünfteln der Anwesenden zugestimmt hat.²⁶ In weiteren Kantonen kann auch das Parlament die Unterstellung unter das obligatorische Referendum beschliessen²⁷ oder eine Minderheit des Kantonsparlaments kann das Referendum ergreifen (Parlaments- oder Behördenreferendum).²⁸

Soweit Gesetzesänderungen von Gesetzes wegen oder auf Beschluss des Kantonsparlaments der obligatorischen Volksabstimmung unterliegen, kann die Volksabstimmung über die Verfassungs- und Gesetzesänderungen gleichzeitig durchgeführt werden. Das ist denn auch regelmässig der Fall in den Kantonen Uri, Glarus und Appenzell Innerrhoden, aber auch in Baselland und Schaffhausen. Im Kanton *Bern* wurden 2007 die Verfassungsänderung zur Einführung der überkommunalen Zusammenarbeit in Regionalkonferenzen und die darauf abgestützten Änderungen des Gemeindegesetzes²⁹ am gleichen Tag verabschiedet. Die Gesetzesänderungen wurden durch Beschluss des Grossen Rates dem obligatorischen Referendum unterstellt und zusammen mit der Verfassungsänderung am 17. Juni 2007 in der Volksabstimmung angenommen.

(c) Unterliegen dagegen Gesetzesänderungen dem *fakultativen Volksreferendum*, so sollten die Volksabstimmungen auch zeitlich getrennt werden. Für die Gesetzesänderungen kann die Referendumsfrist erst eröffnet werden, wenn die Verfassungsänderungen in der Volksabstimmung angenommen worden sind.³⁰

Dieses Verfahren findet nur in wenigen Kantonen Anwendung:

- Im Kanton *Graubünden* wurden zur Einführung eines neuen Wahlsystems für den Grossen Rat³¹ vom Parlament am gleichen Tag die Kantonsverfassung revidiert und ein neues Grossratswahlgesetz verabschiedet.³² Das Gesetz wurde jedoch erst nach der Annahme der Verfassungsänderung in der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 im Amtsblatt publiziert; damit wurde die Referendumsfrist ausgelöst.³³
- Das gleiche Verfahren findet im Kanton *Freiburg* in einem laufenden Verfahren im Gesundheitsbereich (Notfalldienst in den Spitälern) Anwendung: gleichzeitige Ver-

²⁶ So Solothurn, Baselland und Schaffhausen (Art. 35 Abs. 1 lit. d der Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 2016 [KV/SO]; Art. 30 lit. b KV/BL; Art. 33 Abs. 1 lit. a der Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 [KV/SH]).

²⁷ So etwa im Kanton Bern gemäss Art. 61 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV/BE). Vgl. AUER, Staatsrecht, N 1010.

²⁸ So etwa im Kanton Zürich gemäss Art. 33 Abs. 2 lit. c KV/ZH. Vgl. AUER, Staatsrecht, N 1030 ff.

²⁹ Art. 110a KV/BE; Art. 137 ff. des Gemeindegesetzes vom 16. März 1998.

³⁰ Vgl. dazu hinten bei Fn. 51.

³¹ Im Anschluss an BGE 145 I 259.

³² Art. 27 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. September 2003 (KV/GR); Gesetz über die Wahl des Grossen Rates (Grossratswahlgesetz, GRWG) vom 16. Februar 2021.

³³ Das Referendum wurde nicht ergriffen, so dass die revidierte Verfassungsbestimmung und das neue Gesetz am 1. Oktober 2021 in Kraft treten konnten. Vgl. auch SCHULER, Art. 17 N 41 ff.

abschiedung der Verfassungsänderung (Initiative mit direktem Gegenvorschlag) und der darauf beruhenden Gesetzesanpassung³⁴ durch den Grossen Rat; Auslösung der Referendumsfrist erst nach Annahme der Verfassungsrevision in der Volksabstimmung.

In einer ähnlichen Konstellation kennt der *Bund* dieses Verfahren, wenn die Bundesversammlung einer Volksinitiative zur Änderung der Bundesverfassung einen indirekten Gegenvorschlag in der Form einer Gesetzesänderung gegenüberstellt.³⁵ In diesem Fall tritt die Gesetzesänderung nur in Kraft, wenn die Volksinitiative in der Volksabstimmung abgelehnt wird (negative Bedingung).³⁶ Die Bundesversammlung beschliesst ihre Stellungnahme zur Volksinitiative gleichzeitig mit den Gesetzesänderungen, die als indirekter Gegenvorschlag der abgelehnten Volksinitiative gegenübergestellt werden. Die Gesetzesänderungen werden jedoch erst im Bundesblatt veröffentlicht, nachdem die Volksinitiative in der Volksabstimmung abgelehnt worden und damit die Bedingung für die Gesetzesänderungen erfüllt ist.

Beispiele aus neuerer Zeit sind die indirekten Gegenvorschläge zur Konzernverantwortungsinitiative³⁷ und zur Pflegeinitiative³⁸, über die in den Jahren 2020 und 2021 abgestimmt wurde. Der Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative konnte nach der Ablehnung der Volksinitiative in der Volksabstimmung und nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist in Kraft treten³⁹, während der Gegenvorschlag zur Pflegeinitiative⁴⁰ nach der Annahme der Initiative in der Volksabstimmung gegenstandslos wurde.

(d) In mehreren Kantonen wird dies *anders* gehandhabt:

- Im Kanton *Zürich* werden in konstanter Praxis die Verfassungsänderung und die darauf abgestützten Gesetzesrevisionen gleichzeitig im Amtsblatt publiziert. Für die Ver-

³⁴ Art. 68 der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (KV/FR); Gesundheitsgesetz (GesG) vom 16. November 1999.

³⁵ Art. 73a Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR) vom 17. Dezember 1976. Vgl. dazu AUER, Contre-projet, N 9 ff.

³⁶ In diesem Fall geht es um eine negative, im Fall der Verfassungsgrundlage für ein Gesetz dagegen um eine positive Bedingung. Trotzdem sind die beiden Konstellationen zumindest mit Bezug auf die hier erörterte Frage des Zeitpunkts der Eröffnung der Referendumsfrist miteinander vergleichbar. In beiden Fällen geht es um die Frage der Zumutbarkeit der Unterschriftensammlung für ein fakultatives Referendum, bevor die Bedingung eingetreten ist und damit feststeht, dass das Gesetz in Kraft treten kann, falls es angenommen wird.

³⁷ Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (Konzernverantwortungsinitiative), abgelehnt in der Volksabstimmung vom 29. November 2020 (BBl 2020, 5505; 2021, 891).

³⁸ Volksinitiative «Für eine starke Pflege (Pflegeinitiative)», angenommen in der Volksabstimmung vom 28. November 2021 (Art. 117b BV).

³⁹ Änderungen des Schweizerischen Obligationenrechts und des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 19. Juni 2020 (Art. 964a–964c und Art. 964j–964l OR sowie Art. 325^{bis} und 325^{ter} StGB; AS 2021, 846).

⁴⁰ Bundesgesetz über die Förderung der Ausbildung im Bereich der Pflege vom 19. März 2021 (BBl 2019, 8063; 2021, 681).

fassungsrevision bildet dies die Grundlage für die Durchführung der obligatorischen Volksabstimmung. Für die Gesetzesänderungen wird mit der Publikation die Frist von 60 Tagen für die Ergreifung des fakultativen Referendums gemäss Art. 33 Abs. 3 KV/ZH ausgelöst. Wer für die getroffene gesetzliche Regelung eine Volksabstimmung verlangen will, muss die erforderlichen 3000 Unterschriften sammeln, bevor feststeht, dass die Verfassungsänderung zustande kommt. Die Vorlagen über die Einführung des Stimmrechtsalters 16⁴¹ sowie über die Wählbarkeitsvoraussetzungen und den Altersrücktritt der Mitglieder der obersten kantonalen Gerichte⁴² sind Beispiele für dieses Vorgehen.

- Unterstellt im Kanton *Bern* der Grosse Rat eine Gesetzesänderung nicht dem obligatorischen Referendum, so wird auch dort die Frist für das fakultative Referendum ausgelöst, bevor die Volksabstimmung über die Verfassungsänderungen durchgeführt worden ist. So wurde bei der (in der Volksabstimmung gescheiterten) Einführung des Stimmrechtsalters 16 im Jahr 2021 vorgegangen.⁴³
- Auch im Kanton *Schwyz* gibt es ein Beispiel zu diesem Vorgehen: Am 17. Dezember 2014 verabschiedete der Kantonsrat den Gegenvorschlag zu einer Volksinitiative, mit welcher die Majorzwahl für den Kantonsrat verlangt worden war; der neue § 48 Abs. 3 KV/SZ⁴⁴ führte das Proporzwahlssystem mit Sitzgarantie ein. Am gleichen Tag verabschiedete der Kantonsrat auch ein neues Kantonsratswahlgesetz.⁴⁵ Dieses wurde gleichzeitig mit der Verfassungsänderung im kantonalen Amtsblatt vom 19. Dezember 2014 veröffentlicht, was die Referendumsfrist auslöste.⁴⁶
- Im Kanton *Freiburg* gelangte dieses Verfahren 2008 bei einer Verfassungs- und Gesetzesänderung zum Passivrauchen zur Anwendung.⁴⁷
- Ähnlich werden im Kanton *Solothurn* Verfassungs- und Gesetzesänderungen entweder gleichzeitig oder nacheinander vom Parlament verabschiedet; die Referendumsfrist für die Gesetzesänderungen wird vor der Abstimmung über die Verfassungsrevision ausgelöst. Ein Beispiel aus neuerer Zeit bildet die Revision des kantonalen Schulrechts von 2021/22.⁴⁸
- Auch im Kanton *St. Gallen* gibt es mehrere Beispiele für dieses Vorgehen. So wurde in der Volksabstimmung vom 17. Mai 2009 einer Revision der Kantonsverfassung zu-

⁴¹ Vgl. dazu hinten IV.A.

⁴² Vorne III.B.1, bei Fn. 13–18.

⁴³ Änderungen von Art. 55, 67 und 114 KV/BE sowie des Gesetzes über die politischen Rechte (PRG) vom 29. November 2021.

⁴⁴ Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (KV/SZ).

⁴⁵ Kantonsratswahlgesetz (KRWG) vom 17. Dezember 2014.

⁴⁶ Das Referendum wurde nicht ergriffen.

⁴⁷ Art. 68 KV/FR; Änderung des Gesundheitsgesetzes vom 20. Juni 2008. Anders dagegen in einem neueren Verfahren; vgl. vorne bei Fn. 34.

⁴⁸ Art. 105 KV/SO in der Fassung vom 15. Mai 2022; Volksschulgesetz vom 26. Januar 2022.

gestimmt, nach welcher neben Gemeindeverbänden auch Zweckverbände zugelassen werden.⁴⁹ Die Referendumsfrist für das neue Gemeindegesetz wurde bereits am 9. März 2009 durch die Publikation im Amtsblatt ausgelöst.⁵⁰

- Auch in den Kantonen *Aargau*, *Tessin* und *Genf* wird so vorgegangen.

(e) Diese Praxis halte ich für *unzulässig*.⁵¹ Es ist ja möglich, dass die Stimmberechtigten zwar der Verfassungsnorm zustimmen, aber die gewählte gesetzliche Regelung ablehnen. Im angeführten Beispiel aus dem Kanton Zürich kann dem Grundsatz, dass die Wählbarkeitsvoraussetzungen und der Altersrücktritt gesetzlich geregelt werden, zugestimmt werden; gleichzeitig kann die gewählte gesetzliche Lösung (juristisches Studium als Wählbarkeitsvoraussetzung und Altersrücktritt mit vollendetem 68. Altersjahr) abgelehnt werden.

Wird die Referendumsfrist ausgelöst, bevor über die Verfassungsänderung abgestimmt worden ist, so werden die Gegner der gesetzlichen Regelung gezwungen, Unterschriften für das Gesetzesreferendum zu sammeln, obwohl noch offen ist, ob der Anpassung der Verfassung zugestimmt wird. Damit wird die differenzierte Regelung mit obligatorischem Verfassungs- und fakultativem Gesetzesreferendum unterlaufen.

Das scheint mir undemokratisch. Der Zwang, Unterschriften gegen eine Gesetzesänderung zu sammeln, die möglicherweise ohnehin nicht in Kraft treten kann, verletzt die politischen Rechte und ist deshalb verfassungswidrig. Ohne diese konkrete Begründung führte denn auch bereits vor 40 Jahren WERTENSCHLAG aus: «Nur Kantone mit obligatorischem Gesetzesreferendum (oder solche mit Behördenreferendum) haben Anlass und Möglichkeit, am gleichen Termin über Verfassung und Gesetz abstimmen zu lassen.»⁵²

IV. Zwingende Gesetzesänderungen

A. Ausgangspunkt

Etwas anders ist die Situation, wenn eine Verfassungsbestimmung dem Gesetzgeber keinerlei Gestaltungsspielraum einräumt. Auch dazu kann ein neueres Beispiel aus dem Kanton *Zürich* angeführt werden:

Am 15. November 2021 beschloss der Kantonsrat Änderungen von Art. 22, 40 und 82 KV/ZH, mit welchen das Alter für das Stimm- und aktive Wahlrecht generell auf 16 herabgesetzt wurde.⁵³ Mit Bezug auf das passive Wahlrecht bestimmte der revidierte Art. 22 Abs. 2 KV/

⁴⁹ Art. 96 und 97 der Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (KV/SG).

⁵⁰ Gemeindegesetz (GG) vom 21. April 2009.

⁵¹ Vgl. auch JAAG, Bedingte Gesetzgebung.

⁵² WERTENSCHLAG, S. 529; im gleichen Sinn AUER, Contre-projet, N 33; SCHULER, Art. 17 N 45.

⁵³ Amtsblatt vom 19. November 2021, RS-ZH02-0000000130.

ZH: «Wählbar sind Personen, welche die Voraussetzungen nach Abs. 1 erfüllen und das 18. Altersjahr zurückgelegt haben. Vorbehalten bleibt Art. 40 Abs. 1 Satz 2.» Art. 40 Abs. 1 legte das Wählbarkeitsalter für die Mitglieder des Kantonsrates, des Regierungsrates und der obersten kantonalen Gerichte sowie die Zürcher Mitglieder des Ständerates auf 18 Jahre fest; Satz 2 bestimmte: «Wer in die übrigen Behörden gewählt werden kann, bestimmt das Gesetz.»

Am gleichen Tag wurden auch Änderungen des Gesetzes über die politischen Rechte (GPR) beschlossen, mit welchen das Stimm- und aktive Wahlrechtsalter auf 16 herabgesetzt wurde.⁵⁴ Gleichzeitig wurde durch Änderungen von drei weiteren Gesetzen das Wählbarkeitsalter für Richterinnen und Richter der Bezirksgerichte sowie des Steuer- und des Baurekursgerichts auf 18 Jahre festgesetzt.⁵⁵ Auch in diesem Fall waren die Gesetzesänderungen mit dem Vorbehalt verbunden, dass sie nur in Kraft treten können, wenn die Änderungen der Kantonsverfassung vom gleichen Tag angenommen werden. Auch diese Gesetzesänderungen wurden sogleich im Amtsblatt veröffentlicht und damit die Referendumsfrist ausgelöst. Da die Verfassungsänderungen in der Volksabstimmung vom 15. Mai 2022 abgelehnt wurden,⁵⁶ waren auch die Gesetzesänderungen hinfällig.

Die Festlegung des Stimmrechtsalters in der Kantonsverfassung ist unmittelbar anwendbar. Dass auch im Gesetz über die politischen Rechte das Stimmrechtsalter festgelegt wird, ist eine Wiederholung, der keine selbständige Bedeutung zukommt; selbst wenn das Gesetz nicht angepasst würde, würde die verfassungsrechtliche Regelung gelten. Wäre nur die Änderung dieser Gesetzesbestimmung vorgenommen worden, so hätte es sich dabei um eine zwingende Gesetzesänderung gehandelt.

Dagegen stand dem Gesetzgeber mit Bezug auf das Wählbarkeitsalter der Mitglieder der unteren Gerichte nach dem revidierten Art. 40 Abs. 2 KV/ZH ein Entscheidungsspielraum zu, von dem er mit der Revision der drei Gesetze Gebrauch gemacht hat. Diese weiteren Gesetzesänderungen waren deshalb nicht-zwingender Natur.

B. Referendum

Grundsätzlich müsste auch in solchen Fällen das gestufte Verfahren eingehalten werden, indem zunächst die Verfassungsänderung beschlossen und anschliessend die Gesetzesanpassungen vorgenommen werden. Allerdings stellt sich bei zwingenden Gesetzes-

⁵⁴ § 3 Abs. 1 lit. b GPR. In § 3 Abs. 1 lit. d und in § 109 Abs. 1 GPR wurden überdies formelle Anpassungen an geänderte Bestimmungen des Bundesrechts bzw. an die geänderte Kantonsverfassung vorgenommen.

⁵⁵ § 55 Abs. 2 GOG; § 113 Abs. 3 des Steuergesetzes (StG) vom 8. Juni 1997; § 334 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) vom 7. September 1975 (Amtsblatt vom 19. November 2021, RS-ZH08-0000000121).

⁵⁶ Amtsblatt vom 20. Mai 2022, RS-ZH09-0000000070.

anpassungen die Frage, ob sie nicht mit dem gleichen Beschluss wie die Verfassungsänderung verabschiedet werden könnten. Das Gesetzesreferendum macht keinen Sinn, wenn die Verfassungsänderung unmittelbar anwendbar ist und somit auch der negative Ausgang der Volksabstimmung über die Gesetzesänderungen an der Rechtslage nichts ändern würde. Wenn es nichts zu entscheiden gibt, ist kein Platz für ein Referendum.

Verfassungs- und Gesetzesänderungen sind in solchen Fällen zwingend miteinander verbunden und müssen deshalb auch in einem Beschluss gemeinsam zur Abstimmung gebracht werden. Dies ist zwar weder in der Kantonsverfassung noch gesetzlich vorgesehen, lässt sich jedoch aus dem Sinn des Referendums ableiten. Es drängt sich deshalb eine entsprechende verfassungsrechtliche oder zumindest gesetzliche Regelung auf. Diese muss beschränkt sein auf die Fälle, in welchen dem Gesetzgeber keinerlei Gestaltungsspielraum zusteht.

Die *Bundesverfassung* sieht ein solches Verfahren ausdrücklich vor für die Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen, die Änderungen der Bundesverfassung oder von Bundesgesetzen zur Folge haben. Gemäss Art. 141a BV kann die Bundesversammlung die Genehmigung des Staatsvertrags mit den erforderlichen Verfassungs- oder Gesetzesänderungen in einem Beschluss zusammenfassen und gemeinsam dem obligatorischen oder dem fakultativen Referendum unterstellen.

Dies gilt allerdings nicht nur für zwingende innerstaatliche Regelungen, sondern für solche, «die der Umsetzung des Vertrags dienen»⁵⁷. Eine solche Regelung mag bei völkerrechtlichen Verträgen erforderlich und damit sachgerecht sein. Im innerstaatlichen Rechtsetzungsverfahren muss die Möglichkeit der Verbindung von Verfassungs- und Gesetzesänderungen in einem Beschluss auf jene (seltenen) Fälle beschränkt werden, in welchen dem Gesetzgeber kein Regelungsspielraum offensteht, also nur bei zwingenden Gesetzesänderungen.

V. Zusammenfassende Würdigung

Als Fazit ist festzuhalten, dass ein Rechtsetzungsverfahren, bei welchem sowohl die Verfassung als auch Gesetze geändert werden, die demokratischen Rechte der Bürgerinnen und Bürger nicht beeinträchtigen darf. Das macht es erforderlich, dass die Referendumsfrist für Gesetzesänderungen erst eröffnet wird, wenn die zugrundeliegende Verfassungsänderung in einer Volksabstimmung angenommen worden ist. Das bedeutet eine Abweichung von der allgemeinen Regel, dass Gesetze unmittelbar nach ihrer Verabschiedung durch das Parlament im Amtsblatt veröffentlicht werden müssen. Solange es dazu keine gesetzliche Regelung gibt, muss dies in der Praxis entsprechend gehandhabt werden.

⁵⁷ Vgl. dazu BIAGGINI, OFK BV, Art. 141a N 5; EGLI, St. Galler Kommentar BV, Art. 141a N 18 ff.; SAXER, S. 821 ff.

Anders darf es nur in jenen seltenen Fällen sein, in denen die Gesetzesänderungen zwingende Folgen der Verfassungsänderung sind und dem Gesetzgeber deshalb kein Entscheidungsspielraum zusteht. Solche Gesetzesänderungen sind nicht dem fakultativen Referendum zu unterstellen. Vielmehr stehen zwei alternative Möglichkeiten zur Verfügung: Entweder sind die Gesetzesänderungen in *einer* Vorlage mit der Verfassungsänderung der obligatorischen Volksabstimmung zu unterstellen. Oder im Beschluss über die Verfassungsänderung ist das Parlament zu beauftragen, die erforderlichen Gesetzesänderungen nach Annahme der Verfassungsänderung unter Ausschluss des Referendums vorzunehmen. Die erste Variante ist einfacher und deshalb vorzuziehen, zumal es sie ähnlich bereits für Anpassungen des nationalen Rechts an völkerrechtliche Verträge gibt. Eine solche Lösung sollte im kantonalen Gesetz über die politischen Rechte verankert werden.

VI. Literaturverzeichnis

- AUER ANDREAS, Contre-projet indirect, procédure à une phase et clause référendaire conditionnelle, ZBJV 1986, S. 209 ff. (zit. AUER, Contre-projet)
- AUER ANDREAS, Staatsrecht der Kantone, Bern 2016 (zit. AUER, Staatsrecht)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, OFK BV, Art. ... N ...)
- EGLI PATRICIA, Kommentar zu Art. 141a, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. EGLI, St. Galler Kommentar BV, Art. 141a N ...)
- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS/BRAUN BINDER NADJA/GLASER ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023
- JAAG TOBIAS, Bedingte Gesetzgebung, ZBl 2022, S. 169 f.
- SAXER URS, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV: auch ein Problem der Volksrechte, AJP 2005, S. 821 ff.
- SCHULER FRANK, Kommentar zu Art. 17, in: Bänziger/Mengiardi/Toller & Partner (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Chur 2006 (zit. SCHULER, Art. 17 N ...)
- WERTENSCHLAG RUDOLF, Das Ein-Phasen-System in den Kantonen und im Bund, ZBl 1984, S. 521 ff.

Ein Verbot, das für Freiheit steht

Das Instruktionsverbot – ein mächtiges unscheinbares Prinzip der Demokratie

*Moritz von Wyss**

Inhaltsverzeichnis

I.	Perpetuum mobile juris	309
II.	Ein freiheitliches Verbot	310
III.	Ein wandelbares Verbot	312
IV.	Ein facettenreiches Verbot	315
V.	Ein mächtiges Verbot	317
VI.	Literaturverzeichnis	318

I. Perpetuum mobile juris

Bei einem vorsommerlichen Apéro zwischen Vorlesung und Rückreise nach Bern meinte Regina Kiener einmal sinngemäss, wir Juristinnen und Juristen seien Systembewahrende. Wir würden Grenzen setzen, uns darum herum bewegen, und selbst wenn wir diese Grenzen kritisierten, täten wir dies nur im Rahmen des Systems. Die Juristinnen und Juristen als «perpetuum mobile juris»?

Eine dieser Grenzen ist diejenige zwischen Recht und Politik, sie findet sich im Schrifttum von Regina Kiener immer wieder. Ihre untrügerische Unterscheidung zwischen freier und formalisierter Macht definiert den Ermessensspielraum und ist für die Praxis sehr wertvoll; dies zum Beispiel bei Wahl-, Wiederwahl- oder Disziplinarverfahren von Richterinnen und Richtern, beim Polizeirecht, bei Einbürgerungsverfahren oder bei den Informationsrechten von parlamentarischen Kommissionen.

Die Grenze zwischen Politik und Recht muss im Parlament täglich abgesteckt werden, sie ist fließend. Wird sie verletzt, kann das zu sehr emotionalen Momenten führen. Bisweilen sind diese Diskussionen so emotional, beispielsweise bei einem Fraktionswechsel, dass man aus juristischer Perspektive nur verwundert den Kopf schütteln kann. Aber diese Grenze ist in der Demokratie elementar: Sie zieht den Strich dort, wo die politische Diskussion

* Generalsekretär des Kantonsrates Zürich, Dr. iur.

oder der Streit in einen bindenden Entscheid mündet, der vom Volk nur noch abgelehnt oder angenommen werden kann und schliesslich in Rechtskraft erwächst.¹

Ein verfassungsmässiges Prinzip, das diese Grenze zwischen Politik und Recht zieht, ist das Instruktionsverbot.² Dabei handelt es sich um einen «Grenzstein», der sich über die Jahrzehnte immer wieder verschiebt, der fast in Vergessenheit gerät und dann plötzlich wieder aktuell wird. So führte nach der Wahl von Beat Jans zum Bundesrat im Dezember 2023 eine Aussage des Präsidenten der FDP zu einem kleinen medialen Wirbel. Er gab offenherzig zu, dass es in seiner Fraktion eine «*soziale Kontrolle*» bei Wahlen gebe und man schon wisse, wie die Mitglieder stimmen würden. Die öffentliche Empörung war gross, ob gespielt oder echt. Insbesondere wurde der Vorwurf laut, dies widerspreche dem Instruktionsverbot und sei «kaum noch liberal»³.

Das Instruktionsverbot – ein «liberales Verbot»?! Was beinhaltet dieses Verbot? Befreit oder schützt es die Ratsmitglieder? Ist es eine Pflicht oder gar ein Machtinstrument? Diesen Fragen möchte ich hier nachspinnen, vielleicht mehr als Gedankenexposition an der Grenze zwischen Politik und Recht.

II. Ein freiheitliches Verbot

In der Schweiz wird das Prinzip der «auftragsfreien Repräsentation», das parlamentarische «freie Mandat» mit dem Begriff «Instruktionsverbot» umschrieben. Allein diese Begriffsverwendung weist – neben einer gewissen sprachlichen Skurrilität – auf das Kontroverse in dieser Bestimmung hin: Es ist ein Verbot, das dem einzelnen Parlamentsmitglied Freiheit gewährt, ein «Verbot für die Freiheit» sozusagen. Es ist die privilegierte Ausgestaltung der persönlichen Freiheit der gewählten Parlamentsmitglieder und gleichzeitig Programm für das parlamentarische Handeln. Die Ratsmitglieder sind an keine Bindung gebunden, die ihr Handeln als Parlamentsmitglied beeinflussen könnte. Sie dürfen freiwillig Verpflichtungen eingehen. Binden diese Verpflichtungen jedoch an ein bestimmtes parlamentarisches Handeln, sind sie ungültig und können vor Gericht nicht durchgesetzt werden.⁴ Ein Vertrag, der ein bestimmtes parlamentarisches Verhalten verlangt, wäre vom Gericht als nichtig zu erklären. Es bleibt die Verpflichtung gegenüber Verfassung und Gesetz. Die Parlamentsmitglieder sollen dem Gemeinwohl, dem Gesamtinteresse verpflichtet sein⁵. In diesem

¹ TSCHANNEN, Stimmrecht, S. 180.

² Art. 161 Abs. 1 Bundesverfassung [BV; SR 101].

³ Vgl. ENG ADRIAN, Wahlzettelkontrolle bei der FDP? Burkarts Aussage sorgt für Wirbel, in: Tagesanzeiger vom 14. Dezember 2023, 16.23 (online).

⁴ AUBERT, Petit Commentaire, Art. 161 N 4; BIAGGINI, Art. 161, N 6; LAMMERS, CR Cst., Art. 161 N 12; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1214; THURNHERR, BSK BV, Art. 161 N 12.

⁵ SALADIN, S. 51.

Sinne sichert das Instruktionsverbot den liberalen Geist der Bundesverfassung und gilt, wie das Bundesgericht festgestellt hat, auf allen staatlichen Ebenen der Schweiz.⁶

Das Instruktionsverbot befreit die Ratsmitglieder derart weitgehend, dass dem Volk formal nur die alle vier Jahre wiederkehrende Wahl als Sanktionsmöglichkeit zur Verfügung steht. Das Bundesgericht hat in einem neuen Entscheid dieser Volkswahl eine besondere Bedeutung zugemessen. Täuscht ein Ratsmitglied seine Wählerinnen und Wähler absichtlich über einen anstehenden Parteiwechsel und vollzieht es diesen erst nach der Wahl, dann gewichtet das Bundesgericht den grundrechtlichen Anspruch auf unverfälschte Willenskundgabe⁷ höher als die Freiheit des Ratsmitglieds im Sinne des Instruktionsverbots, jederzeit die Partei zu wechseln.⁸ Das Instruktionsverbot befreit also nicht von den verfassungsmässigen Pflichten, wie bspw. Handeln nach Treu und Glauben.⁹

Die schweizerische freiheitsbezogene Auslegung ist ursprünglich auf die Repräsentationstheorien des Waadtländer Benjamin Constant zurückzuführen, dessen Staatsdenken des «juste milieu» die Schweiz zur Zeit der Regeneration stark prägte.¹⁰ Die Parlamentsmitglieder vertreten die nationalen Interessen und sind als Repräsentanten dogmatisch von den Wählerinnen und Wählern so weit entfernt, dass nur «*ihr Wunsch, wiedergewählt zu werden*» eine Identifikation mit den von ihnen vertretenen Interessen bewirkt.¹¹

1848 war das Instruktionsverbot gegen die Macht der Kantone gerichtet und führte auf Bundesebene einen modernen Parlamentarismus ein, der sich gegenüber der alten, weisungsgebundenen Tagsatzung abgrenzte.¹² Der Staat, insbesondere das Parlament als oberstes Organ, soll im Sinne der liberalen Repräsentationstheorie in der öffentlichen Diskussion frei zu seinen Entscheiden finden und damit im Gesamtinteresse des Bundes handeln. Diese Freiheit wurde durch das Verfassungsreferendum und die Wahl des Nationalrates durch das Volks beschränkt. Obwohl das Instruktionsverbot nicht unumstritten war,¹³ erlaubte es den neuen jungen Bundesbehörden, sich von den föderalen und damals mächtigen Gliedstaaten abzugrenzen.

Irrtümlich wird immer angenommen, dieser idealistische Ansatz des freien Mandats habe nur umgesetzt werden können, weil die Bundesversammlung von einer homogenen liberalen Kraft angeführt wurde. Erich Gruner entmystifiziert diese Vorstellung einer ein-

⁶ BGE 135 I 23 f. E. 3; der Entscheid erwähnt zwar nur Bund und Kantone, gilt aber, da das Bundesgericht das Instruktionsverbot als elementares Prinzip bezeichnet, wohl auch für die Gemeinden.

⁷ Art. 34 Abs. 2 BV.

⁸ BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 8 (E. 8.6).

⁹ Art. 5 Abs. 3 BV.

¹⁰ KÖLZ, S. 236 f.

¹¹ KÖLZ, S. 239.

¹² Vgl. KÖLZ, S. 569.

¹³ Die liberale Waadt wollte die Instruktion der Kantone für den Ständerat wieder einführen; vgl. DÜBLIN, S. 68.

heitlichen liberalen Familie und stellt zwischen 1848 und 1893 drei politische Lager fest: Rechte, Mitte und Linke, «wobei bei den Rechten zwischen reformierten und katholischen Konservativen zu unterscheiden ist».¹⁴ Mass und Ton der freisinnigen Politik wurden von den sogenannten «Bundesbaronen» um Alfred Escher bestimmt.¹⁵ Die Mehrheiten bildeten sich je nach politischer Fragestellung immer wieder neu. Diese Instabilität drückte sich auch in den Bundesratswahlen aus, indem nicht nur bei Neu-, sondern auch bei Wiederwahlen immer wieder mit Gegenkandidaten ein offenes Rennen lanciert wurde.¹⁶ Auch wenn uns die von Gruner beschriebenen Lager sehr bekannt vorkommen, weicht das von ihm gezeichnete Bild des politischen Lebens doch von unserer heutigen Realität ab, in der sich die Parteien mit sogenannten «Zweiertickets» und «Zauberformelberechnungen» nicht konkurrieren, sondern absprechen, absichern und taktisch binden.

Was sich im Instruktionsverbot der damaligen Zeit zeigt, ist seine machtkonsolidierende Wirkung. Der freie oder befreite Wille der Mitglieder der Bundesversammlung, insbesondere des Nationalrates, konzentrierte sich in den heterogen vertretenen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Interessen beziehungsweise der sozialen Macht¹⁷, die direkt in der Bundesversammlung eingebracht wurden. Diese Unmittelbarkeit der Interessenvertretung in einem parlamentarischen Mandat umschrieb auch das Bundesgericht noch rund 150 Jahre später in einem anderen Kontext mit folgendem Satz: «[...] es *[liegt]* geradezu im Wesen der Demokratie, dass Parlamentsabgeordnete Interessenvertreterinnen und -vertreter sind.»¹⁸

Das Instruktionsverbot diente ganz deutlich einer Abgrenzung gegenüber den mächtigen Kantonen, die gewerbmässig grösstenteils noch agrarisch oder zünftisch organisiert waren. Es gibt der liberalen politischen Richtung ideologisch und machtpolitisch eine hierarchisch freie Stellung und entflieht die Ratsmitglieder aus ihren kantonalen Bindungen für die Freiheit und liberale Prosperität des Bundes.

III. Ein wandelbares Verbot

Es wird allerdings schnell klar, warum das Instruktionsverbot als individualistisches Machtinstrument immer wieder infrage gestellt oder, wie einleitend dargestellt, von den Ratsmitgliedern in Selbstbeschränkung nicht angewendet wird. Die Schweiz hat sich zu einer modernen feingliedrigen Demokratie entwickelt, wozu der Ausbau der Referenden, die Einführung des Proporzwahlrechts, der Einfluss der politischen Parteien und Interessen-

¹⁴ GRUNER, Bundesversammlung, S. 13.

¹⁵ GRUNER, Bundesratswahlen, S. 20 f.

¹⁶ GRUNER, Bundesratswahlen, S. 21.

¹⁷ GRUNER, Bundesversammlung, S. 70 f.

¹⁸ BGE 123 I 108 E. 5c; 125 I 292 E. 3a; und dort zit. SEILER, S. 752 f.

verbände, das Frauenstimmrecht und die verfassungsmässige Anerkennung der Parteien und Fraktionen beigetragen haben.¹⁹ Die Elemente der direkten und der repräsentativen Demokratie vermischen sich zunehmend und verzahnen sich zu einem eigenen Gebilde²⁰, in welchem das Überborden des einen Elements jeweils durch das andere korrigiert wird. Verabschiedet das Parlament eine Vorlage mit zu stark einseitiger parteipolitischer Prägung, korrigiert dies das Volk über das Referendum, wie beispielsweise bei der 11. AHV-Reform geschehen²¹. Im Gegenzug modifiziert das Parlament mittels Umsetzungsgesetzgebung allzu einseitige, durch den Souverän angenommene Volksinitiativen²². Es handelt sich um ein wohlaustariertes Gleichgewicht, das allerdings schnell in Schieflage geraten kann.

Hinzu kommt, dass Politik auf Bundesebene nicht mehr als nur Nebentätigkeit funktioniert. Das Festklammern am Gedanken des Milizparlaments wurde leider ad absurdum geführt. Basierend auf der letzten Untersuchung von Pascal Sciarini, beträgt der Zeitaufwand für ein parlamentarisches Mandat in der Bundesversammlung zwischen 70% und 80% einer Vollzeitbeschäftigung, womit die parlamentarische Tätigkeit den Dunstkreis des Milizcharakters oder einer Nebenbeschäftigung verlassen hat. Das Milizparlament ist längst eine Fiktion.²³ Wobei richtigerweise angefügt werden muss, dass die Verbindung zwischen Verbandsfunktion und parlamentarischem Mandat, eine Vorstufe semiprofessioneller Politiker, schon vor der vorletzten Jahrhundertwende begann. Die ersten Verbandsfunktionäre in der Bundesversammlung waren ab ca. 1870 die Präsidenten des Schweizerischen Handels- und Industrievereins, des Gewerbeverbandes, des Lehrervereins, des Föderativverbands der Eidgenössischen Beamten und der landwirtschaftlichen Genossenschaft sowie vereinzelte Gewerkschaftsvertreter.²⁴ Erich Gruner hielt dazu fest, dass in der Schweiz der vollamtliche Parteifunktionär später als in anderen Staaten im Parlament vertreten war. Die Parteiarbeit besorgten damals vielmehr Advokaten und/oder Redaktoren, wobei erstere Berufsgruppe konstant mindestens einen Sechstel der Mitglieder der Bundesversammlung stellten.²⁵

Die Politik ist der Arbeitsteilung ausgesetzt. Das Bild des omnipotenten Mitglieds der Bundesversammlung, das neben dem Beruf auch für Wirtschaft, Militär und Verbände im Einsatz ist, widerspiegelt die heutige Realität, wenn überhaupt, nur noch sehr beschränkt.²⁶ Die Politik hat sich professionalisiert und damit auch die Interessenvertretung in Form des Lobbyismus. Die Parlamentsmitglieder sind vermehrt der Einflussnahme durch Wirt-

¹⁹ Vgl. die rechtsdogmatische Darstellung bei HOMBERGER, S. 44 ff.

²⁰ Vgl. FLEINER, S. 167.

²¹ BBl 2004 3943, Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 16. Mai 2004.

²² Zweitwohnungsinitiative (AS 2012 3627), Umsetzungserlass: Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 20.3.2015 (AS 2015 5657); Masseneinwanderungsinitiative (AS 2014 1391), Umsetzungserlass: Revision des Ausländergesetzes vom 16.12.2016 (AS 2018 733).

²³ LINDER/MUELLER, S. 246.

²⁴ GRUNER, Bundesversammlung, S. 27.

²⁵ GRUNER, Bundesversammlung, S. 23.

²⁶ Vgl. Porträt des Appenzeller Landammans und Ständerats Raymond Broger von MEIENBERG, S. 91 ff.

schaft, Sozialpartner, Interessenverbände sowie parastaatliche Akteure, beispielsweise Kantonalbanken, Krankenversicherungen oder Versorgungsanstalten für Verkehr, Wasser und Elektrizität, ausgesetzt. Das Instruktionsverbot ist kaum mehr das befreiende Machtinstrument, sondern vielmehr ein Schutzwall gegen die Einflussnahme lobbyierender Organisationen auf Bundesebene.

Dies zeigt sich auch darin, dass die föderale Konkurrenz zwischen Bund und Kantonen in den letzten 175 Jahren einen Sieger hervorgebracht hat: Der Bund dominiert politisch die Kantone. Die Kantonsregierungen und -parlamente tun sich schwer damit, dies zu ändern, sind sie doch einerseits auf die finanziellen Mittel angewiesen und andererseits mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben zum Teil überfordert. Das parlamentarische Mandat in Bern hat auch eine zentrale Bedeutung. Dort wird das Geld verteilt, oder zürcherisch ausgedrückt: «Die Wähe wird im Bund verschnitten».

Aber auch parteipolitisch hat sich die mediale Öffentlichkeit nach Bundesbern verschoben. Die regionalen und kantonalen Parteien wurden in den Hintergrund gedrängt. Damit verliert die sehr regional aufgebaute Parteienlandschaft²⁷ mit ihren Vertretern ihre Eigenständigkeit.²⁸ Das Instruktionsverbot ermöglicht es den Parlamentsmitgliedern, sich gegenüber den eigenen Parteien und Fraktionen, deren Fokussierung auf den Bund seit den Nullerjahren offensichtlich ist, zu behaupten.²⁹ Nun wirkt diese Aussage sehr absolut und wäre sicher im Detail zu relativieren. Aber es ist nicht von der Hand zu weisen, dass der vielgelobte schweizerische Föderalismus höchstens noch ein angereicherter exekutivstaatlicher Vollzugsföderalismus ist, in welchem die Regierungskonferenzen, wie die Bundesverwaltung am Entscheid des Bundes mitwirken können. Mit der vom Bund dominierten Politik wird die ursprüngliche Bedeutung des Instruktionsverbots in den Hintergrund gedrängt.

Das Instruktionsverbot war ursprünglich gegen die Kantone gerichtet, für die Ratsmitglieder hatte es eine machtkonsolidierende Wirkung. Es wirkte ausgleichend zwischen der repräsentativen und der verstärkt aufkommenden direkten Demokratie. Mit der Entstehung der modernen Parteien und der zunehmenden Arbeitsteilung in der Politik entfaltete das Instruktionsverbot seine Wirkung, indem es vor der Einflussnahme nicht nur der Kantone, sondern weiterer Akteure schützte. Diese verkürzte Darstellung zeigt die vielschichtige und wandelbare Wirkung des Instruktionsverbots.

²⁷ Andreas Ladner zählte zur Jahrtausendwende 14 national aktive politische Parteien und rund 180 Kantonalparteien, dazu 5000 Lokalparteien; LADNER/SCHWARZ/FIVAZ, S. 405.

²⁸ RÜTTIMANN, S. 238, N 470, vermutet, dass «die direktdemokratischen Mitbestimmungsrechte die Eigenständigkeit der Schweizer Kantonalparteien fördern».

²⁹ Eine Analyse, die Homberger schon in den Siebzigerjahren ansatzweise formulierte: HOMBERGER, S. 54 f.

IV. Ein facettenreiches Verbot

Es stellt sich gleichwohl die Frage, wofür das Instruktionsverbot denn eigentlich steht, wenn diese besondere Freiheit nur über ein parlamentarisches Mandat erreicht werden kann. Denn die Wahl in ein kantonales Parlament oder in die Bundesversammlung ist ohne Parteibuch praktisch ausgeschlossen.

Das Parlament bleibt in der Schweiz der einzige Ort, wo eine Vorlage durch Verhandeln und Diskutieren öffentlich finalisiert werden kann.³⁰ Es ist ein demokratisch strukturiertes und legitimes Forum, wo Politik direkt und unmittelbar stattfindet.³¹ Während die Regierung den Staat als Gesamtes repräsentiert und vorparlamentarisch die Interessen der politischen Machtkomplexe, der Verwaltung und der Wissenschaft in den politischen Prozess integriert, gewährleistet das Parlament die Identität der politischen Vielfalt und integriert die verschiedenen Minderheiten des politischen Lebens. Die genuine Leistung des Parlamentarismus findet sich im Schlagwort «Government by discussion»³² oder mit Jörg Paul Müller formuliert: «Das Parlament ist das Diskursforum par excellence».³³ Der Schlagbaum des Diskurses und der Formbarkeit von Entscheiden ist im Parlament verfahrensmässig die Schlussabstimmung; nach ihr ist nur noch das explizite Ja oder Nein in der Volksabstimmung massgebend.³⁴

Die schweizerische Konsensdemokratie lebt von wechselnden Mehrheiten.³⁵ Sowohl die Regierungs- wie die Nichtregierungsparteien machen Oppositionspolitik. Dabei treten die Konfliktlinien mehrschichtig auf und tendieren momentan zu einer starken Konkurrenz der politischen Pole. Die Mehrheiten wechseln aber nicht nur nach Thema, sondern das System verschiebt sich auch auf der Skala zwischen Konkurrenz- und Konsensdemokratie in die eine oder andere Richtung.³⁶ Bei dieser Mehrschichtigkeit des politischen Systems ist es notwendig, dass alle gleichberechtigt ihre Meinung frei bilden und einbringen können. Die «gegenseitige Beeinflussung» ist ein zentrales Element im Wettstreit um die Mehrheit.³⁷ Auf dieser Basis befreit das Instruktionsverbot die Parlamentsmitglieder als einzige Akteurinnen und Akteure von jeglicher rechtlichen Bindung. Dies ermöglicht nicht nur die Kompromissfindung, sondern bietet auch die Chance für Veränderung. Die Parlaments-

³⁰ Von dieser Aussage sind der Landrat Glarus und der Grosse Rat Appenzell-Innerrhoden aufgrund ihrer Landsgemeinden ausgenommen.

³¹ Vgl. die formelle Definition des Unmittelbarkeitsprinzips bei ACHTERBERG, S. 31 ff.

³² MARSCHALL, S. 29.

³³ MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, S. 161.

³⁴ LINDER/MUELLER, S. 350. Wolf Linder, der die Einfachheit der direktdemokratischen Rechte postuliert, hat m.E. zu Recht das konstruktive Referendum als zu kompliziert und als Instrument der Mittelschichtsdemokratie bezeichnet.

³⁵ LÜTHY, S. 5, N 4.

³⁶ Vgl. VATTER, S. 272.

³⁷ KLEY, S. 514 f.

mitglieder sind nur an die eigene Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit gebunden.³⁸ Sie erhalten die Macht, ihre Freiheit selbst zu definieren.

Diese Position wirkt ziemlich entrückt, über allem schwebend, elitär und abgehoben vom repräsentierten Volk, und dies in einer Demokratie, die davon leben sollte, dass es keine besondere Kompetenz einer Elite, einer politischen Klasse oder von Expertinnen und Experten geben darf, welche die «Trennung von Repräsentanten und Repräsentierten» ermöglichen.³⁹ Das Instruktionsverbot entrückt aber nicht die Parlamentsmitglieder vom Stimmvolk, sondern stellt im Gegenteil Repräsentierte und Repräsentanten auf die gleiche Höhe. Denn das Stimmvolk kann mittels Stimm- und Wahlgeheimnisses seine eigene Freiheit gestalten. Durch das Instruktionsverbot wird es von der permanenten Verantwortung für das Handeln der Repräsentierenden befreit; Gleichheit in der Freiheit, ein grundsätzlicher Antrieb der demokratischen Gemeinschaft.⁴⁰

Die Volkswahl der Ratsmitglieder muss jedoch strikt nach der unverfälschten Willenskundgabe erfolgen.⁴¹ Die Mitgliedschaft in einer Partei – und damit im Proporzwahlrecht die Angehörigkeit zu einer Liste – darf nicht vorgetäuscht sein. Ein unmittelbar im Anschluss an die Wahl erfolgter Parteiwechsel lässt vermuten, dass die unverfälschte Willenskundgabe verletzt wurde, weil der Wechsel vor dem Zeitpunkt der Wahl hätte geplant sein können. Damit räumt das Bundesgericht der unverfälschten Willenskundgabe bei der Wahl einen hohen Stellenwert ein und verlangt von den Kandidierenden ein aufrichtiges und widerspruchsfreies Verhalten, ein Handeln nach Treu und Glauben.⁴²

Irritierend daran ist, dass die intrinsische Zugehörigkeit zu einer politischen Partei tangiert ist. Dabei wird einerseits ausser Acht gelassen, dass die Meinungen in einer Partei sehr heterogen sein können.⁴³ Andererseits erfolgt eine Parteimitgliedschaft nicht nur aus ideologischen Gründen, sondern bspw. auch aus familiärer Tradition, aufgrund der Vereinigung von mehreren Parteien oder aufgrund der Spaltung einer Partei. Zudem bestimmt die Parteizugehörigkeit nicht zwingend immer das Stimmverhalten.

Dass die Ehrlichkeit in Bezug auf die Parteizugehörigkeit eine juristische Frage ist, wage ich zu bezweifeln. Fehlt in einem Kanton ein Abberufungsrecht oder eine Regel zu Parteiübertritten während der Wahlen, kann diese Frage nur gerichtlich geklärt werden. Inwieweit dies eine Gesinnungsprüfung darstellt, lasse ich hier einmal offen, jedenfalls kann ein strafrechtlicher Charakter des Verfahrens, in dem diese Frage geklärt wird, nicht ausgeschlossen werden. Eine Klärung zwischen den politischen Akteuren würde meines Erachtens dem

³⁸ RHINOW, S. 899 f.; SALADIN, S. 174 f.

³⁹ MÜLLER, Responsive Government, S. 20.

⁴⁰ MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, S. 31.

⁴¹ BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 8.6.

⁴² Art. 5 Abs. 3 BV; BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 4.3.

⁴³ LINDER/MUELLER, S. 111 f.; vgl. auch LADNER/SCHWARZ/FIVAZ, S. 417.

liberalen Geist der Bundesverfassung eher entsprechen, schliesslich gibt es auch einen «Common Sense».

Das Bundesgericht hat also dem Instruktionsverbot eine materielle Schranke gesetzt. Es folgt damit ein wenig der durchaus berechtigten Kritik der «Responsive Government»-Theorie.⁴⁴ Politik entsteht aber nicht im luftleeren Raum. Um die verfassungsmässigen Partizipativ- und Referendumssysteme ranken sich die unzähligen gesellschaftlichen Ponderabilien und Imponderabilien des sozialen Lebens. Diese Verflechtung verdeckt die besondere Rechtstellung der Parlamentsmitglieder und relativiert sie, denn ohne Rückhalt lässt sich in der Schweiz nicht politisieren. Der Dialog zwischen Parlament und Zivilgesellschaft ist in der direkten Demokratie immanent und zentral.

Geht man wie hier davon aus, dass das Parlament die aktive Zivilgesellschaft, die Regierung dagegen den Staat als Organisation repräsentiert, erhält die Volksvertretung die vermittelnde Rolle, die Entscheide zwischen Regierung und Bevölkerung letztlich definitiv auszuhandeln.⁴⁵ Sie integriert die Anliegen der Minderheiten in den politischen Prozess und stellt die sogenannte Referendumsfähigkeit von Vorlagen her. Diese Integrationsfähigkeit der Parlamente bedingt eine besondere unabhängige Stellung von dessen Mitgliedern, denn nur so kann der öffentliche Diskurs divers und offen bleiben.⁴⁶ Das Instruktionsverbot führt nicht zu einer Abgehobenheit, sondern führt die zivile und öffentliche Gesellschaft zusammen. Das Dreieck «Volk, Parlament, Regierung» bildet eine zwar aufwendige, aber starke, demokratische Balance der Einheit. Das Instruktionsverbot ist ein zentrales Element, um im Kontext der freien und unverfälschten Willensbildung den Diskurs zu ermöglichen.

Führt man alle diese Facetten zusammen, dann ist das Instruktionsverbot nicht nur ein «Label» der liberalen Demokratie, sondern ein zentrales Prinzip, das unser direktdemokratisches politisches System mitträgt.

V. Ein mächtiges Verbot

Am Anfang stand ein einfaches Verbot, politisch gegen die schwerfälligen Kantone gerichtet. Seine direkte Anwendbarkeit bewahrte es vor den Einflüssen politischer Zeitströmungen und so überlebte es mit all seinen Facetten die Geschichte.

Peter Saladin bezeichnet die inhaltliche Beliebigkeit als Luxus, den wir uns nicht mehr leisten können.⁴⁷ Gerade das Instruktionsverbot zieht dank seinem einfachen und starken Inhalt eine Grenze zur möglichen Beliebigkeit der Politik. Es trennt zwischen formalisier-

⁴⁴ MÜLLER, Responsive Government, S. 20; SALADIN, S. 174 f.; RHINOW/SCHEFER, S. 396 f., N 2053.

⁴⁵ SALADIN, S. 53.

⁴⁶ LINDER/MUELLER, S. 269 ff.; MÜNCH, S. 413 f.

⁴⁷ SALADIN, S. 79.

ter und politischer Macht und gestattet letzterer einen grossen Freiraum. Es verbindet die direkte und die repräsentative Demokratie und damit Volk und Staat. Es schafft im Parlament – der Bühne der Politik – «den leeren Raum», in dem ein freier Diskurs und eine freie Entscheidung möglich werden.⁴⁸ So unscheinbar das Instruktionsverbot in der Verfassung ruht, vereinigt es doch viele Aspekte unserer manchmal als allzu selbstverständlich betrachteten Demokratie. Es verleiht den Parlamentsmitgliedern Macht, indem es das freiheitliche Handeln auf «Verlässlichkeit und Glaubwürdigkeit» reduziert, beides Tugenden, die sich zwar rechtlich kaum normieren lassen, in der Bundesverfassung und insbesondere im Zivilgesetzbuch aber zu finden sind in den Bestimmungen über «die individuelle und gesellschaftliche Verantwortung», «das Handeln nach Treu und Glauben» und den «guten Glauben».⁴⁹ Es sind Grundsätze, die in der lauter werdenden Diskussion über die Frage, ob das demokratische oder das autokratische System überleben wird, die Stärke des demokratischen Staates zeigen. In diesem Kontext werden die Leitartikel von Willy Bretscher aus den 1930er- und 1940er-Jahren wieder aktuell. Dort findet sich die Aussage, «dass nur derjenige für Freiheit und Humanismus sich einsetzen darf, der zugleich einen Staat und eine Staatsform will, die Freiheit und Humanismus in ihrem Bestand gewährleisten».⁵⁰ Das unscheinbare Instruktionsverbot ist ein Teil dieser freiheitlichen, humanistischen Machtstruktur. Es lohnt sich, es zu verteidigen.

VI. Literaturverzeichnis

- ACHTERBERG NORBERT, Die parlamentarische Verhandlung, BPR Bd. 1, Berlin 1979
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003 (zit. BEARBEITER/IN, Petit commentaire, Art. ... N ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV, Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017
- BRETSCHER WILLY, Die unhaltbare Alternative, in: Im Sturm von Krise und Krieg, Neue Züricher Zeitung 1933–1944, Siebzig Leitartikel von Willy Bretscher, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 164 ff.
- BROOK PETER, Der leere Raum, 3. Aufl., Berlin 1997
- DÜBLIN JÜRGEN, Die Anfänge der schweizerischen Bundesversammlung: Untersuchungen zur politischen Praxis der eidgenössischen Räte in den zwei ersten Legislaturperioden (1848–1854), Bern 1978

⁴⁸ Referiert auf BROOK, S. 9: «Ich kann jeden leeren Raum nehmen und ihn eine nackte Bühne nennen. Ein Mann geht durch den Raum, während ihm ein anderer zusieht; das ist alles, was zur Theaterhandlung notwendig ist.»

⁴⁹ Art. 6 BV; Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 2 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch [SR 210; ZGB] sowie Art. 3 Abs. 1 ZGB.

⁵⁰ BRETSCHER, S. 166.

- FLEINER FRITZ, Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, Akademische Antrittsrede in Zürich 1916, in: Fritz Fleiner, ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, S. 163 ff.
- GRUNER ERICH, Freiheit und Bindung in den Bundesratswahlen, in: Schweizerische Vereinigung für politische Wissenschaft (Hrsg.), *Annuaire suisse de science politique/Schweizerisches Jahrbuch für Politische Wissenschaft*, Bd. 7 (1967), S. 17 ff. (zit. GRUNER, Bundesratswahlen)
- GRUNER ERICH, Die Schweizerische Bundesversammlung, 1848–1920, Bd. II, Bern 1966 (zit. GRUNER, Bundesversammlung)
- HOMBERGER HANS ULRICH, Art. 91 BV: «Die Mitglieder beider Räte stimmen ohne Instruktionen», Diss. Zürich 1973
- KLEY ANDREAS, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 4. Aufl., Bern 2020
- KÖLZ ALFRED, Neuere Schweizerische Verfassungsgesichte, Ihre Grundlinie vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848 (Bd. I), Bern 2004
- LADNER ANDREAS/SCHWARZ DANIEL/FIVAZ JAN, Parteien und Parteiensystem, in: Papadopoulos Yanis/Sciari Pascal/Vatter Adrian/Häusermann Silja/Emmenegger Patrick/Fossati Flavia (Hrsg.), *Handbuch der Schweizer Politik*, 7. Aufl., Zürich 2022, S. 403 ff.
- LINDER WOLF/MUELLER SEAN, Schweizerische Demokratie, Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 4. Aufl., Bern 2017
- LÜTHI RUTH, Die Stellung der Bundesversammlung im politischen System, in: Graf Martin/Theiler Cornelia/von Wyss Moritz (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002*, Basel 2014, S. 3 ff.
- MARSCHALL STEFAN, Parlamentarismus, Eine Einführung, 2. Aufl., Baden-Baden 2016
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), *Commentaire Romand, Constitution fédérale*, Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, CR Cst., Art. ... N ...)
- MEIENBERG NIKLAUS, Gespräche mit Broger und Eindrücke aus den Voralpen, in: Reportagen aus der Schweiz, Zürich, 1974, S. 91 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Demokratische Gerechtigkeit, München 1993 (zit. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit)
- MÜLLER JÖRG PAUL, «Responsive Government»: Verantwortung als Kommunikationsproblem, ZSR 1995 I, S. 20 ff. (zit. MÜLLER, Responsive Government)
- MÜNCH PETER, Wesen und Bedeutung der Parlamentsfraktion aus schweizerischer Sicht, in: Eifert Martin/Guckelberger Annette/Huber Peter M./Schorkopf Frank (Hrsg.), *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 120, Nr. 3 (1995), S. 382 ff.
- RHINOW RENÉ, Verantwortung in der Demokratie, in: Schweizer Monatshefte: Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur, 73 (1993/11), S. 891 ff.
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel 2009
- SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M., Politische Parteien, privatrechtliche Vereinigungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Bern 2011
- SALADIN PETER, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern 1984
- SCHMID GERHARD, Das freie Mandat der Mitglieder der Bundesversammlung, in: Zeitschrift für Recht (ZSR) 1974 Bd. I, S. 471 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Die Gewaltenteilung, Bern 1994
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. TSCHANNEN, Staatsrecht)

TSCHANNEN PIERRE, Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Basel 1995 (zit. TSCHANNEN, Stimmrecht)

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BV, Art. ... N ...)

VATTER ADRIAN, Das politische System der Schweiz, 5. Aufl., Baden-Baden 2024

Gerichte und Richterinnen

Richterliche Unabhängigkeit als Grundlage der europäischen Menschenrechtsordnung

Anja Seibert-Fohr*

Inhaltsverzeichnis

I.	Rechtsstaatlichkeit und richterliche Unabhängigkeit als notwendige Voraussetzungen für den Schutz der Menschenrechte	323
II.	Krise der Rechtsstaatlichkeit	325
	A. Schwächung der Judikative	325
	B. Die Antwort des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	327
III.	Richterliche Unabhängigkeit als Ausdruck individueller Rechte	329
	A. Die von den Justizreformen betroffenen Rechte	329
	B. Garantien richterlicher Unabhängigkeit	332
	C. Anforderungen an die Auswahl und Ernennung von Richtern	335
IV.	Schlussbetrachtung	340
V.	Literaturverzeichnis	342

I. Rechtsstaatlichkeit und richterliche Unabhängigkeit als notwendige Voraussetzungen für den Schutz der Menschenrechte

Die Rechtsstaatlichkeit ist einer der Grundpfeiler des Europarats,¹ ohne den der Schutz der Menschenrechte in Europa undenkbar wäre. Ein auf dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit gründender demokratischer Staat zielt darauf, die staatliche Autorität zu mässigen und bietet auf diese Weise den notwendigen Rechtsrahmen zur Wahrnehmung von Grundrechten. Dementsprechend erklärt die Präambel der Europäischen Menschenrechtskonvention die

* Prof. Dr., LL.M., Direktorin des Instituts für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Menschenrechte an der Universität Heidelberg. Seit 2020 Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Die in diesem Beitrag geäusserten Ansichten sind allein der Autorin in ihrer akademischen Funktion zuzuordnen und beanspruchen nicht, für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu sprechen. Die Autorin dankt Frau Kathrin Musselmann und Herrn Joshua Klitsch für die wertvolle Unterstützung bei der Recherche und für die redaktionelle Überarbeitung des Beitrags.

¹ Art. 3 der Satzung des Europarats.

Rechtsstaatlichkeit auch zum gemeinsamen Erbe aller Vertragsstaaten.² Sie findet ihre Verankerung in den einzelnen Konventionsartikeln, deren Auslegung von diesem Leitprinzip getragen wird.³

Damit Beschränkungen der Individualrechte oder Menschenrechte vorhersehbar sind, müssen diese gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich sein.⁴ Daraus ergeben sich diverse Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechts, darunter die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Rechtssicherheit.⁵ Willkür darf nicht geduldet werden, weder in Bezug auf die materiellen Rechte noch bei der Gewährleistung von Verfahrensrechten.⁶

Als weitere bedeutsame Ausgestaltung des Rechtsstaatsprinzips erkennt die Konvention das Recht auf Zugang zu Gericht an.⁷ Die richterliche Unabhängigkeit als einer der grundlegenden Parameter der Rechtsstaatlichkeit ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Gewährleistung dieses Grundrechts.⁸ Entsprechendes gilt für Art. 13 der Konvention, der vorsieht, dass jedem, der in seinen Rechten verletzt wird, ein Beschwerderecht zustehen muss. Für dessen Wirksamkeit bedarf es der Unabhängigkeit von den übrigen Gewalten.

Die in der Konvention verbürgte Rechtsweggarantie unterstreicht die Rolle der nationalen Gerichte bei der Überwachung der europäischen Menschenrechte. Ohne diese wäre der Schutz von insgesamt 676 Millionen Menschen in Europa schlichtweg unmöglich. Die Gewährleistung starker und unabhängiger Gerichte, die in der Lage sind, nationale Entscheidungsträger einer gerichtlichen Kontrolle frei von Einmischung und auf der Grundlage von Recht und Gesetz zu unterwerfen, liegt daher im Interesse der Wahrung der Integrität des Konventionssystems als solchem.⁹

Regina Kiener, der diese Festschrift gewidmet ist, hat sich in ihrem reichen akademischen Wirken neben dem Staatsrecht und den Grund- und Menschenrechten u.a. der Justiz und

² Abs. 5 der Präambel. Siehe auch *Golder v. the United Kingdom*, no. 4451/70, § 34, 21.02.1975; *McElhinney v. Ireland* [GC], no. 31253/96, § 33, 21.11.2001; *Markovic and Others v. Italy* [GC], no. 1398/03, § 92, 14.12.2006; *Grzęda v. Poland* [GC], no. 43572/18, § 298, 15.03.2022.

³ *Baka v. Hungary* [GC], no. 20261/12, § 117, 23.06.2016; *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), §§ 299, 339; *Golder v. the United Kingdom* (Fn. 2), § 34.

⁴ Zur Frage der Vorhersehbarkeit *Karácsony and Others v. Hungary* [GC], nos. 42461/13 und 44357/13, §§ 124–126, 17.03.2016.

⁵ *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 61, 28.10.1999.

⁶ *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 339.

⁷ Siehe z.B. *Golder v. the United Kingdom* (Fn. 2), §§ 28–36.

⁸ *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), §§ 301, 303; *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* [GC], no. 26374/18, § 239, 01.12.2020.

⁹ Siehe z.B. *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 324: «[...] the Court would emphasise that the Convention system cannot function properly without independent judges. The Contracting Parties' task of ensuring judicial independence is thus of crucial importance».

deren Unabhängigkeit gewidmet.¹⁰ Im Rahmen eines OSZE-Projekts hatte ich Gelegenheit, mit ihr zu diesem Thema rechtsvergleichend zusammenzuarbeiten und mich mit ihr fachlich austauschen zu dürfen.¹¹ Es ist mir daher eine besondere Freude, das Thema in diesem Beitrag zu Ihren Ehren erneut aufzugreifen und die Bedeutung der justiziellen Unabhängigkeit für die europäische Menschenrechtsordnung näher zu beleuchten.

II. Krise der Rechtsstaatlichkeit

A. Schwächung der Judikative

Leider sind in den letzten zehn Jahren trotz der zentralen Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Menschenrechte besorgniserregende Rückschritte zu beobachten. Dies ist u.a. auf systematische Bemühungen zurückzuführen, Gerichte den anderen Staatsgewalten unterzuordnen, wodurch ihre Rolle als Hüter der Grundrechte gegenüber der Exekutive und Legislative erheblich geschwächt wird. Die Bedrohung richterlicher Unabhängigkeit ist infolgedessen in den vergangenen Jahren zu einem zentralen Problem in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte geworden, der in diesem Zusammenhang gar von einer Krise der Rechtsstaatlichkeit spricht.¹² Auch wenn es nicht der einzige Grund für die stetig steigende Anzahl anhängiger Verfahren ist, hat diese Entwicklung doch auch zu einer steigenden Zahl von Beschwerden beigetragen.¹³ Solche systemischen Defizite, welche sich auf die Justiz und ihre Unabhängigkeit auswirken, können daher, wenn sie nicht behoben werden, sowohl schwerwiegende Folgen für die Wirksamkeit der innerstaatlichen gerichtlichen Kontrolle in den betroffenen Staaten als auch für das europäische Menschenrechtssystem insgesamt nach sich ziehen.

Bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass es in der Regel die Exekutive ist, die mit Unterstützung parlamentarischer Mehrheiten versucht, die Rolle der Justiz bei der Kontrolle des Regierungshandelns zu beschneiden. Massnahmen, die auf den ersten Blick zunächst rein staatsorganisatorischer Natur erscheinen, können indes erhebliche Auswirkungen auf die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und den Schutz der Menschenrechte entfalten. Dies soll der folgende kurze Überblick belegen.

¹⁰ Siehe z.B. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001; GASS/KIENER/STADELMANN; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, in: Hendrych Dusan/Kälin Walter (Hrsg.), Rechtsstaat – Die Gegenwart und die Zukunft, Prag 2001, S. 132 ff.

¹¹ KIENER, Judicial Independence in Switzerland (State Report), in: Seibert-Fohr Anja (Hrsg.), Judicial independence in transition, Heidelberg 2012, S. 403–445.

¹² *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland*, no. 1469/20, § 365, 03.02.2022.

¹³ *Wałęsa v. Poland*, no. 50849/21, §§ 323, 327, 23.11.2023.

Die Massnahmen, die unternommen werden, um Gerichte gefügig zu machen, ermöglichen in der Regel eine stärkere Beteiligung der Exekutive an der Justizverwaltung und haben dementsprechend Auswirkungen auf die Auswahl und Einstellung von Richtern, deren Beförderung, Amtszeit und Disziplinarverfahren, mit anderen Worten auf den Status der Richter. Bei den meisten dieser Massnahmen handelt es sich um sogenannte Justizreformen mit systemischen Auswirkungen auf die Organisation des Justizwesens.

Einige Staaten haben gar das Justizsystem als solches neu organisiert.¹⁴ In Ungarn wurde 2011 der Oberste Gerichtshof durch die Kúria ersetzt, was u.a. zur Folge hatte, dass das Mandat des ehemaligen Gerichtspräsidenten, der sich kritisch zu den anstehenden Justizreformen geäussert hatte, beendet wurde.¹⁵ In Ungarn und Polen wurde die Zahl der Richter an den obersten Gerichten erhöht, um so Neueinstellungen zu ermöglichen.¹⁶ Gleichzeitig wurde das vorgeschriebene Ruhestandsalter für Richter gesenkt, wodurch ebenfalls Platz für Neubesetzungen geschaffen wurde.¹⁷

Andere strukturelle Massnahmen betrafen die Justizverwaltung. Anlässlich der Reform des polnischen Nationalen Justizrats wurde die Amtszeit derjenigen Mitglieder beendet, die zuvor aus den Reihen der Richterschaft gewählt worden waren, um so dem Unterhaus des Parlaments (Sejm) die Befugnis einzuräumen, neue Mitglieder zu wählen.¹⁸ Dies war deshalb von Bedeutung, weil der Nationale Justizrat, der nach der Rechtsprechung des EGMR seither von der Legislative und der Exekutive nicht mehr ausreichend unabhängig ist,¹⁹ erheblichen Einfluss auf die Zusammensetzung der verschiedenen Gerichte hat, deren Richter auf Empfehlung des Rats ernannt werden. Aufgrund der genannten Reformen hat der

¹⁴ In Polen wurde der Oberste Gerichtshof um zwei neue Kammern erweitert: die Disziplinarkammer und die Kammer für ausserordentliche Revision und öffentliche Angelegenheiten; vgl. zudem *Sözen v. Turkey*, no. 73532/16, §§ 5–11, 23.11.2016, für die Neuordnung des Verwaltungsrechtswegs und den Abbau von Richterstellen im türkischen Staatsrat.

¹⁵ In der Rechtssache *Baka v. Hungary* (Fn. 3), wurde diese Massnahme als Verstoß gegen die Konvention eingestuft; für die vorzeitige Beendigung der Amtszeit als Vizepräsident eines Gerichts in Polen, siehe *Broda and Bojara v. Poland*, nos. 26691/18 und 27367/18, §§ 121–123, 29.06.2021.

¹⁶ In Ungarn wurde die Zahl der Richter des Verfassungsgerichts von 11 auf 15 erhöht; in Polen konnten durch die Schaffung neuer Kammern des Obersten Gerichtshofs neue Richter ernannt werden.

¹⁷ Siehe hierzu EuGH, *European Commission v. Hungary*, C-286/12, 06.11.2012, was zu einer Gesetzesreform führte; siehe auch *J.B. and Others v. Hungary (dec.)*, nos. 45434/12, 45438/12 und 375/13, 27.11.2018. In Polen wurde das Rentenalter für Richter des Obersten Gerichtshofs von 70 auf 65 Jahre gesenkt; für die Senkung des Rentenalters für Richter der ordentlichen Gerichte, siehe z.B. *Pająk v. Poland*, no. 25226/18, 24.10.2023; der Gerichtshof stellt in diesem Fall ausserdem eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK fest, da das Rentenalter für weibliche Richter nicht dem für männliche Richter entsprach, ebda., §§ 256–265.

¹⁸ *Grzęda v. Poland* (Fn. 2); *Żurek v. Poland*, no. 39650/18, 16.06.2022.

¹⁹ *Reczkowicz v. Poland*, no. 43447/19, § 280, 22.07.2021; *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, nos. 49868/19 und 57511/19, § 353, 08.11.2021; *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* (Fn. 12), § 349.

Gerichtshof festgestellt, dass mehrere Kammern des Obersten Gerichtshofs nicht als ein «auf Gesetz beruhendes Gericht» gem. Art. 6 Abs. 1 der Konvention angesehen werden können.²⁰

Auch die uneingeschränkte Kompetenz des Generalanwalts, die Wiedereröffnung bereits rechtskräftig entschiedener Verfahren zu veranlassen, welche in dem Fall von der Regierungspartei zu politischen Zwecken missbraucht worden war, hat der Gerichtshof für unvereinbar mit dem Prinzip der Rechtssicherheit, der richterlichen Unabhängigkeit und dem Gewaltenteilungsprinzip erklärt.²¹

In anderen Beschwerdeverfahren haben sich Richter gegen Disziplinarstrafen und unfreiwillige Versetzungen gewehrt. In mehreren türkischen Fällen hat der Gerichtshof die missbräuchliche Versetzung von Richtern beanstandet.²² Darüber hinaus kritisierte der Gerichtshof das Fehlen von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen des Hohen Rates der Richter und Staatsanwälte, welcher für die Organisation des Justizwesens, einschliesslich Ernennungen, Versetzungen, Beförderungen, Entlassungen und Disziplinar massnahmen, zuständig ist.²³

Diese Beispiele lassen unschwer erkennen, dass administrative sowie institutionelle Massnahmen weitreichende Auswirkungen auf die gesamte Justiz haben können.²⁴ Eine Veränderung in der Zusammensetzung des für die Ernennung und Beaufsichtigung der Richter zuständigen Organs kann sich erheblich auf die Zusammensetzung und letztlich auch auf die Rechtsprechung der Gerichte aller Instanzen auswirken.²⁵ Hinzu kommt, dass häufig vermeintlich organisatorische Massnahmen getroffen werden, ohne den betroffenen Richtern die Möglichkeit zu geben, diese vor Gericht anzufechten.²⁶

²⁰ *Reczkowicz v. Poland* (Fn. 19), §§ 281–282; *Tuleya v. Polen*, nos. 21181/19 und 51751/20, §§ 333–345, 06.07.2023 (in Bezug auf die Disziplinarkammer des Obersten Gerichtshofs); *Dolińska-Ficek and Ozimek* (Fn. 19), §§ 354–355 (in Bezug auf die Kammer für ausserordentliche Revision und öffentliche Angelegenheiten); *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* (Fn. 12), §§ 350–351 (in Bezug auf die Zivilkammer des Obersten Gerichtshofs); *Juszczyszyn v. Poland*, no. 35599/20, §§ 210–211, 6.10.2022 (in Bezug auf die Disziplinarkammer des Obersten Gerichtshofs).

²¹ *Wałęsa v. Poland* (Fn. 13), §§. 240–256.

²² Siehe z.B. *Bilgen v. Turkey*, no. 1571/07, 09.03.2021.

²³ Ebda.; *Eminağaoğlu v. Turkey*, no. 76521/12, 09.03.2021.

²⁴ *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* (Fn. 12), §§ 349–351 (in Bezug auf alle Richterernennungen infolge des neu zusammengesetzten Nationalen Richterrats); vgl. auch die Resolution des polnischen Obersten Gerichtshofs vom 23.01.2020; vgl. zudem *Wałęsa v. Poland* (Fn. 13), §§ 321–324.

²⁵ Aus diesem Grund stellte der Gerichtshof in *Reczkowicz v. Poland* (Fn. 19), *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (Fn. 19), *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* (Fn. 12) und *Juszczyszyn v. Poland* (Fn. 20) eine Verletzung fest.

²⁶ *Juszczyszyn v. Poland* (Fn. 20), § 210.

B. Die Antwort des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Es wundert daher nicht, dass sich zahlreiche Beschwerdeführer, sowohl Richter als auch Prozessparteien, an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewandt haben, um sich gegen solche die richterliche Unabhängigkeit gefährdenden Massnahmen zu wehren. In einem dieser Fälle stellte die Grosse Kammer des Gerichtshofs fest, dass die von der Regierung durchgeführten Reformen zu einer Schwächung rechtsstaatlicher Standards in Polen geführt haben.²⁷ Nach Ansicht des Gerichtshofs zeigt die gesamte Abfolge der Ereignisse, darunter die Unregelmässigkeiten bei der Wahl von Verfassungsrichtern im Dezember 2015, der Umbau des Nationalen Justizrats, die Einrichtung neuer Kammern am Obersten Gerichtshof und die Erweiterung der Kontrolle des Justizministers über die Gerichte (insbesondere in Bezug auf Disziplinarverfahren gegen Richter), dass die Justizreformen auf eine Schwächung der richterlichen Unabhängigkeit abzielten.²⁸

In Anbetracht der systematischen und oft irreversiblen Folgen, wenn neue Richter auf der Grundlage unzulänglicher Verfahren ernannt werden, war es dringend geboten, diese Beschwerden zügig zu entscheiden. Daher wurden Fälle, welche die Justizreformen in Polen betrafen, vom Gerichtshof vorrangig behandelt. In den letzten Jahren sind daher zahlreiche Urteile gefällt worden, die sich mit verschiedenen Aspekten dieser Reform befassen.²⁹ In einem der Urteile, welches die Zusammensetzung der Zivilkammer des Obersten Gerichtshofs betraf, stellte der Gerichtshof fest, dass dadurch, dass die Exekutive und die Legislative aufgrund der Umgestaltung des Nationalen Justizrats in das Verfahren zur Ernennung der Richter eingreifen konnten, die Legitimität der Gerichte systematisch beeinträchtigt wurde.³⁰ Neben der Zahlung von immateriellem Schadensersatz an die Beschwerdeführerin forderte der Gerichtshof die Regierung dazu auf, Sofortmassnahmen zur Abhilfe zu er-

²⁷ *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 346, siehe auch § 348: «The Court notes that the whole sequence of events in Poland (see paragraphs 14–28 above) vividly demonstrates that successive judicial reforms were aimed at weakening judicial independence, starting with the grave irregularities in the election of judges of the Constitutional Court in December 2015, then, in particular, remodeling the NCJ and setting up new chambers in the Supreme Court, while extending the Minister of Justice's control over the courts and increasing his role in matters of judicial discipline. At this juncture, the Court finds it important to refer to its judgments relating to the reorganisation of the Polish judicial system (see *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*; *Broda and Bojara*; and *Reczkowicz*, all cited above), as well as the cases decided by the CJEU (see paragraphs 150–56 and 160–61 above) and the respective rulings of the Supreme Court and Supreme Administrative Court (see paragraphs 100–08 and 109–19 above). As a result of the successive reforms, the judiciary – an autonomous branch of State power – has been exposed to interference by the executive and legislative powers and thus substantially weakened».

²⁸ *Ebda.*, § 348; vgl. auch *Wałęsa v. Poland* (Fn. 13), § 321.

²⁹ Zur Konvergenz der Strassburger und der Luxemburger Rechtsprechung siehe SMULDERS, S. 105–128.

³⁰ *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* (Fn. 12), § 364.

greifen und gab dem polnischen Staat individuelle bzw. generelle Massnahmen auf, um die Probleme zu lösen, die der Verletzung zugrunde lagen.³¹

In *Wałęsa gegen Polen* machte der Gerichtshof sodann Gebrauch von dem in seinen Verfahrensregeln vorgesehenen Pilotverfahren, welches dazu dient, systemischen Konventionsverletzungen zu begegnen. Er gab Polen auf, die bereits in zahlreichen Urteilen identifizierten Verletzungen von Art. 6 Abs. 1 der Konvention durch legislative und andere geeignete Massnahmen dringend zu begegnen, um den Anforderungen an ein unabhängiges, unparteiliches Gericht, welches auf Gesetz beruht, zu genügen.³² Als systemische Probleme benannte er die Rolle des durch die Reform von 2017 geänderten neuen Justizrats bei der Auswahl und Ernennung von Richtern, die dadurch begründete unzureichende Unabhängigkeit der Kammer für ausserordentliche Revision und öffentliche Angelegenheiten, die ausschliessliche Zuständigkeit dieser Kammer für Rügen der fehlenden Unabhängigkeit von Richtern, die Defizite der ausserordentlichen Rechtsmittel gegen in Rechtskraft erwachsene Urteile und die ausschliessliche Zuständigkeit der Kammer für diese Rechtsmittel.³³ Um Polen Gelegenheit zu geben, Abhilfe zu schaffen, wurde die Behandlung aller in diesen Bereich fallenden, noch nicht zugestellten Beschwerden für 12 Monate ausgesetzt.³⁴

III. Richterliche Unabhängigkeit als Ausdruck individueller Rechte

A. Die von den Justizreformen betroffenen Rechte

Die meisten der oben genannten Fälle wurden im Rahmen von Art. 6 der Konvention behandelt, der das Recht auf ein Verfahren vor einem unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gericht schützt. Während die Anwendbarkeit dieses Artikels bei Beschwerden von Prozessbeteiligten, die eine fehlende Unabhängigkeit des urteilenden Gerichts geltend machen, offensichtlich ist, ist sie bei Anträgen von Richtern, die Eingriffe in ihre eigene Unabhängigkeit geltend machen, weniger eindeutig. Schliesslich betrifft die Beeinträchtigung ihrer Unabhängigkeit die einzelnen Prozessparteien und deren Recht auf Zugang zu einem Gericht.³⁵ Die Frage, ob und inwieweit auch Richter Eingriffe in ihre eigene Unabhängigkeit geltend machen können, war indes lange Zeit umstritten.³⁶

³¹ Ebda., § 366.

³² *Wałęsa v. Poland* (Fn. 13), §§ 328–332.

³³ Ebda., § 324.

³⁴ Ebda., § 335.

³⁵ Siehe hierzu das Sondervotum des Richters Sicilianos in *Baka v. Hungary* (Fn. 3).

³⁶ Siehe z.B. die Sondervoten der Richter Wojtyczek und Sicilianos in *Baka v. Hungary* (Fn. 3).

Diese Frage stellte sich erstmals in der Rechtssache *Baka v. Ungarn*, in welcher sich der Präsident des Obersten Gerichtshofs gegen die vorzeitige Beendigung seiner Amtszeit wandte. Obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Richtern kein eigenständiges Recht zugesteht, Eingriffe in ihre Unabhängigkeit geltend zu machen, wurde ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK festgestellt, da der Beschwerdeführer nicht in der Lage war, seine Absetzung vor Gericht anzufechten.³⁷ Dies war möglich, weil der Gerichtshof feststellte, dass dieser während seiner Amtszeit als Präsident des Obersten Gerichtshofs einen zivilrechtlichen Anspruch auf Schutz vor Entlassung hatte. Folglich hatte er gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK auch das Recht, diesen Anspruch gerichtlich geltend zu machen.³⁸

In der Zwischenzeit hat der Gerichtshof den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK auch auf andere Streitigkeiten erstreckt, welche den Richterstatus betreffen, so dass Richter beispielsweise auch das Recht haben, gerichtlich gegen Disziplinarstrafen³⁹ und Versetzungen vorzugehen.⁴⁰ In diesen Fällen wenden sich die Richter vor dem Gerichtshof nicht gegen die Massnahme, die in ihre Unabhängigkeit eingreift, sondern machen das Recht geltend, diese

³⁷ Ebda.; siehe auch *Broda and Bojara v. Poland* (Fn. 15), wo es um die vorzeitige Beendigung der Amtszeit eines Vizepräsidenten eines polnischen Gerichts ging. Zur Entlassung von Richtern siehe *Olujić v. Croatia*, no. 22330/05, §§ 31–43, 05.02.2009; *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, no. 21722/11, §§ 91, 96, 09.01.2013; *Kulykov and Others v. Ukraine*, nos. 5114/09 und 17 andere, §§ 118, 132, 19.01.2017; *Sturua v. Georgia*, no. 45729/05, § 27, 28.03.2017; *Kamenos v. Cyprus*, no. 147/07, §§ 82–88, 31.10.2017; *Xhoxhaj v. Albania*, no. 15227/19, §§ 236, 258, 09.02.2021; *Mnatsakanyan v. Armenia*, no. 2463/12, § 59, 06.12.2022; *Ovcharenko and Kolos v. Ukraine*, nos. 27276/15 und 33692/15, § 113, 12.01.2023. Vgl. demgegenüber *Gyulumyan and Others v. Armenia*, wo die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK verneint wurde, weil es hier um die Beendigung der Amtszeit von Richtern am Verfassungsgericht ging, einem Gericht mit einem besonderen Status innerhalb der Judikative, und die Verfassungsänderung nicht gegen sie speziell gerichtet war, *Gyulumyan and Others v. Armenia* (dec.), no. 25240/20, 21.11.2023.

³⁸ *Baka v. Hungary* (Fn. 3), §§ 107–119.

³⁹ *Di Giovanni v. Italy*, no. 51160/06, §§ 36–37, 09.07.2013; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC], nos. 55391/13 und 2 andere, § 214, 06.11.2018; *Čivinskaitė v. Lithuania*, no. 21218/12, § 95, 15.09.2020; *Albuquerque Fernandes v. Portugal*, no. 50160/13, §§ 53–54, 12.01.2021; *Eminağaoğlu v. Turkey* (Fn. 23), §§ 64–80; *Juszczyszyn v. Poland* (Fn. 20), § 210; *Mnatsakanyan v. Armenia* (Fn. 37), §§ 65–66. Für eine Verwarnung siehe *Catană v. the Republic of Moldova*, no. 43237/13, § 44, 21.02.2023.

⁴⁰ Siehe *Bilgen v. Turkey* (Fn. 22), §§ 69–81, die Versetzung eines Richters an ein anderes Gericht betreffend; siehe auch *Tosti v. Italy* (dec.), no. 27791/06, 12.05.2009. Zur Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf die vorzeitige Beendigung des Mandats als Gerichtspräsident siehe auch *Denisov v. Ukraine* [GC], no. 76639/11, § 54, 25.09.2018; *Broda and Bojara v. Poland* (Fn. 15), §§ 121–123; dies gilt auch, wenn dies Folge einer Justizreform ist, *Gumenyuk v. Ukraine*, no. 11423/19, §§ 61, 65–67, 22.07.2021; vgl. auch das Urteil in der Rechtssache *Sözen v. Turkey*, in dem der Gerichtshof es für möglich hielt, die Reform des Verwaltungsrechtswegs ohne Versetzung der Richter an andere Gerichte durchzuführen, etwa durch einen fortschreitenden Abbau von Richterstellen bei Ausscheiden nach Erreichen der Altersgrenze, *Sözen v. Turkey* (Fn. 14), §§ 50–51, 76; es bedürfe einer Übergangsregelung, bei einem abrupten Abbau von Richterstellen infolge einer Justizreform stellten sich hingegen Fragen der Verhältnismässigkeit, ebda., § 51; auch die Erklärung des Notstands könne daran nichts ändern, ebda., § 77.

Massnahmen von einem unabhängigen Gericht überprüfen zu lassen.⁴¹ Auch wenn sie sich auf Stellen an höheren Gerichten bewerben und nicht die dafür erforderliche Empfehlung des Nationalen Rates für das Justizwesen erhalten, müssen sie Zugang zu einem Gericht haben, um die Ablehnung anfechten zu können.⁴² Jede Entscheidung, welche die Laufbahn eines Richters betrifft, muss den Grundsätzen der Verfahrensgerechtigkeit entsprechen und einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen.⁴³ Der Gerichtshof erstreckt den Anwendungsbereich dieser Überprüfung selbst auf die Fälle, in denen die Amtszeit eines Richters in einer nichtrichterlichen, eng mit dem Justizsystem verbundenen Funktion beendet wurde, so etwa die Mitgliedschaft im Nationalen Justizrat.⁴⁴

Obwohl es in den meisten Fällen um die Gewährleistung eines fairen Verfahrens vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht geht, hat der Gerichtshof in mehreren Fällen, in denen Richter Nachteile wegen kritischer Äusserungen erlitten haben, auch eine Verletzung der Meinungsfreiheit festgestellt, so etwa in der bereits erwähnten Rechtssache *Baka gegen Ungarn*.⁴⁵ In *Žurek gegen Polen* ging der Gerichtshof sogar noch einen Schritt weiter und nahm an, dass sich das Recht auf Meinungsfreiheit gar in eine Pflicht zur kritischen Positionierung verwandeln könne, sofern die Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit bedroht sei.⁴⁶

Richter geniessen daher ein besonderes Mass an Schutz, wenn sie die richterliche Unabhängigkeit als Mitglied von Justizräten oder ähnlichen Vertretungsorganen verteidigen.⁴⁷ Dementsprechend ging der Gerichtshof auch in der Rechtssache *Sarısu Pehlivan gegen*

⁴¹ Dazu gehört nicht nur die Verfügbarkeit eines gerichtlichen Rechtsbehelfs, sondern auch eine hinreichend begründete Entscheidung der innerstaatlichen Gerichte. In der Rechtssache *Ovcharenko und Kolos* (Fn. 37), § 126, wurde ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK festgestellt, weil die innerstaatlichen Gerichte keine hinreichend ausführliche und klare Begründung für die Entlassung des Beschwerdeführers als Richter wegen «Verletzung des Eides» geliefert hatten.

⁴² *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (Fn. 19), §§ 353–354; siehe auch *Juričić v. Croatia*, no. 58222/09, §§ 51–57, 26.07.2011.

⁴³ *Broda and Bojara v. Poland* (Fn. 15), § 147; *Gumenyuk v. Ukraine* (Fn. 40), § 72; dazu gehören Entscheidungen u.a. in Bezug auf die richterliche Disziplin, arbeitsrechtliche Streitigkeiten, Privilegien von Richtern als Verfahrensbeteiligte, Reputationsfragen sowie Besoldungs- und Ruhestandsleistungen. Für die Verfahrensgerechtigkeit in Fällen, welche die Auswahl, Ernennung und Laufbahn von Richtern betreffen, siehe *Gloveli v. Georgia*, no. 18952/18, § 59, 07.04.2022.

⁴⁴ *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 344; siehe auch *Žurek v. Poland* (Fn. 18), §§ 129–134; oder für den Fall eines leitenden Staatsanwalts, siehe *Kövesi v. Romania*, no. 3594/19, §§ 124–125, 05.05.2020; siehe auch *Loquifer v. Belgium*, nos. 79089/13 und 2 andere, §§ 38–40, 20.07.2021 (in Bezug auf ein «nichtrichterliches» Mitglied des Hohen Justizrates); *Kartal v. Türkiye*, no. 54699/14, 26.03.2024 (vorzeitige ex lege Beendigung eines Richters in seiner Funktion als Vizepräsident des Inspektionsrats des Hohe Richterrats aufgrund einer Gesetzesreform).

⁴⁵ *Baka v. Hungary* (Fn. 3), § 175; *Eminağaoğlu v. Turkey* (Fn. 23), § 152; *Kozan v. Turkey*, no. 16695/19, § 70, 01.03.2022; *Žurek v. Poland* (Fn. 18), § 228. Zu Disziplinarmaßnahmen gegen einen Richter aufgrund kritischer Kommentare auf seiner Facebook Seite vgl. *Danilev v. Romania*, no. 16915/21, 20.02.2024; siehe hierzu auch SEIBERT-FOHR, S. 89–110.

⁴⁶ *Žurek v. Poland* (Fn. 18), § 222.

⁴⁷ Ebda.; *Miroslava Todorova v. Bulgaria*, no. 40072/13, § 175, 19.10.2021.

die *Türkei* davon aus, dass der Beschwerdeführer als Generalsekretär einer Richtervereinigung verpflichtet war, sich in Verteidigung der Funktionsfähigkeit der Justiz gegen anstehende Verfassungsreformen zu wenden.⁴⁸ Sofern Richter die justizielle Unabhängigkeit verteidigen, sind Disziplinarmaßnahmen deswegen ausgeschlossen.⁴⁹ Wenn darüber hinaus der Hauptzweck eines Disziplinarverfahrens darin besteht, einen Richter wegen seiner Kritik an der Regierung zu bestrafen und einzuschüchtern, nimmt der Gerichtshof eine Verletzung der Meinungsfreiheit in Verbindung mit Art. 18 EMRK an.⁵⁰

Schliesslich hat der Gerichtshof in Fällen, in denen es um die Entlassung von Richtern oder andere Disziplinarmaßnahmen ging, in Anbetracht der weitreichenden persönlichen Konsequenzen auch eine Verletzung des Rechts auf Privatleben festgestellt, sofern es an einer individuellen Prüfung und einer überzeugenden Begründung mangelte.⁵¹ Auch hier wurde, sofern der überwiegende Zweck einer Disziplinarmaßnahme darin bestand, einen Richter einzuschüchtern, eine Verletzung von Art. 8 in Verbindung mit Art. 18 EMRK festgestellt.⁵²

B. Garantien richterlicher Unabhängigkeit

Da ich an dieser Stelle keinen umfassenden Überblick über die Rechtsprechung des Gerichtshofs geben kann, sollen im Folgenden die grundlegenden Parameter skizziert werden, die der Gerichtshof zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit entwickelt hat. Obgleich er traditionell von der Annahme ausgeht, dass die Konvention kein bestimmtes System

⁴⁸ *Sarısu Pehlivan v. Türkiye*, no. 63029/19, § 41, 06.06.2023

⁴⁹ Ebda.

⁵⁰ *Miroslava Todorova v. Bulgaria* (Fn. 47), § 213.

⁵¹ *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (Fn. 37), § 186; *Polyakh and Others v. Ukraine*, nos. 58812/15 und 4 andere, § 323, 17.10.2019; *Samsin v. Ukraine*, no. 38977/19, § 58, 14.10.2021; siehe auch *Juszczyszyn v. Poland* (Fn. 21), §§ 268–269, 280, wo ein Verstoss gegen Art. 8 EMRK festgestellt wurde, weil die Suspendierung nicht im Einklang mit dem Gesetz stand, welches eine gerichtliche Entscheidung erforderte. In der Rechtssache *Ovcharenko and Kolos v. Ukraine* (Fn. 37), § 108, kritisierte der Gerichtshof das Fehlen eines klaren und vorhersehbaren Rechtsrahmens in Bezug auf die richterliche Immunität und die richterliche Rechenschaftspflicht und stellte fest, dass ohne eine ausführliche und klare Begründung in Bezug auf das Erfordernis des «Bruchs des Eides» das Erfordernis der Rechtmässigkeit nach Art. 8 EMRK beeinträchtigt wurde. Nach *Denisov v. Ukraine* (Fn. 40), §§ 125–134, ist Art. 8 EMRK nicht anwendbar, wenn die ergriffene Massnahme nur Auswirkungen auf die Verwaltungsbefugnisse eines Richters hat. In *Wałęsa v. Poland* (Fn. 13), hat der Gerichtshof eine Verletzung des Rechts auf Privatleben angenommen, nachdem ein bereits rechtskräftiges Zivilurteil von einem nicht rechtmässig besetzten Gericht aufgehoben worden war. Anders in *Gyulumyan and Others v. Armenia* (Fn. 37), wo es um die Beendigung der Amtszeit als Verfassungsrichter ging und der Einfluss auf das Privatleben als zu geringfügig erachtet wurde.

⁵² *Juszczyszyn v. Poland* (Fn. 20), § 337. Für eine Verletzung von Art. 11 EMRK siehe *Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, 17.02.2004; für einen Fall zu Art. 1 Protokoll Nr. 1 EMRK, siehe *Denisov v. Ukraine* (Fn. 40), § 137.

der Justizverwaltung vorschreibt,⁵³ betont er, dass Gerichte in der Lage sein müssen, unabhängig von der Exekutive und Legislative zu entscheiden.⁵⁴ Richter müssen daher vor äußerem Druck geschützt werden.⁵⁵ Dieser Schutz vor politischer und sonstiger Einflussnahme auf die richterliche Entscheidungsfindung ist für den Schutz der materiellen Unabhängigkeit unerlässlich.

Um eine unparteiische und unabhängige Entscheidungsfindung zu gewährleisten (sachliche Unabhängigkeit), ist auch eine persönliche und institutionelle Unabhängigkeit erforderlich.⁵⁶ Zu diesem Zweck muss die Unabhängigkeit der Richter durch die Verabschiedung von Gesetzen zur Regelung des Status der Richter geschützt werden.⁵⁷ Diese Gesetze sollen das Verfahren zur Ernennung und Beförderung von Richtern, deren Amtszeit sowie das Verfahren und die Voraussetzungen für Disziplinarstrafen regeln.⁵⁸ Der Gerichtshof ver-

⁵³ *Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], nos. 39343/98 und 3 andere, § 193, 06.05.2003: «Although the notion of the separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in the Court's case-law (see *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 78, ECHR 2002-IV), neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction. The question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met. The present case does not, therefore, require the application of any particular doctrine of constitutional law to the position of the Netherlands Council of State. The Court is faced solely with the question whether, in the circumstances of the case, the Administrative Jurisdiction Division had the requisite 'appearance' of independence, or the requisite 'objective' impartiality (see *McGonnell*, cited above, § 51)»; siehe auch *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* (Fn. 39), § 144.

⁵⁴ *Ringeisen v. Austria*, no. 2614/65, § 95, 16.07.1971; *Piersack v. Belgium*, no. 8692/79, § 27, 01.10.1982; *Beaumartin v. France*, no. 15287/89, § 38, 24.11.1994; *Van de Hurk v. the Netherlands*, no. 16034/90, §§ 50–52, 19.04.1994.

⁵⁵ *Piersack v. Belgium* (Fn. 54), § 27; *Langborger v. Sweden*, no. 11179/84, § 32, 22.06.1989.

⁵⁶ *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (Fn. 19), § 316: «The Court [...] would reiterate that 'independence of a tribunal established by law' refers to the necessary personal and institutional independence that is required for impartial decision-making, and it is thus a prerequisite for impartiality. It characterises both (i) a state of mind, which denotes a judge's imperviousness to external pressure as a matter of moral integrity, and (ii) a set of institutional and operational arrangements – involving both a procedure by which judges can be appointed in a manner that ensures their independence and selection criteria based on merit –, which must provide safeguards against undue influence and/or unfettered discretion of the other State powers, both at the initial stage of the appointment of a judge and during the exercise of his or her duties (see *Guðmundur Andri Ástráðsson*, cited above, § 234, and the case-law cited therein)».

⁵⁷ Siehe z.B. *Broda and Bojara v. Poland* (Fn. 15), § 147 (in Bezug auf die vorzeitige Beendigung der Amtszeit des Vizepräsidenten eines Gerichts).

⁵⁸ Zum eindeutigen Zusammenhang zwischen der Integrität des richterlichen Ernennungsverfahrens und dem Erfordernis der richterlichen Unabhängigkeit siehe *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 309. Zu den von Disziplinarverfahren ausgehenden Gefahren für das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Funktionsweise und die Unabhängigkeit der Justiz siehe auch *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* (Fn. 39), §§ 196, 203, 214, und die allgemeinen Grundsätze, §§ 144–150. Zum besonderen Schutz von Richtern in Disziplinarverfahren siehe *Eminağaoğlu v. Turkey*

langt eine Reihe institutioneller und organisatorischer Vorkehrungen, die sowohl in der Anfangsphase der Ernennung eines Richters als auch während der Ausübung der Rechtssprechungstätigkeit Schutz vor unzulässiger Einflussnahme und willkürlichem Ermessen der anderen beiden Staatsgewalten bieten.⁵⁹ Dazu gehört ein auf Qualifikation basierendes Auswahl- und Ernennungsverfahren, welches eine unabhängige Rechtsprechung gewährleistet.⁶⁰ Wenn Richter Funktionen ausüben, die eng mit dem Justizsystem verbunden sind, müssen sie ebenfalls unabhängig sein.⁶¹ Bei der Prüfung, ob ein Gericht als «unabhängig» angesehen werden kann, nimmt der Gerichtshof eine Gesamtschau vor und berücksichtigt dabei folgende Einzelaspekte: die Art und Weise der Ernennung,⁶² die Dauer der Amtszeit,⁶³

(Fn. 23), § 76. Die Verhängung einer disziplinarischen Sanktion im Zusammenhang mit dem Erlass einer richterlichen Entscheidung wird als aussergewöhnliche Massnahme betrachtet und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit restriktiv gehandhabt, *Juszczyszyn v. Poland* (Fn. 20), §§ 276–279.

⁵⁹ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Fn. 8), § 234. Bereits die bloss ex officio Anwesenheit von Regierungsmitgliedern in einem Gremium, das Disziplinarstrafen gegen Richter verhängt, ist höchst problematisch, *Catană v. the Republic of Moldova* (Fn. 39), §§ 75, 78.

⁶⁰ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Fn. 8), § 234; siehe auch § 220: «In the Court's view, in addition to the above, it is inherent in the very notion of a «tribunal» that it be composed of judges selected on the basis of merit – that is, judges who fulfil the requirements of technical competence and moral integrity to perform the judicial functions required of it in a State governed by the rule of law.» Darüber hinaus betonte der Gerichtshof in § 222: «the paramount importance of a rigorous process for the appointment of ordinary judges to ensure that the most qualified candidates – in terms of both technical competence and moral integrity – are appointed to judicial posts. It goes without saying that the higher a tribunal is placed in the judicial hierarchy, the more demanding the applicable selection criteria should be. It is further evident that non-professional judges could be subject to different selection criteria, particularly when it comes to the requisite technical competencies. In the Court's view, such merit-based selection not only ensures the technical capacity of a judicial body to deliver justice as a «tribunal», but it is also crucial in terms of ensuring public confidence in the judiciary and serves as a supplementary guarantee of the personal independence of judges». Siehe auch *Tsanova-Gecheva v. Bulgaria*, no. 43800/12, §§ 100–104, 15.09.2015, wo der Gerichtshof es der zuständigen Behörde überliess, die Angemessenheit der Auswahl der Richter zu bestimmen. Vgl. auch *Oktay Alkan v. Türkiye*, wo einem Anwärter für das Richteramt nach erfolgreichem Abschluss der Richterausbildung trotz Erfüllung der gesetzlichen Kriterien die Ernennung verweigert wurde, ohne dass er dies gerichtlich überprüfen konnte, *Oktay Alkan v. Türkiye*, no. 24492/21, 20.06.2023.

⁶¹ Z.B. Richter, die als Mitglieder des Nationalen Rates für das Justizwesen tätig sind, *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 303.

⁶² *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, nos. 7819/77 und 7878/77, § 78, 28.06.1984; *Kleyn and Others v. the Netherlands* (Fn. 53), § 190; *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (Fn. 37), § 103; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* (Fn. 39), § 144; *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Fn. 8), § 232: Der Gerichtshof verweist auf diesen Aspekt im Bereich der Errichtung eines Gerichts.

⁶³ *Campbell and Fell v. the United Kingdom* (Fn. 62), § 78; *Kleyn and Others v. the Netherlands* (Fn. 53), § 190; *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (Fn. 37), § 103; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* (Fn. 39), § 144.

das Vorhandensein von Garantien gegen Druck von aussen⁶⁴ und die Frage, ob das Gericht auch bei einer Aussenbetrachtung als objektiv unabhängig erscheint.⁶⁵

Ein wichtiger Aspekt, der eine unabhängige Justiz gewährleistet, ist die Garantie der Amtszeit und der Schutz vor vorzeitiger Abberufung.⁶⁶ Der Gerichtshof betrachtet den Grundsatz der prinzipiellen Unabsetzbarkeit von Richtern während ihrer Amtszeit als eine logische Folge der richterlichen Unabhängigkeit.⁶⁷ Während eine Ernennung auf Lebenszeit nicht zwingend vorgeschrieben ist,⁶⁸ darf die Exekutive nur dann Richter vorzeitig ihres Amtes entheben, wenn dies im Vergleich zu dem damit verfolgten legitimen Ziel in einem angemessenen Verhältnis steht. Es dürfen weder begründete Zweifel an der Unabhängigkeit von äusseren Einflüssen noch an der Neutralität gegenüber den Parteiinteressen bestehen.⁶⁹ Die Gründe für eine etwaige Amtsenthebung müssen im innerstaatlichen Recht klar definiert sein, und jede Absetzung muss einer begründeten gerichtlichen Kontrolle unterliegen.⁷⁰

C. Anforderungen an die Auswahl und Ernennung von Richtern

Ein Aspekt, dem in der neueren Rechtsprechung besondere Aufmerksamkeit gewidmet wurde, ist das Ernennungsverfahren.⁷¹ In der Rechtssache *Guðmundur Andri Ástráðsson gegen Island* erklärte der Gerichtshof, dass die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit

⁶⁴ *Campbell and Fell v. the United Kingdom* (Fn. 62), § 78; *Kleyn and Other v. the Netherlands* (Fn. 53), § 190; *Oleksandr Volkov v. the Ukraine* (Fn. 37), § 103; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* (Fn. 39), § 144.

⁶⁵ *Campbell and Fell v. the Ukraine* (Fn. 62), § 78; *Langborger v. Sweden* (Fn. 55), § 32; *Kleyn and Others v. the Netherlands* (Fn. 53), § 190; *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (Fn. 37), § 103; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* (Fn. 39), § 144; *Grace Gatt v. Malta*, no. 46466/16, § 85, 08.10.2019.

⁶⁶ Zur Bedeutung der Amtszeit von Richtern für die Aufrechterhaltung der Rechtsstaatlichkeit, siehe *Ovcharenko and Kolos v. Ukraine* (Fn. 37), § 126. In diesem Fall stellte der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 8 und 6 EMRK fest, weil die Gerichte die Abberufung des Beschwerdeführers als Richter wegen «Verletzung des Eides» nicht ausreichend ausführlich und klar begründet hatten.

⁶⁷ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Fn. 8), § 239.

⁶⁸ *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, no. 6878/75 und 7238/75, § 57, 23.06.1981.

⁶⁹ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Fn. 8), § 239.

⁷⁰ *Campbell and Fell v. the United Kingdom* (Fn. 62), § 80; *Baka v. Hungary* (Fn. 3), §§ 156, 172. Siehe auch *Ovcharenko and Kolos v. Ukraine* (Fn. 37), § 108, wo der Gerichtshof das Fehlen eines klaren und vorhersehbaren Rechtsrahmens in Bezug auf die richterliche Immunität und die richterliche Rechenschaftspflicht beanstandete und feststellte, dass ohne eine ausführliche und klare Begründung des Erfordernisses der «Eidesverletzung» gegen Art. 6 und 8 EMRK verstoßen wurde.

⁷¹ Siehe z.B. *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Fn. 8); für weitere Einzelheiten siehe unten.

eng mit dem Erfordernis verbunden ist, dass Gerichte gem. Artikel 6 EMRK durch Gesetz geschaffen werden müssen.⁷² Damit soll sichergestellt werden, dass die Organisation der Justiz in einer demokratischen Gesellschaft nicht vom Ermessen der Exekutive abhängt, sondern durch ein vom Parlament erlassenes Gesetz geregelt wird.⁷³ Dies gilt nicht nur für das Gerichtssystem im Allgemeinen, sondern auch für die Zusammensetzung der Richterbank im jeweiligen Rechtsstreit.⁷⁴

Schwerwiegende Mängel bei der Ernennung eines Richters können daher eine Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht nach sich ziehen. Um festzustellen, ob Unregelmäßigkeiten in einem bestimmten richterlichen Ernennungsverfahren so schwerwiegend sind, dass sie eine Verletzung des Rechts auf ein «auf Gesetz beruhendes Gericht» zur Folge haben, hat der Gerichtshof einen Schwellentest (Drei-Stufen-Test) eingeführt.⁷⁵ Danach führt ein Fehler im Ernennungsverfahren eines Richters zu einer Verletzung von Art. 6 EMRK, sofern dieser Fehler offensichtlich gegen innerstaatliches Recht verstösst⁷⁶ und die Fähigkeit der Justiz beeinträchtigt, ihre rechtssprechende Aufgabe ohne unzulässige Beeinträchtigung zu erfüllen.⁷⁷ Bei dieser Beurteilung berücksichtigt der Gerichtshof unter anderem auch die Art und Weise, wie die nationalen Gerichte die behauptete Unregelmäßigkeit und ihre Folgen überprüft haben.⁷⁸

In der Rechtssache *Guðmundur Andri Ástráðsson gegen Island* kritisierte der Gerichtshof, dass der Justizminister unter Verstoß gegen das Verwaltungsverfahrensgesetz vom Vorschlag des Evaluierungsausschusses abgewichen war, ohne dies angemessen zu begründen. Ausserdem sei über die gesamte Vorschlagsliste en bloc abgestimmt worden, wodurch

⁷² Ebda., § 233: «Accordingly, while they each serve specific purposes as distinct fair-trial guarantees, the Court discerns a common thread running through the institutional requirements of Article 6 § 1, in that they are guided by the aim of upholding the fundamental principles of the rule of law and the separation of powers. The Court notes that the need to maintain public confidence in the judiciary and to safeguard its independence vis-à-vis the other powers underlies each of those requirements (see in this regard the object of the right to a «tribunal established by law», as noted in paragraphs 214 and 215 above). In the Court's view, the recognition of this close connection and common purpose does not, as the Government have argued (see paragraph 192 above), lead to the obscuring of their specific functions or to their duplication, but serves only to reinforce their respective objects and effects».

⁷³ Ebda., § 214.

⁷⁴ Ebda., § 213.

⁷⁵ Ebda., §§ 243–252. Für schwerwiegende Mängel im Ernennungsverfahren von Richtern, siehe *Juszczyszyn v. Poland* (Fn. 20), § 210; *Besnik Cani v. Albania*, no. 37474/20, §§ 83–93, 04.10.2022; siehe auch § 99: «[...] eligibility requirements for the appointment of judges are considered fundamental rules whose breach undermines the purpose and effect of the «established by law» requirement».

⁷⁶ *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Fn. 8), §§ 244–245.

⁷⁷ Ebda., §§ 246–247.

⁷⁸ Ebda., §§ 248–252.

die Rolle des Parlaments untergraben worden sei, als Kontrollinstanz gegenüber unangemessenen exekutiven Ermessensspielräumen zu fungieren.⁷⁹

Die Tatsache, dass die Grosse Kammer weder die ministerielle noch die parlamentarische Beteiligung als solche beanstandet hat, belegt, dass sich der Gerichtshof weiterhin gegenüber den unterschiedlichen Ernennungssystemen in Europa offen zeigt.⁸⁰ Im Bewusstsein dieser Vielfalt betonte er, dass das Erfordernis, dass ein Gericht «durch Gesetz» errichtet werden muss, nicht darauf abzielt, den richterlichen Ernennungsverfahren in den Mitgliedstaaten Einheitlichkeit zu verleihen. Vielmehr erkannte der Gerichtshof an, dass die Beteiligung der Exekutive an der Auswahl und Ernennung von Richtern, so wie sie zahlreiche Vertragsstaaten vorsehen, nicht ausschliesst, dass ein Gericht gleichwohl als ordnungsgemäss errichtet angesehen werden kann, sofern das Auswahl- und Ernennungsverfahren auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Auch eine parlamentarische Beteiligung an der Auswahl von Richtern ist nicht ausgeschlossen.⁸¹ Es ist jedoch erforderlich, dass das innerstaatliche Recht das Verfahren der Richterernennung eindeutig regelt, um willkürliche Eingriffe zu verhindern.⁸²

Der Gerichtshof erkannte in diesem Zusammenhang an, dass viele Staaten mit ihren ministeriellen bzw. parlamentarischen Ernennungsverfahren Gewähr dafür bieten, dass die Unabhängigkeit und Legitimität der Justiz gewahrt wird. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine entsprechende Rechtskultur existiert, Mechanismen der Rechenschaftspflicht vorhanden sind und wenn eine langjährige Praxis die Auswahl hochqualifizierter und unabhängiger Kandidaten garantiert.⁸³

⁷⁹ Ebda., § 270.

⁸⁰ Ebda., § 230. Siehe auch § 214: «The Court observes that under its case-law, the object of the term «established by law» in Article 6 § 1 of the Convention is to ensure that the judicial organisation in a democratic society does not depend on the discretion of the executive, but that it is regulated by law emanating from Parliament».

⁸¹ Siehe *Ninn-Hansen v. Denmark* (dec.), no. 28972/95, 18.05.1999; *Filippini v. San Marino* (dec.), no. 10526/02, 26.08.2003; siehe auch EuGH, *VQ v. Land Hessen*, C-272/19, §§ 55–56, 09.07.2020.

⁸² *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (Fn. 8), § 230: «The Court would also like to emphasise at this juncture that the requirement that a tribunal be established «by law» in no way seeks to impose uniformity in the judicial appointment practices of the member States. As indicated above (see paragraph 207), the Court is well aware that there are varying judicial appointment systems across Europe, and the mere fact that the executive, in particular, has decisive influence on appointments – as is the case in many States Parties, where the restraints on executive powers by legal culture and other accountability mechanisms, coupled with a long-standing practice of selecting highly qualified candidates with an independent state of mind, serve to preserve the independence and legitimacy of the judiciary – may not as such be considered to detract from the characterisation of a court or tribunal as one established «by law». The concern here relates solely to ensuring that the relevant domestic law on judicial appointments is couched in unequivocal terms, to the extent possible, so as not to allow arbitrary interferences in the appointment process, including by the executive».

⁸³ Ebda.

Die Mehrzahl der Fälle, in denen der Gerichtshof in polnischen Fällen einen Verstoss gegen Art. 6 EMRK wegen grundlegender Unregelmässigkeiten bei der Ernennung von Richtern festgestellt hat, beruhte auf der Feststellung, dass das betreffende Gericht nicht den Anforderungen des *Ástráðsson*-Falls gemäss errichtet worden war.⁸⁴ Nach Ansicht des Gerichtshofs erfolgte das Ernennungsverfahren im Anschluss an die Umstrukturierung des polnischen Justizwesens unter bewusster Missachtung verbindlicher Gerichtsentscheidungen und des innerstaatlichen Rechts.⁸⁵ Diese grundlegenden Unregelmässigkeiten hatten folglich das gesamte Ernennungsverfahren beeinträchtigt und die Legitimität des betreffenden nationalen Gerichts in Frage gestellt.⁸⁶

Trotz dieser weitreichenden Feststellungen zu den polnischen Justizreformen legt die Strassburger Rechtsprechung nahe, dass es bei der bereits erwähnten prinzipiellen Offenheit gegenüber verschiedenen Modellen der Justizverwaltung⁸⁷ – ob justizielle Selbstverwaltung, gemischte Formen oder Ministerialverwaltung – bleibt, sofern diese angemessene Garantien gegen Missbrauch bieten. Dementsprechend erkannte die Grosse Kammer in der Rechtssache *Grzęda gegen Polen* an, dass die Konvention keine ausdrückliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Justizrates enthalte.⁸⁸ Unabhängig davon, für welches System sich die Mitgliedstaaten entscheiden, müssen sie jedoch ihren Verpflichtungen zur Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit nachkommen.⁸⁹

Die Feststellung der Kammer, dass der unzulässige Einfluss der Legislative und der Exekutive auf die Ernennung von Richtern in Polen nicht mit Art. 6 Abs. 1 EMRK⁹⁰ vereinbar sei, sollte daher im Kontext der polnischen Justizreformen gesehen werden.⁹¹ Es ist unwahrscheinlich, dass diese Fälle den Gerichtshof dazu veranlassen werden, ähnliche Feststellungen in Bezug auf etablierte Justizsysteme zu treffen, sofern diese einseitige Ernennungen verhindern und eine von äusseren Einflüssen freie Rechtsprechung gewährleisten.

⁸⁴ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, no. 4907/18, § 290, 07.05.2021; *Reczkowicz v. Poland* (Fn. 19), § 281; *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (Fn. 19), § 354; *Advance Pharma sp. z o.o. v. Poland* (Fn. 12), § 350; *Juszczyszyn v. Poland* (Fn. 20), § 210.

⁸⁵ *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (Fn. 19), §§ 338, 349.

⁸⁶ *Reczkowicz v. Poland* (Fn. 19), § 276.

⁸⁷ *Xhoxhaj v. Albania* (Fn. 37), § 295.

⁸⁸ *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 307.

⁸⁹ Ebda.

⁹⁰ *Reczkowicz v. Poland* (Fn. 19), § 276: «A procedure for appointing judges which, as in the present case, discloses an undue influence of the legislative and executive powers on the appointment of judges is *per se* incompatible with Article 6 § 1 of the Convention and as such, amounts to a fundamental irregularity adversely affecting the whole process and compromising the legitimacy of a court composed of judges so appointed»; siehe auch *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (Fn. 19), § 349: «and amounts to a fundamental irregularity adversely affecting the whole process and compromising the legitimacy of a court composed of the judges so appointed».

⁹¹ Siehe *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 348; *Żurek v. Poland* (Fn. 18), § 210.

Diese Form der Zurückhaltung seitens des Gerichtshofs ist auch deshalb sachgemäß, weil die Feststellung von Systemmängeln weitreichende Folgen in den betroffenen Staaten nach sich zieht.⁹² Wenn jede Prozesspartei die Art und Weise der Ernennung der in ihrer Rechtsache entscheidenden Richter erfolgreich anfechten könnte, hätte dies schwerwiegende Implikationen für die Rechtssicherheit.⁹³ Darüber hinaus können Feststellungen über Systemmängel auch Auswirkungen auf das Konventionssystem insgesamt entfalten. Dies wird deutlich, wenn man bedenkt, dass nur wirksame Rechtsbehelfe ausgeschöpft werden müssen, bevor eine Beschwerde beim Gerichtshof erhoben werden kann.⁹⁴ Daher sollten derartige Feststellungen weiterhin Situationen vorbehalten bleiben, in denen Regierungen versuchen, die Justiz systematisch zu schwächen, so dass die Gerichte ihre Kontrollfunktion nicht mehr wahrnehmen können, oder wenn die getroffenen Massnahmen einen offenkundigen und schwerwiegenden Verstoss gegen innerstaatliches Recht darstellen. Ist dies nicht der Fall, ist es meines Erachtens vorzuziehen, auf die herkömmliche Gesamtbeurteilung zurückzugreifen und im Übrigen daran festzuhalten, dass weder Art. 6 EMRK noch irgendeine andere Bestimmung der Konvention von den Staaten eine bestimmte Ausgestaltung der institutionellen Ordnung verlangen.⁹⁵

⁹² So auch der Gerichtshof in *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland* (Fn. 19), § 368. Zu den weitreichenden Auswirkungen der fehlenden Unabhängigkeit der Disziplinar-kammer auf die zukünftige Besetzung aller Gerichte vgl. *Reczkowicz v. Poland* (Fn. 19), § 280; vgl. auch *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* (Fn. 12), § 349.

⁹³ Siehe z.B. *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* (Fn. 84), § 287 (im Hinblick auf die Ernennung eines Richters am Verfassungsgericht); *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* (Fn. 12), § 345 (in Bezug auf die Zivilkammer des Obersten Gerichtshofs).

⁹⁴ Dies gilt insbesondere für Aussagen über systemische Mängel bei der Ernennung von Richtern, *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* (Fn. 12), § 364: «In the present case the Court will refrain from giving any such detailed indications and limit its considerations to general guidance. As already noted above, the Court's conclusions regarding the incompatibility of the judicial appointment procedure involving the NCJ with the requirements of an «independent and impartial tribunal established by law» under Article 6 § 1 of the Convention will have consequences for its assessment of similar complaints in other pending or future cases (see paragraph 227 above). The deficiencies of that procedure as identified in the present case in respect of the newly appointed judges of the Supreme Court's Civil Chamber, and in *Reczkowicz* (cited above) in respect of the Disciplinary Chamber of that court, and in *Dolińska-Ficek and Ozimek* (cited above) in respect of the Chamber of Extraordinary Review and Public Affairs have already adversely affected existing appointments and are capable of systematically affecting the future appointments of judges, not only to the other chambers of the Supreme Court but also to the ordinary, military and administrative courts (see also paragraphs 127 and 142 above). It is inherent in the Court's findings that the violation of the applicant's rights originated in the amendments to Polish legislation which deprived the Polish judiciary of the right to elect judicial members of the NCJ and enabled the executive and the legislature to interfere directly or indirectly in the judicial appointment procedure, thus systematically compromising the legitimacy of a court composed of the judges so appointed. In this situation and in the interests of the rule of law and the principles of the separation of powers and the independence of the judiciary, a rapid remedial action on the part of the Polish State is required». Siehe auch *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* (Fn. 84), § 290.

⁹⁵ *Kleyn and Others v. the Netherlands* (Fn. 53), § 193.

IV. Schlussbetrachtung

Der Gerichtshof hat im Laufe seiner nunmehr 65jährigen Rechtsprechungstätigkeit eine ganze Reihe von Garantien zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit herausgearbeitet. Dabei sieht er zwar kein einheitliches Modell für die Justizverwaltung und die Richterbestellung vor, verlangt aber Verfahrensgarantien und die Möglichkeit, Entscheidungen, welche die Laufbahn von Richtern betreffen, durch ein unabhängiges Justizorgan überprüfen zu lassen.⁹⁶ Die Verabschiedung von Gesetzen mit klar definierten Kriterien und Verfahren für die Ernennung und Abberufung von Richtern ist erforderlich, um einen uneingeschränkten Ermessensspielraum und willkürliche Eingriffe der Exekutive zu verhindern. Disziplinarmaßnahmen können nur mit einer sachlichen Begründung und auf der Grundlage eindeutiger gesetzlicher Kriterien in einem unabhängigen, fairen Verfahren verhängt werden.⁹⁷ Der Zugang der betroffenen Richter zum Gericht muss eine angemessene gerichtliche Kontrolle und eine begründete Entscheidungsfindung gewährleisten.⁹⁸ Die eingangs in diesem Beitrag skizzierten rechtsstaatlichen Parameter – Rechtssicherheit, begründete Entscheidungsfindung, Verfahrensgerechtigkeit und Zugang zum Gericht – schützen somit auch die Richter selbst gegen missbräuchliche Eingriffe in ihre Unabhängigkeit.

Mit der Anwendung von Art. 6 auf Rechtsstreitigkeiten, die den Status von Richtern betreffen, konnte der Gerichtshof den Geltungsbereich der Konvention auf Fragen ausweiten, die das Funktionieren des Justizsystems als solches betreffen. Obwohl dies ansich eine Frage der Staatsorganisation ist, können auch Angehörige der Justiz selbst Opfer individueller Menschenrechtsverletzungen sein⁹⁹ und das Recht auf Zugang zu Gericht selbst dann geltend machen, wenn sie in ihrem amtlichen Status als Richter betroffen sind.¹⁰⁰ Die Tatsache, dass sie Teil der Judikative sind und öffentliche Gewalt ausüben, bedeutet also nicht, dass sie in ihrer richterlichen Funktion ungeschützt wären.¹⁰¹ Die Regierung kann sich auch nicht auf das besondere Vertrauen und die Loyalität berufen, die ein Richter dem Staat schuldet, um den Schutz von Art. 6 EMRK¹⁰² auszuschliessen, denn Loyalität ist dem

⁹⁶ *Bilgen v. Turkey* (Fn. 22), § 96; *Eminağaoğlu v. Turkey* (Fn. 23), §§ 99, 101; *Kozan v. Turkey* (Fn. 45), § 69.

⁹⁷ *Broda and Bojara v. Poland* (Fn. 15), § 147 (vorzeitige Beendigung der Amtszeit des Vizepräsidenten eines Gerichts).

⁹⁸ Siehe z.B. *Ovcharenko and Kolos v. Ukraine* (Fn. 3), § 126.

⁹⁹ Die Anwendung der Art. 8 und 10 EMRK ist ausgeschlossen, wenn die getroffene Massnahme nur Auswirkungen auf die Verwaltungsbefugnisse eines Richters hat. Zu Art. 8 EMRK siehe *Denisov v. Ukraine* (Fn. 41); zu Art. 10 EMRK siehe SEIBERT-FOHR, S. 89–110.

¹⁰⁰ *Ovcharenko and Kolos v. Ukraine* (Fn. 37), § 126. *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 327: für die frühzeitige Beendigung der Amtszeit im Nationalen Justizrat.

¹⁰¹ Für eine andere Ansicht siehe die Sondervoten von Richter Wojtyczek in *Baka v. Hungary* (Fn. 3), *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), *Żurek v. Poland* (Fn. 18) und *Broda and Bojara v. Poland* (Fn. 15).

¹⁰² *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 261. Siehe auch *Bilgen v. Turkey* (Fn. 22), § 79; *Eminağaoğlu v. Turkey* (Fn. 23), § 80. Zum gerichtlichen Auswahlverfahren siehe auch *Gloveli v. Georgia* (Fn. 43), §§ 50–51.

Rechtsstaat und der Demokratie und nicht den übrigen öffentlichen Gewalten geschuldet, deren Aufgabe es schliesslich ist, sich gegenseitig zu kontrollieren.¹⁰³ Über den Individualrechtsschutz der betroffenen Richter hinaus liegt es auch im Interesse der Durchsetzung der Konvention, nationale Richter in die Lage zu versetzen, Eingriffe in ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vor Gericht geltend zu machen. Wenn und soweit sie dies tun, handeln sie als Hüter von Rechtsstaatlichkeit und somit auch als Bewahrer des Konventionssystems, welches massgeblich auf der Garantie von Rechtsstaatlichkeit basiert.

Während der Gerichtshof traditionell eine Gesamtbeurteilung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Richtern vorgenommen hat, bei der die richterliche Ernennung nur ein relevanter Faktor war, spielt die Art und Weise der Ernennung inzwischen eine besondere Rolle. Damit soll sichergestellt werden, dass das über Rechtsstreitigkeiten urteilende nationale Gericht auf Gesetz beruht. Der Fokus auf nationales Recht erlaubt dem Strassburger Gerichtshof, eine kontextspezifische Analyse vorzunehmen, bei der die Vereinbarkeit des Ernennungsverfahrens mit dem innerstaatlichen Recht im Mittelpunkt steht, ohne dass die Teilnehmerstaaten verpflichtet wären, sich bei der Kodifizierung für ein bestimmtes Ernennungsmodell zu entscheiden.

Diese Methode, die sich auf die Rechtmässigkeit der Richterernennung konzentriert, stösst dort indes an ihre Grenzen, wo der Gerichtshof in Ermangelung spezifischer innerstaatlicher Vorschriften nur auf die verfassungsrechtlichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit und der Gewaltenteilung zurückgreifen kann.¹⁰⁴ Es ist aber weder Aufgabe des Gerichtshofs, die jeweilige Verfassung eines Landes auszulegen,¹⁰⁵ noch eigene Regeln für die Ernennung von Richtern aufzustellen. Dies stünde im Widerspruch zu seiner Offenheit gegenüber der Vielfalt der verschiedenen Justizverwaltungssysteme und Verfassungen in Europa.¹⁰⁶ Steht das Ernennungsverfahren also im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht, ist es vorzuziehen, mit der Prüfung der zweiten Voraussetzung von Art. 6 EMRK fortzufahren und zu untersuchen, ob das urteilende Gericht «unabhängig» war. Eine Verletzung dieser Voraussetzung sollte den Fällen grober Eingriffe in den Ernennungsprozess vorbehalten sein.

¹⁰³ *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 264: «Furthermore, the employment relationship of judges with the State must be understood in the light of the specific guarantees essential for judicial independence. Thus, when referring to the «special trust and loyalty» that they must observe, it is loyalty to the rule of law and democracy and not to holders of State power. This complex aspect of the employment relationship between a judge and the State makes it necessary for members of the judiciary to be sufficiently distanced from other branches of the State in the performance of their duties, so that they can render decisions a fortiori based on the requirements of law and justice, without fear or favour. It would be a fallacy to assume that judges can uphold the rule of law and give effect to the Convention if domestic law deprived them of the guarantees of the Articles of the Convention on matters directly touching upon their individual independence and impartiality (see *Bilgen*, § 79, and *Broda and Bojara*, § 120, both cited above)».

¹⁰⁴ Siehe z.B. *Reczkowicz v. Poland* (Fn. 19), § 276.

¹⁰⁵ *Grzęda v. Poland* (Fn. 2), § 341.

¹⁰⁶ Siehe z.B. *Xhoxhaj v. Albania* (Fn. 37), § 295.

Auf diese Weise kann der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit als Schutzwall gegen politische Mehrheiten dienen, die für sich eine Vormachtstellung auf Kosten grundlegender rechtsstaatlicher Garantien beanspruchen. Dies ist notwendig, um sicherzustellen, dass die nationalen Gerichte in der Lage bleiben, ihre Aufsichtsfunktion unabhängig auszuüben. Wenn sie daran aufgrund systemischer Eingriffe in die Justizverwaltung gehindert werden, ist es Aufgabe des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, einzugreifen. Dies dient nicht nur den Streitparteien und den Richtern selbst, es ist auch unerlässlich, um das System der Konvention und den wirksamen Schutz der Menschenrechte in Europa zu bewahren.

V. Literaturverzeichnis

- GASS STEPHAN/KIENER REGINA/STADELMANN THOMAS (Hrsg.), *Standards on Judicial Independence*, Bern 2012
- KIENER REGINA, *Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte*, Bern 2001
- KIENER REGINA, *Richterliche Unabhängigkeit*, in: Hendrych Dusan/Kälin Walter (Hrsg.), *Rechtsstaat – Die Gegenwart und Zukunft*, Prag 2001, S. 132 ff.
- KIENER REGINA, *Judicial Independence in Switzerland (State Report)*, in: Seibert-Fohr Anja (Hrsg.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg 2012, S. 403 ff.
- SEIBERT-FOHR ANJA, *Judges' Freedom of Expression and Their Independence: An Ambivalent Relationship*, in: Elósegui María/Miron Alina/Motoc Iulia (Hrsg.), *The Rule of Law in Europe*, Cham 2021, S. 89 ff.
- SMULDERS BEN, *Increasing Convergence Between the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union in Their Recent Case Law on Judicial Independence: The Case of Irregular Judicial Appointments*, in: *59 Common Market Law Review* 2022, S. 105 ff.

Die unabhängige Richterin im Spannungsfeld von Spruchkörperbildung und Richterwahlen

Marianne Ryter*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	343
II. Verfassungsmässige Richterin: ein klarer Anspruch	344
III. Spruchkörperbildung: ein administrativer Akt	347
IV. Richterwahlen: Anspruch auf Unabhängigkeit?	350
V. Fazit	352
VI. Literaturverzeichnis	354

I. Einleitung

Regina Kiener beschäftigte sich in ihrem langjährigen Wirken stets mit Fragen rund um die Justiz. Den Grundstein hierfür hat sie mit ihrer Habilitation zur richterlichen Unabhängigkeit gelegt.¹ Viele ihrer dortigen Erörterungen haben noch heute Gültigkeit. In den letzten Jahren hat das Thema Richterliche Unabhängigkeit nochmals an Aktualität gewonnen, nicht zuletzt im Rahmen der – letztlich abgelehnten – Justizinitiative. Dabei sind Aspekte in den Vordergrund getreten, die zwar seit jeher Teil der Auseinandersetzung mit der richterlichen Unabhängigkeit sind, die teilweise aber auch neue oder angepasste Antworten erfordern. Dazu gehört der Anspruch auf eine gesetzmässige Richterin und damit verbunden die verfassungsmässig korrekte Besetzung des Spruchkörpers.

Es war in diesem Zusammenhang, dass sich unsere beruflichen Wege wieder kreuzten: REGINA KIENER trat gemeinsam mit den Herren LIENHARD, BÜCHEL und ROLLER mit einer Studienanfrage ans Bundesverwaltungsgericht heran, als ich dort noch tätig und Mitglied der Verwaltungskommission war. Das Ziel jener Studie bestand darin, das am Bundesverwaltungsgericht eingesetzte softwarebasierte Fallzuteilungssystem mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen zu untersuchen und grundsätzliche Erkenntnisse zu einem verfassungsrechtlich korrekten Fallzuteilungssystem zu gewinnen. Heute liegen die Erkenntnisse der Studie und bereits eine weitere unabhängige Überprüfung des Zuteilungs-

* Bundesrichterin, Lausanne. Die Ausführungen geben die rein persönliche Auffassung der Autorin wieder.

¹ Siehe KIENER.

systems am Bundesverwaltungsgericht vor.² Das Interesse an der Spruchkörperbildung beschränkt sich aber nicht auf die wissenschaftlichen Kreise,³ ebenso die Parlamentarische Verwaltungskontrolle,⁴ die Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und Nationalrates⁵ sowie die Medien begannen sich zunehmend dafür zu interessieren.

Gewiss ist es wichtig, die verfassungsrechtlich korrekte Fallzuteilung im Lichte des sich rasch verändernden technischen Kontexts zu lesen. Dennoch lässt sich das grosse «allgemeine» Interesse an Fragen rund um die Spruchkörperbildung meines Erachtens nicht allein mit dem Bestreben nach einer im konkreten Fall unabhängig urteilenden Richterin erklären, sondern hat zweifellos auch damit zu tun, dass dieses Thema noch eine weitere Dimension aufweist, nämlich diejenige des Verhältnisses von Politik und Justiz. Immer wieder stand und steht gerade im Brennpunkt des medialen Interesses die Frage der wertungsmässig einseitigen, mithin der einseitig parteipolitischen Besetzung der Richterbänke.⁶ Dass die Frage nach der Parteizugehörigkeit ins Spiel gebracht wurde, lässt sich dabei ohne Weiteres mit dem System der Richterwahlen in der Schweiz erklären: Schweizer Richterinnen weisen systembedingt eine Verbindung zu den politischen Parteien auf.

In der aktuellen Diskussion verbinden sich die drei Elemente Anspruch auf verfassungsmässige Richterin, Spruchkörperbildung und Richterwahlen. Gleichzeitig geraten diese aber auch in ein Spannungsverhältnis. Zu diesem Zusammenspiel bzw. Spannungsverhältnis sollen in den nachfolgenden Ausführungen ein paar Gedanken formuliert werden.

II. Verfassungsmässige Richterin: ein klarer Anspruch

Der grundrechtliche Anspruch auf Beurteilung durch eine unabhängige und unparteiisch urteilende Richterin ist in Art. 30 BV verankert und schliesst sich Art. 29 Abs. 1 BV an, der als allgemeine Verfahrensgarantie unter anderem festhält, dass jede Person Anspruch auf gerechte und faire Behandlung hat. Beide Normen wurden bei der Nachführung der Bundesverfassung formuliert und sind das Ergebnis einer Entwicklung, die mit der grundrechtlichen Garantie des «verfassungsmässigen Gerichtsstands» bzw. des «juge naturel» in

² BÜCHEL/KIENER/LIENHARD/ROLLER sowie THURNHERR.

³ Vgl. etwa BRUNNER, S. 307 ff.

⁴ Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 5. November 2020.

⁵ Geschäftsverteilung bei den eidgenössischen Gerichten, Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen des Ständerates und des Nationalrates vom 22. Juni 2021.

⁶ Die Parteizugehörigkeit bei der Spruchkörperbildung war auch für die PVK ein Thema (Ziff. 6.1 und 7.4 des Berichtes).

der ersten Bundesverfassung von 1848 ihren Anfang genommen hat.⁷ Der Anspruch darauf, dass in einer Rechtssache der Entscheid durch eine unabhängige Richterin gefällt wird, gehört seit jeher zu den zentralen Verfahrensgarantien.

Entsprechend besteht zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine unabhängige Richterin eine langjährige und umfangreiche Judikatur. Es ist ein fundamentaler Anspruch, der – regelmässig bestätigt – Geltung beansprucht: So hielt das Bundesgericht etwa in BGE 93 I 265 E. 4a fest, dass «die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach dem schweizerischen Rechtsgefühl zu den fundamentalen Erfordernissen der Rechtspflege gehört». Damit soll gemäss einer aktuelleren Formulierung «garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen».⁸ Um den Rechtssuchenden diese Ergebnisoffenheit des Verfahrens und des richterlichen Entscheidungsprozesses zu gewährleisten, schliesst der Anspruch auf eine verfassungsmässige Richterin andere staatliche oder teilweise private Funktionen aus,⁹ verlangt Unparteilichkeit gegenüber den Prozessparteien¹⁰ und ganz allgemein eine innere Unabhängigkeit von sachfremden Einwirkungen, seien dieser externer oder gerichtsinterner Art.¹¹

Das Bundesgericht hat den Anspruch nach Art. 30 BV stets fallorientiert konturiert.¹² Dass die korrekte Spruchkörperbildung in diesen Anspruch eingeschlossen ist, hat das Bundesgericht bereits vor über 40 Jahren festgehalten.¹³ Damit soll verhindert werden, dass Gerichte eigens für die Beurteilung einer Angelegenheit gebildet werden. Dazu gehört, dass die Rechtsprechung nicht durch eine gezielte Auswahl der Richterinnen und Richter im Einzelfall beeinflusst werden kann. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie der verfassungsmässigen Richterin gemäss Art. 30 Abs. 1 BV.¹⁴ Gefestigte Rechtsprechung ist, dass es jeweils nicht nur darum geht, eine *tatsächliche* unzulässige Beeinflussung im konkreten Fall auszuschliessen, sondern dass für

⁷ Zu Art. 30 Abs. 1 BV statt vieler STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, St. Galler Kommentar BV, Art. 30. Vgl. auch Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II, aus welchen sich für ihren jeweiligen Anwendungsbereich vergleichbare und punktuell weiter reichende Garantien ergeben, dazu VILLIGER, N 491 ff., sowie MEYER, Kommentar EMRK, Art. 6 N 48 ff.

⁸ BGE 149 I 14 E. 5.3.2.

⁹ Vgl. Art. 144 BV, Art. 6 ff. BGG.

¹⁰ Betreffend Ausstand vgl. Art. 34 BGG.

¹¹ Illustrativ zur inneren Unabhängigkeit WALTER; zur gerichtsinternen Unabhängigkeit REITER/STADELMANN.

¹² Für eine Zusammenfassung vgl. etwa BGE 147 I 173 E. 5.1 und 5.2, sowie für einen Überblick STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, St. Galler Kommentar BV, Art. 30 *passim*.

¹³ So wurden in BGE 105 Ia 172 E. 3a in Bezug auf Art. 58 Abs. 1 aBV (erste) Eckpfeiler für eine verfassungsmässig korrekte Spruchkörperbildung formuliert.

¹⁴ BGE 144 I 37 E. 2.1.

die Annahme einer Beeinträchtigung der Anschein einer solchen genügt. Dies deshalb, weil sowohl eine Entscheidung frei von sachfremden Einflüssen als auch das notwendige Vertrauen der Rechtssuchenden in die Unabhängigkeit der Gerichte erhalten werden soll.¹⁵

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass die Parteizugehörigkeit von Richterinnen Fragen aufwirft. Nach dem Massstab des Anscheins verträgt sich diese nur schlecht mit dem Bild einer unabhängigen Richterin.¹⁶ Gleichzeitig führt die Tatsache, dass das schweizerische System der Richterwahlen auf der Parteizugehörigkeit fusst, offensichtlich dazu, dass die Zusammensetzung eines Spruchkörpers (zunehmend) auch unter diesem Blickwinkel betrachtet wird.¹⁷ Diese Entwicklung erachte ich verfassungsrechtlich als bedenklich. Für das Vertrauen in die Justiz ist es zentral, dass sowohl die Richterin im konkreten Fall als auch die Gerichte als Institution – in ihrem Funktionieren und in ihrem Auftritt – den Eindruck der Unabhängigkeit vermitteln, mithin ihre Unabhängigkeit garantieren.¹⁸

Gleichermassen von Bedeutung für den Anspruch auf eine verfassungsmässige Richterin ist Art. 191c BV, der das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit ausdrücklich verankert und diese damit verfassungsrechtlich sowohl auf die an der gerichtlichen Rechtsfindung beteiligten Personen als auch auf die Gerichte als Institutionen erstreckt.¹⁹ Die richterliche Unabhängigkeit erfährt so die notwendige organisatorische Sicherung. Denn der Anspruch auf eine unabhängige Richterin setzt voraus, dass die richterliche Funktion – auch institutionell – selbständig und weisungsfrei ausgeübt werden kann. Dies wiederum bedingt, dass die Gerichte sich autonom verwalten²⁰ und sie dadurch auch im administrativen Bereich (weitgehend)²¹ dem Einfluss von Parlament und Exekutive entzogen sind.

¹⁵ BGE 149 I 14 E. 5.3.2 mit zahlreichen Hinweisen, auch auf die Rechtsprechung des EGMR.

¹⁶ Zum Anschein und unabhängige Justiz siehe etwa ALBRECHT.

¹⁷ Vgl. etwa die Hinweise bei GUNJIC, N 11; vgl. auch SCHINDLER, S. 1 f., der die Berücksichtigung der Parteizugehörigkeit – in gewissen Bereichen – zumindest als «sinnvolles Kriterium» erachtet; so auch SCHNEUWLY.

¹⁸ Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob die Angabe der Parteizugehörigkeit beim Internetauftritt eines Gerichts angezeigt ist.

¹⁹ Zu Art. 191c BV statt vieler SCHINDLER/SCHULER/WYSS, St. Galler Kommentar BV, Art. 191c.

²⁰ Art. 188 Abs. 3 BV, Art. 13 und 25 BGG.

²¹ Zur Justizaufsicht FREY HAESLER.

III. Spruchkörperbildung: ein administrativer Akt

Die Mindestgrundsätze der Spruchkörperbildung ergeben sich aus dem Verfassungs- und Völkerrecht. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangen einen justizförmigen, unabhängigen und unparteiischen Spruchkörper, der über Streitfragen auf der Grundlage des Rechts und in einem gesetzlich vorgesehenen Verfahren mit rechtsstaatlichen Garantien entscheidet.²²

Entsprechend hat die Spruchkörperbildung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung generell-abstrakt geregelt zu sein und nach sachlichen Kriterien zu erfolgen.²³ Sachlichkeit ist dann gegeben, wenn die gewählten Kriterien der korrekten und zeitgerechten Fall erledigung dienen, was ein pflichtgemäss zu handhabendes Ermessen bei den für die Spruchkörperbildung zuständigen Richterinnen zulässt.²⁴ Die geforderte Sachlichkeit schliesst dabei Gründe, die in der Person der Richterin liegen – etwa bestimmte Fachkompetenzen –, nicht grundsätzlich aus. Sie sind nur dann nicht sachlich und entsprechend verfassungsrechtlich nicht zulässig, wenn sie nicht dem Anliegen einer korrekten Verfahrensführung entspringen und bezwecken, in manipulativer Weise einen ganz bestimmten Spruchkörper für einen konkreten Fall einzusetzen, um damit das gewünschte Ergebnis herbeizuführen.²⁵

Das Gewährleisten sachlicher Gründe ist mit der Automatisierung der Spruchkörperbildung um eine Möglichkeit reicher geworden; der Anspruch auf eine möglichst objektivierte Zuteilung hat damit technisch eine Erweiterung um die Dimension «Zufall» erfahren. Diesbezüglich kam dem Bundesverwaltungsgericht eine Pionierrolle zu: Seit Betriebsaufnahme des Gerichts im Jahr 2007 werden die Spruchkörper mittels eines Systems bestimmt, das auf der automatischen (softwarebasierten) Zuteilung kombiniert mit händischen Elementen beruht.

Da sich die automatische und damit zufällige Zuteilung leichter mit dem Anspruch auf Objektivität verbindet als die ausschliesslich menschliche Zuteilung durch eine Abteilungspräsidentin oder eine Gerichtspräsidentin, kommt die Automatisierung den gegenüber dem «Element Mensch» kritischen Stimmen entgegen.²⁶ Das von der Rechtsprechung zu-

²² Für einen Überblick siehe BGE 144 I 73 E. 4; vgl. auch BRUNNER sowie KIENER/HENSELER, S. 193 ff.

²³ BGE 144 I 73 E. 5.1; in BGE 105 Ia 172, 179 E. 5b wurde aus Gründen der Flexibilität und Praktikabilität eine generell-abstrakte Normierung noch abgelehnt.

²⁴ BGE 144 I 70 E. 5.6 m.w.H. Sachliche Kriterien sind (dazu BGE 144 I 37 E. 2.3.2): Berücksichtigung der Arbeitsbelastung, der Hauptsprache der Referentin, spezifische Fachkenntnisse, Mitwirkung an früheren Entscheiden im gleichen Sachgebiet, Behandlung komplexer Fälle durch den gleichen Spruchkörper sowie Mitwirkung von Mitgliedern beiderlei Geschlechts in entsprechend gelagerten Fällen, etwa betreffend strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität.

²⁵ Gerade, um der Gefahr von Manipulationen zu begegnen, verlangte KIENER, S. 376, dass der Spruchkörper im Voraus bestimmt ist.

²⁶ Zur diesbezüglichen Kritik der Lehre an der Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe BGE 144 I 70 E. 5.2.

gestandene – und in der praktischen Anwendung notwendige – Ermessen bei der Zuteilung soll damit noch etwas stärker eingeschränkt oder zumindest kontrolliert werden (können). Und die Diskussion um die erforderlichen generell-abstrakten Kriterien und der den Zuteilenden zu belassende Ermessensspielraum hat wie erwähnt teilweise eine weitere Forderung ins Spiel gebracht: diejenige nach einem «ausgewogenen», d.h. einem parteipolitisch durchmischten Spruchkörper.

Rechtswissenschaft ist bekanntlich keine exakte Wissenschaft. So ist unbestritten, dass der Richterspruch nicht ein reiner Rechtsanwendungsakt ist, sondern immer auch eine rechtsschöpferische oder zumindest eine auswählende Komponente hinsichtlich des richtigen Entscheids beinhaltet. Entsprechend spielt das Vorverständnis der zum Entscheid berufenen Richterinnen eine Rolle.²⁷ Dieses individuelle Vorverständnis, mithin die individuelle Werthaltung und Weltanschauung, wird dabei geprägt durch Herkunft, Alter, Identität, Geschlecht, familiäre Situation, Berufserfahrung. Die Parteizugehörigkeit mag zwar etwas über die Weltanschauung der jeweiligen Richterin aussagen, zum Kanon der die Werthaltung prägenden Elemente gehört sie aber nicht.

Ob und wie weit überhaupt von einem parteipolitischen *Bias* gesprochen werden kann, sei dahingestellt²⁸: Dieser ist nicht zuletzt durch die Studie von GABRIEL GERTSCH²⁹ ins schweizerische Bewusstsein gerückt. Hier ist nicht der Raum, diese Frage grundsätzlich zu beleuchten, aber eines ist klar: Die Zuordnung von richterlicher Entscheidfindung und parteipolitischer Zugehörigkeit ist verkürzt. Weder wird dies dem Prozess der Entscheidfindung noch dem Selbstverständnis (und dem Amtseid) der Richterinnen gerecht. Die richterliche Entscheidfindung im jeweiligen Einzelfall ist komplex; sie ist vom Vorverständnis geprägt, aber ebenso sehr ist sie juristisch-technisch angeleitet und führt jedenfalls nicht entlang von Parteilinien.³⁰ Die wiederholten «Schubladisierungen» der Richterinnen nach ihrer Parteizugehörigkeit stellen eine ungerechtfertigte Reduktion der richterlichen Funktion und Aufgabe dar.³¹

Es ist nachvollziehbar, dass ein Bedürfnis besteht, Richterinnen weltanschaulich zu verorten. In diesem Sinne ist verständlich, dass der Wunsch nach «ausgewogenen» oder «diversen»³² Spruchkörpern formuliert wird. Aber dies darf nicht zwingend und geradewegs zur Parteizugehörigkeit führen. Und dies nicht nur, weil die Parteizugehörigkeit ein ungenügendes Kriterium ist, sondern vor allem, weil es rechtsstaatliche Herausforderungen

²⁷ Dazu grundlegend und nach wie vor aktuell: ESSER; erhellend HOFER/BEARTH; siehe auch GOLDBERG.

²⁸ Vgl. etwa FANKHAUSER/FLICK WITZIG/VATTER sowie HANGARTNER/LAUDERDALE/SPIRIG.

²⁹ GERTSCH GABRIEL, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, ZBl 1/2021, S. 34 ff.

³⁰ Vgl. auch MEYER; MALPHURS/STADELMANN.

³¹ Gerade in der medialen Berichterstattung sind parteipolitische Zuordnungen von Gerichtsentscheiden beliebt. Dazu (kritisch) KELLER, N 15, sowie SCHNEUWLY.

³² Von Diversität bei der Spruchkörperbildung sprechen BÜCHEL/KIENER/LIENHARD/ROLLER, N 67.

mit sich bringt und das System der *«checks and balances»* in ein labiles Gleichgewicht bringen kann.³³ Die Aufnahme der parteipolitischen Zugehörigkeit in den Kriterienkatalog der Spruchkörperbildung wäre verfassungsrechtlich äusserst kritisch. Damit würde nicht etwa eine verfassungsrechtlich korrekte Zuteilung realisiert, im Gegenteil: Der Anspruch auf eine unabhängige Richterin, mithin auf eine verfahrens- und ergebnisoffene Beurteilung, schliesst die Berücksichtigung der Parteizugehörigkeit bei der Spruchkörperbildung nachgerade aus.

Wer sich für einen parteipolitisch ausgewogenen Spruchkörper ausspricht, verkennt die rechtsstaatlichen Gefahren, die damit einhergehen. Solche Elemente würden (weitere) Einfallstore für eine unzulässige Politisierung der Justiz bilden. So könnten die Parteien dazu verleitet werden, Richterinnen und Richter vorzuschlagen, die besonders auf ihrer Parteilinie liegen. Und die Parteizugehörigkeit würde von den Rechtssuchenden als für die Entscheidungsfindung relevant erachtet.³⁴ Für das Vertrauen in die Justiz wäre damit jedenfalls nichts gewonnen.

Wenn, dann müssten mit Blick darauf, was für das Vorverständnis, die jeweilige Werthaltung prägend ist, ganz andere Kriterien ins Spiel gebracht werden: Alter, Geschlecht, Konfession, soziale Herkunft, Zivilstand. Dabei wird aber auch klar, dass es *den* «ausgewogenen» Spruchkörper nicht gibt. Zudem können sich zu viele Kriterien auch ins Gegenteil verkehren: Es entsteht nicht *mehr* Auswahl, sondern es kann daraus nur noch *eine* Wahl resultieren.

Schliesslich gilt es einen wichtigen Aspekt bei all den Diskussionen rund um die richtige Spruchkörperbildung nicht aus den Augen zu verlieren, und zwar, dass es sich bei der Spruchkörperbildung um einen wesentlichen Akt der Selbstverwaltung der Justiz handelt.³⁵ Dies wirkt sich einerseits auf die Anforderungen an die rechtliche Grundlage aus, indem eine Normierung auf Gesetzesstufe nicht erforderlich ist, und schlägt andererseits den Bogen zur institutionellen Unabhängigkeit. So verfügt das Bundesgericht über eine verfassungsrechtlich garantierte Autonomie, die auch bei administrativen Entscheiden zu respektieren ist. Dieser administrative Autonomiebereich zeitigt bei der Spruchkörperbildung insofern seine Schutzwirkung gegen aussen, als allfällige «politische Vorgaben» unzulässig wären.

³³ Zur Verflechtung und Verschränkung von Organen und Behörden vgl. BIAGGINI, § 17 N 16 f.

³⁴ Aufgrund der Vielfalt der schweizerischen Parteienlandschaft würden sich auch ganz praktische Probleme stellen: Wann wäre denn ein politisch ausgewogener Spruchkörper gegeben? Wenn welcher «Parteienmix» vorliegt?

³⁵ So auch KIENER/HENSELER, S. 193 ff.; THURNHERR, S. 12; BRUNNER, S. 324.

IV. Richterwahlen: Anspruch auf Unabhängigkeit?

Wie einleitend erwähnt, steht die Forderung nach parteipolitischer Ausgewogenheit des Spruchkörpers in Zusammenhang mit dem schweizerischen System der Richterwahlen, wonach Richterinnen in der Regel einer Partei angehören. Es lohnt sich deshalb einen Blick auf die Richterauswahl zu werfen, wird hier doch das Fundament für eine unabhängige Richterin gelegt.

Das System, nach dem Richterinnen in der Schweiz gewählt werden, ist in seinen Grundzügen seit längerem mehr oder weniger unverändert. Die demokratische Wahl der Richterinnen hat Tradition.³⁶ Die Wahl von Bundesrichterinnen beispielsweise wird von der Gerichtskommission vorbereitet, die der Bundesversammlung ihre Wahlvorschläge unterbreitet. Dabei wird rechtlich lediglich die Staatsbürgerschaft als Voraussetzung verlangt. Praxisgemäss gelten zusätzliche, gesetzlich nicht vorgeschriebene Wahlvoraussetzungen wie eine abgeschlossene juristische Ausbildung, Berufserfahrung sowie eben die Parteizugehörigkeit.³⁷ Weiter wird für die eidgenössischen Gerichte eine ausgewogene Vertretung der Landessprachen sowie der Geschlechter angestrebt. Eine eigentliche Richterausbildung wie in Deutschland, Österreich oder Frankreich gibt es in der Schweiz nicht.³⁸

Das System, wonach Richterinnen auf Bundesebene durch das Parlament gewählt werden, dient der demokratischen Legitimation der Gerichte und verschafft diesen grundsätzlich eine wichtige gewaltenteilige Autonomie.³⁹ Das Wahlverfahren gilt grundsätzlich als verfassungs- und EMRK-konform. Kritisch beurteilt wird – national und international – der erhebliche Einfluss der politischen Parteien auf die Richterwahlen: Mit der Parteizugehörigkeit als faktischer Wahlvoraussetzung, der Wahl auf Amtsdauer und damit dem Erfordernis einer regelmässigen Wiederwahl und der Mandatsabgabe kommt der Politik im schweizerischen Wahlsystem eine dominierende Rolle zu.⁴⁰ Dies führt dazu, dass die Richterwahlen teilweise als strukturell kompromittiert eingeschätzt werden.⁴¹

Das schweizerische System funktioniert so lange, wie sich alle an die Spielregeln halten. Ob das noch gewährleistet ist, darüber gehen die Meinungen auseinander: So hat etwa Altbundesgerichtspräsident MEYER bei den Wiederwahlen vom «rechtstaatlichen Stresstest»

³⁶ Ein Überblick findet sich bei SCHINDLER/SCHULER/WYSS, St. Galler Kommentar BV, Art. 191c N 17 ff. Siehe auch LUMINATI/CONTARINI, Richterbild, S. 201 ff.

³⁷ Zum Wahlverfahren auf Bundesebene siehe BRUNNER/STADELMANN; allgemein zur Richterauswahl GRÜNSTÄUDL, Richtermacher.

³⁸ Dazu eingehend GRÜNSTÄUDL, Richterauswahl.

³⁹ Siehe aber VATTER.

⁴⁰ Dazu VATTER/ACKERMANN, S. 517 ff.; LUMINATI/CONTARINI, Kampfwahlen; weiterführend TICHY. Betreffend internationale Kritik vgl. Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO), Vierte Evaluationsrunde, Evaluationsbericht Schweiz, vom 2. Dezember 2016, sowie GRECO, Vierte Evaluationsrunde, Nachtrag zum zweiten Konformitätsbericht Schweiz, vom 2. Dezember 2022.

⁴¹ So UEBERSAX, VI.6, S. 1756 mit weiteren Hinweisen.

gesprochen. Seiner Einschätzung nach wurde dieser bestanden.⁴² Kritischer sieht das Altbundesrichter RASELLI: Er erachtet die richterliche Unabhängigkeit inzwischen als ernsthaft gefährdet. Nach seinen Erfahrungen ist es eine Tatsache, dass einzelne Politikerinnen oder gar ganze Fraktionen nicht davor zurückschrecken, das Bundesgericht unter Druck zu setzen.⁴³

Dass die dominierende Rolle der Politik bei den Wahlen von Richterinnen Gefahrenpotenzial birgt, erkannte bereits KURT EICHENBERGER: Auch nach ihm bleibt der Zustand «nur so lange erträglich, als die für die Wiederwahlen zuständigen Kurationsorgane ihre Potenz, den Richter in enge und aktuelle Abhängigkeiten zu versetzen, nicht ausnutzen». Sollten diese Voraussetzungen nicht mehr gegeben sein, könnten sich «sichernde Normierungen» als notwendig erweisen.»⁴⁴

Die Parteizugehörigkeit der Justizmitglieder und damit verbunden die Frage nach der Unabhängigkeit der Richterinnen von den politischen Parteien beschäftigt auch die Rechtssuchenden. Das Vertrauen in die Justiz ist nach wie vor hoch,⁴⁵ dennoch fanden sich genügend Unterschriften für die sog. Justizinitiative. Und auch wenn diese im Ergebnis klar abgelehnt wurde, hat sich gezeigt, dass rund die Hälfte der Stimmbevölkerung parteilose Gerichtsmitglieder befürworten würde und die Wahl parteiloser Personen ermöglichen möchte. Verantwortlich für das klare Scheitern der Initiative dürfte vor allem das vorgesehene Losverfahren gewesen sein.⁴⁶

Die politischen Parteien haben jedoch aus verschiedenen Gründen kein Interesse an einer Änderung des Systems, halten vielmehr am Status quo fest. Dies zeigte sich nicht nur im fehlenden Abstimmungskampf zur Justizinitiative – keine Partei unterstützte diese und es fand sich keine Mehrheit für einen Gegenvorschlag –, sondern auch darin, dass vorgeschlagene Korrekturen oder Optimierungen des Wahlsystems ergebnislos blieben.⁴⁷

Das ist zu bedauern: Die richterliche Unabhängigkeit verlangt zwar keine absolute Trennung der Justiz von den anderen Staatsgewalten; so legitimiert die demokratische Wahl der Richterinnen deren gewaltenteilige Macht und ist Teil der «checks and balances». Aber

⁴² MEYER, Probleme, S. 5 f.

⁴³ Justiz-Initiative abgeschmettert – Ende gut, alles gut? «Justice – Justiz – Giustizia» 2022/2. Dass grosse «Herausforderungen» bestehen, ergibt sich auch aus dem Beitrag von LUMINATI/CONTARINI, Kampfwahlen, vgl. dazu insbesondere Fn. 32 und 46.

⁴⁴ EICHENBERGER, S. 228 f.

⁴⁵ Vgl. <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/querschnittsthemen/wohlfahrtsmessung/alle-indikatoren/gesellschaft/vertrauen-institutionen.html>> (zuletzt aufgerufen am 8. Juli 2024).

⁴⁶ Die Justizinitiative wurde in der Abstimmung vom 28. November 2021 mit einem Mehr von 68% Nein-Stimmen verworfen und in keinem Kanton angenommen; vgl. gfs.bern, VOX-Analyse November 2021, Nachbefragung und Analyse zur eidgenössischen Volksabstimmung vom 28. November 2021.

⁴⁷ Die parlamentarische Initiative betreffend Mandatsabgabe wurde abgelehnt, ebenso diejenige betreffend Fachbeirat. Zur Haltung von «Bundesbern» LIVSCHITZ.

der Anschein, der mit der Mandatsabgabe entsteht, sowie das theoretische Potenzial der politischen Beeinflussung, das mit der Parteizugehörigkeit als Wahlvoraussetzung und der Wiederwahl besteht, rechtfertigen angemessene und geeignete Massnahmen, um die Unabhängigkeit der Richterinnen und die Glaubwürdigkeit der Justiz zu stärken. Dazu würde unter anderem eine stärkere Entflechtung von Parteipolitik und Richterwahlen gehören. In diese Richtung gehen verschiedene Bemühungen in den Kantonen.⁴⁸ Aber nach den letzten Ereignissen zu urteilen, scheint das System der Richterwahlen auf eidgenössischer Ebene unverrückbar.

V. Fazit

Der Anspruch auf Beurteilung durch eine unabhängige Richterin ist von zentraler Bedeutung – für die einzelne Rechtssuchende, für den Rechtsstaat. Die Diskussion um die Spruchkörperbildung hat dabei einen wunden Punkt aufgezeigt, mithin eine «Verletzlichkeit» des Systems deutlich gemacht, nämlich das labile Gleichgewicht der *«checks and balances»*. Das schweizerische Justizsystem, das dem Demokratieprinzip einen hohen Stellenwert beimisst, ist klar darauf angewiesen, dass sich alle an die Spielregeln halten und keine politische Partei die Mehrheit erlangt.⁴⁹ Das ist in der Schweiz (noch) gegeben, aber es gilt, sich der Gefahren bewusst zu sein und der Sicherung der judiziellen Unabhängigkeit ein stetes Hauptaugenmerk zu schenken.

Die richterliche Tätigkeit ist klar keine «politische Tätigkeit»⁵⁰, vor allem keine parteipolitische, auch wenn die Rechtsprechung – gerade die höchstrichterliche – politische Auswirkungen haben kann. Es geht auch nicht einfach um Gewaltenteilung, sondern (weiterhin) um Gewaltentrennung. In diesem Sinne haben die Rechtssuchenden und die Justiz – sowohl deren Mitglieder als auch die Institutionen als solche – ein rechtsstaatliches Interesse daran, dass möglichen Tendenzen zur Politisierung der Justiz entschieden entgegengetreten wird und mögliche Einfallstore dafür reduziert werden. Konkret bedeutet dies, dass auch nach dem Scheitern der Justizinitiative die Bemühungen weiterhin dahin gehen müssen, die Justiz in klarer Distanz zur Politik, insbesondere zur Parteipolitik, zu halten.

Die demokratische Wahl der Richterinnen steht dieser Forderung nicht entgegen. Sie ist der hohen gewaltenteiligen Funktion der richterlichen Tätigkeit angemessen und stärkt diese auch. Aber eine stete Anbindung an die politischen Parteien – über die Parteimitgliedschaft, die Mandatsabgabe oder die Wiederwahlen – ist hierfür nicht Voraussetzung. Die (Aus-) Wahl der Richterinnen bildet das Fundament einer unabhängigen Rechtsprechung. Ent-

⁴⁸ Vgl. den Überblick bei SCHINDLER/SCHULER/WYSS, St. Galler Kommentar BV, Art. 191c N 18 ff. Für eine Alternative zum heutigen Wahlmodell GUIDON; vgl. auch BURGER.

⁴⁹ So auch KELLER, N 22.

⁵⁰ So KIENER-NELLEN, S. 369 ff.

sprechend muss es das oberste Ziel einer Wahlbehörde sein, unabhängige Persönlichkeiten mit den für das Amt erforderlichen fachlichen und sozialen Kompetenzen vorzuschlagen und (wieder) zu wählen. Dabei kann das nachvollziehbare Bedürfnis nach Kenntnis davon, was die Weltanschauung der jeweiligen Richterin ist, mittels eines sorgfältigen Auswahlprozesses, der die Fachkompetenz und die Persönlichkeit in den Vordergrund stellt, befriedigt werden. Eine nähere Verortung ergibt sich zudem aus dem Lebens- und Berufsweg und kann im Auswahlprozess erfragt werden.

Es mag zwar sinnvoll sein, dass die Zusammensetzung der Gerichte in gewissem Sinne die politische Landschaft abbildet und damit die demokratische Legitimation im Hinblick auf die Rechtsprechung erhöht. Zu der schweizerischen Politlandschaft gehören aber nicht nur die Parteimitglieder, sondern auch die Parteilosen, weshalb ein Spiegelbild der gesellschaftspolitischen Verhältnisse klar mehr bedingt als das informelle Wahlkriterium der Parteizugehörigkeit. Eine ausgewogene, unabhängige Rechtsprechung dürfte ohnehin am meisten von der Unterschiedlichkeit der Richterinnen betreffend Alter, Herkunft, Erfahrung profitieren.⁵¹

Dass das Bundesgericht immer wieder auch Rechtsfragen mit politischer Komponente zu entscheiden hat, und die Bundesrichterinnen in den Worten von Altnationalrat CARLO SCHMID «keine unpolitischen Subsumtionsautomaten (sind), sondern politisch in höchstem Mass mitgestaltende Akteure», dem mag man zustimmen. Aber daraus darf nicht eine Rückkoppelung an die politischen Parteien resultieren. Das Prinzip von «*checks and balances*» verlangt vielmehr eine grosse Unabhängigkeit und Distanz von den politischen Parteien. Ohnehin gilt: politisch ist nicht gleich parteipolitisch.

Die Parteipolitik muss aber spätestens bei der Bestimmung der im Einzelfall zur Entscheidung berufenen Richterinnen haltmachen. Die Parteizugehörigkeit einer Richterin ist schlicht kein Kriterium für einen unabhängigen Spruchkörper – im Gegenteil: meines Erachtens darf es dies verfassungsrechtlich nicht sein. Es sind alle Bemühungen und Bestrebungen zu unterstützen, die eine transparente und objektive Bestimmung der Richterbank sichern. Diesbezüglich war die Studie von REGINA KIENER und ihren Kollegen denn auch äusserst wertvoll. Um die geforderte Transparenz und Objektivität bei der Spruchkörperbildung zu gewährleisten, genügen aber generell-abstrakte sachliche Kriterien sowie eine diesbezüglich allfällige technische Unterstützung in Form der automatisierten Spruchkörperzuteilung.

Klar ist auch, dass die richterliche Unabhängigkeit kein Privileg ist, sondern die Verantwortung dafür die Justiz als Institution und jede einzelne Richterin individuell trägt.⁵² So ist es institutionell wichtig, dass für eine verfassungsrechtlich korrekte Spruchkörperbestimmung gesorgt wird. Ebenso wichtig ist auf individueller Ebene, dass sich die Richterinnen ihres Vorverständnisses und der individuell geprägten Entscheidungsspielräume bewusst

⁵¹ Siehe auch LANGER sowie BATLINER-CHENNANPARAMBIL.

⁵² So auch KIENER, S. 327 ff.

sind, diese professionell und im Sinne einer ständigen Aufgabe reflektieren.⁵³ Unabdingbar ist indessen, dass die richterliche Unabhängigkeit strukturell gesichert wird, vor allem keine (weiteren) Einfallstore für die (Partei-)Politisierung geschaffen werden. Die richterliche Unabhängigkeit als einer der wichtigsten Grundpfeiler des Rechtsstaates ist zu wichtig, als dass sie zum – auch medialen – «Spielball» der Parteipolitik werden darf.

VI. Literaturverzeichnis

- ALBRECHT PETER, Richterliche Befangenheit und Parteipolitik, Bemerkungen zum Anschein einer unabhängigen Justiz, «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/2
- BATLINER-CHENNANPARAMBIL DELLA, Der freiwillige Parteienproporz, Die richtige Zauberformel für die Wahl von unabhängigen Gerichtspersonen? «Justice – Justiz – Giustizia» 2023/2
- BIAGGINI GIOVANNI, § 17, Demokratisch-rechtsstaatliche Organisation: Grundfragen und Herausforderungen, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, S. 177 ff.
- BRUNNER ARTHUR, Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Besetzung gerichtlicher Spruchkörper, ZBl 6/2021, S. 307 ff.
- BRUNNER ARTHUR/STADELMANN THOMAS, Die Vorbereitung von Richterwahlen durch parlamentarische Kommissionen, Zuständigkeiten, Funktionen und Verfahren, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/1
- BÜCHEL KONSTANTIN/KIENER REGINA/LIENHARD ANDREAS/ROLLER MARCUS, Automatisierte Spruchkörperbildung an Gerichten, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/4
- BURGER MARTIN, Reformbedarf des Richterwahlsystems in der Schweiz, «Justice – Justiz – Giustizia» 2023/3
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Kommentar BV, Art. ... N ...)
- EICHENBERER KURT, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960
- ESSER JOSEF, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970.
- FANKHAUSER MYRIAM/FLICK WITZIG MYRIAM/VATTER ADRIAN, Richterliche Parteizugehörigkeit und Rechtsprechung in Asylverfahren, «Justice – Justiz – Giustizia» 2022/2
- FREY HAESLER MIRJAM E., Aufsicht über die Gerichte, Basel 2017
- GERTSCH GABRIEL, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, ZBl 1/2021, S. 34 ff.
- GOLDBERG KATHARINA, Die Richterin im Normanwendungsprozess, in: Mülder Marje et al. (Hrsg.), Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im öffentlichen Recht, 58. Assistententagung Öffentliches Recht, Regensburg 2018
- GRÜNSTÄUDL GREGOR, Die Richtermacher: Anforderungen, Akteure und Modelle der Richterauswahl, «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/2 (zit. GRÜNSTÄUDL, Richtermacher)
- GRÜNSTÄUDL GREGOR, Richterauswahl und Richterausbildung im Systemvergleich, Bern u.a. 2018
- GUIDON PATRICK, Justiz-Initiative: Eckpunkte eines Gegenentwurfs und Ausblick, «Justice – Justiz – Giustizia», 2020/4

⁵³ Vgl. dazu etwa OGG.

- GUNJIC IVAN, Bericht zur 2. Basler Tagung «Judikative», «Justice – Justiz – Giustizia» 2022/2
- HANGARTNER DOMINIK/LAUDARDALE BENJAMIN E./SPIRIG JUDITH, Refugee Roulette Revisited: Judicial Preference Variation and Aggregation on the Swiss Federal Administrative Court 2007–2012, 2016
- HOFER FRANZISKA/BEARTH ANGELA, Psychologie der richterlichen Entscheidungsfindung, Über Heuristiken und andere Einflussfaktoren auf (richterliche) Entscheidungsprozesse, «Justice – Justiz – Giustizia», 2023/3
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ C. (Hrsg.), EMRK Kommentar, 3. Auflage, Berlin/Bielefeld 2022 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar EMRK, Art. ... N ...)
- KELLER HELEN, Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 935 ff.
- KIENER NELLEN MARGRIT, Zum Verhältnis von Politik und Justiz, ZSR 2019 II, S. 369 ff.
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001
- KIENER REGINA/HENSELER DAVID, Anforderungen des Europarates und der OSZE an die Spruchkörperbildung an Gerichten, in: Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre (Hrsg.), Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel: Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique, Zürich/Genf 2019, S. 193 ff.
- LANGER LORENZ, Voraussetzungen für das Richteramt, «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/2
- LIVSCHITZ MARK, Die Justizinitiative in den Augen von Bundesbern, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/1
- LUMINATI MICHELE/CONTARINI FILIPPO, Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, ZSR II 2019, S. 201 ff. (zit. LUMINATI/CONTARINI, Richterbild)
- LUMINATI MICHELE/CONTARINI FILIPPO, Die Bundesrichterwahlen im Wandel: «Kampfwahlen», «Denkzettel» und andere Eigentümlichkeiten, ZBl 1/2021, S. 3 ff. (zit. LUMINATI/CONTARINI, Kampfwahlen)
- MALPHURS RYAN/STADELMANN THOMAS, Politics and Judges: Improving judicial decision-making, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/1
- MEYER ULRICH, Die für die Entscheidungsfindung der Richterin und des Richters massgeblichen individuellen Elemente, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/1 (zit. MEYER, Entscheidungsfindung)
- MEYER ULRICH, Probleme und Änderungsbedarf aus Sicht der Schweizer Judikative, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/2 (zit. MEYER, Probleme)
- OGG MARCEL, Wozu Richterethik? – 8 Jahre Ethik-Kommission (EK) der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR-ASM), «Justice – Justiz – Giustizia», 2022/4
- RASELLI NICCOLÒ, Justiz-Initiative abgeschmettert – Ende gut, alles gut?, «Justice – Justiz – Giustizia» 2022/2
- REITER CATHERINE/STADELMANN THOMAS, Informelle Hierarchien in der Justiz, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/3
- SCHINDLER BENJAMIN, Das Parteibuch der Richterinnen und Richter: Fluch oder Segen? ZBl 122/2021, S. 1 f.
- SCHNEUWLY ANNE MIRJAM, Tangiert die politische Orientierung der Richter/innen in der Schweiz ihre Unabhängigkeit, in: Richterliche Abhängigkeit – Rechtsfindung im öffentlichen Recht, 58. Assistententagung Öffentliches Recht, Regensburg 2018

- THURNHERR DANIELA, Spruchkörperbildung durch das Bundesverwaltungs-gericht, Überprüfung von Rechtsgrundlagen und Praxis der Spruchkörperbildung am Bundesverwaltungsgericht, Gutachten vom 24. März 2023, einsehbar unter https://www.bvger.ch/media-releases/e043ca89-46b2-4586-99c5-f52b8133e921/de/gutachten_spruchk-c3-b6rperbildung_20230324_dt.pdf (zuletzt aufgerufen am 8. Juli 2024)
- TICHY ALEXANDER, Die Wahl ins Bundesgericht, Im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit und demokratische Kontrolle, «Justice – Justiz – Giustizia» 2022/3
- VATTER ADRIAN, Parteilose statt geloste Richerinnen und Richter, Zur Legitimation der Richterinnen und Richter in der Schweiz aus politikwissenschaftlicher Sicht, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/1
- VATTER ADRIAN/ACKERMANN MAYA ESTHER, Richterwahlen in der Schweiz: Eine empirische Analyse der Wahlen an das Bundesgericht von 1848 bis 2013, ZSR 2014 I, S. 517 ff.

Der gute Richter, die gute Richterin

Gedanken anhand einer Legende und zweier Romane

Thomas Müller-Graf*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	357
II.	Die Legende vom «bon juge Magnaud»	359
III.	Richterbilder in der zeitgenössischen Literatur: Zwei Beispiele	361
	A. Emmanuel Carrères hinkende Richter-Helden	361
	B. Ian McEwans Szenen aus einem Richterinnen-Leben	364
IV.	Rechtsrichtigkeit oder Gerechtigkeit – ein altes Dilemma	367
	A. Positivistische Gesetzesanwendung vs. «freie» Rechtsschöpfung	367
	B. Zur moralischen Dimension richterlicher Tätigkeit	369
	C. Ergebnis: Mitte und Mass	370
V.	Literaturverzeichnis	371

I. Einleitung

REGINA KIENERS Habilitationsschrift zur Unabhängigkeit des Richters ist längst zum Standardwerk und zur unverzichtbaren Orientierungshilfe für Gerichte und Anwaltskanzleien geworden. Die richterliche Unabhängigkeit bildet Dreh- und Angelpunkt eines jeden Justizsystems, das diese Bezeichnung verdient. So verwundert es kaum, dass die Frage nach dem «guten» Richter, der «guten» Richterin nicht selten mit deren Unabhängigkeit beantwortet wird: Der gute ist mit dem unabhängigen Richter identisch;¹ andere Tugenden wie juristische Fachkompetenz (und gesunder Menschenverstand), Empathievermögen (und gelegentliche Härte), Zuhörer- (und Redner-)Qualitäten, Festigkeit (und Flexibilität), Effizienz (und Gründlichkeit)² scheinen im Unabhängigkeitsbegriff aufzugehen. So dürfte eine erste These nicht allzu gewagt sein: Die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter bildet eine, vielleicht geradezu *die* Grundvoraussetzung für eine gute Justiz.

* Dr. iur., Fürsprecher. Bundesrichter, Lausanne.

¹ ALBRECHT, S. 8; BORNATICO, S. 29.

² Vgl. auch den Anforderungskatalog bei KIENER, S. 263 ff.

Und darüber hinaus? Gehört noch mehr oder anderes zu guten Richterinnen und Richtern, als dass die Unabhängigkeit ihrer Amtsführung stets garantiert sei?

Ausgehend von der These, wonach das literarische Werk «komplexere Möglichkeiten bereitstellt, Fragen des Rechts, deren anthropologische und ethische Grundlagen in bestimmten historischen Konstellationen zu verhandeln, das jeweilige Spannungsfeld von Recht und Gerechtigkeit zu vermessen, damit Problembewusstsein zu bilden für die Unvollkommenheit des Rechts, für blinde Flecken eines Rechtssystems, für die Machteffekte des juristischen Diskurses wie generell für die möglichen Wirkungen des Rechts»,³ lässt sich vielleicht etwas gewinnen aus Richterfiguren, die dem historischen und literarischen Bewusstsein mehr oder weniger präsent sind, sei es durch «Narrative», sei es durch belletristische Darstellungen. Sind daraus allenfalls Elemente für ein zeitgemässes Richter-, Richterinnen-Ideal ableitbar?

An literarischen und legendarischen Richterfiguren von König Salomon bis Ruth Bader Ginsburg besteht ja kein Mangel. Indes taugen nicht alle dazu, der Frage nach der guten Richterin, dem guten Richter nachzugehen. Denn darunter sind zwielichtige (wie Heinrich von Kleists Dorfrichter Adam aus dem *Zerbrochenen Krug*) und tragische Gestalten (wie die Judicatrix Stemma in C.F. Meyers Novelle *Die Richterin*), gebrochene Figuren (wie Richter Kornitzer in Ursula Krechels *Landgericht*) und solche, die als blosser Schemen auftreten (wie der Untersuchungsrichter und anderes Justizpersonal in Franz Kafkas *Der Process*).⁴

Um einer Antwort etwas näher zu kommen, wird nur an wenigen, ganz unterschiedlichen Stellen Rat gesucht: bei der Geschichte des «bon jure Magnaud», einer historischen Figur der jüngeren französischen Rechts- und Justizgeschichte, die bereits zu ihren Lebzeiten zur Legende geworden war, und in zwei Werken der zeitgenössischen belletristischen Literatur – dies auch im Sinn einer Hommage an REGINA KIENER, die passionierte und vielseitige Leserin. Beschliessen werde ich den Beitrag mit ein paar wenigen persönlichen Bemerkungen.

³ GREINER, S. 16.

⁴ WITTMANN, S. 21 ff. (zu Kleist), S. 103 ff. (zu Kafka).

II. Die Legende vom «bon juge Magnaud»

Jean Marie Bernard Paul Magnaud, der von 1887 bis 1906 als Präsident des *Tribunal correctionnel de Château-Thierry* in der Region Hauts-de-France wirkte, wäre heute ohne Zweifel ein Star der sozialen Medien. Er gilt gemeinhin als der «Erfinder» des rechtfertigenden Notstands, jedenfalls für das französische Recht, das dieses Rechtsinstitut bis dahin nicht vorgesehen hatte.⁵ Seine schlagartige nationale Bekanntheit verdankte er dem Fall *Louise Ménard*, einer jungen ledigen Mutter und Brotdiebin, die er am 4. März 1898 vom Vorwurf des Diebstahls freisprach, u.a. mit der für damalige Verhältnisse unerhörten Begründung:

«Attendu qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute.»⁶

Da das damalige französische Recht keinen rechtfertigenden Notstand kannte, stand der Diebstahl eines Brotlaibs selbst dann unter Strafe, wenn die Diebin allein aus Hunger gehandelt hatte. Präsident Magnaud stützte den Freispruch von Louise Ménard formalrechtlich auf Art. 64 Code pénal (in der bis zum 1. März 1994 in Kraft stehenden Fassung), wonach «[il] n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister», und erklärte die grosse wirtschaftliche Not der Beschuldigten zu einem derartigen schuld- und straffausschliessenden Zwang.

Bereits zehn Tage später, am 14. März 1898, erscheint unter dem Titel «*Un bon juge*» ein Artikel des Journalisten und nachmaligen Ministerpräsidenten GEORGES CLEMENCEAU in der Zeitung *L'Aurore* (welche kurze Zeit später Zolas «*J'accuse*» zur Affäre Dreyfus drucken wird). Es setzt eine beispiellose, in zahlreichen Blättern geführte Debatte ein. Die linken und linksbürgerlichen Zeitungen begrüßen das Urteil frenetisch, und Persönlichkeiten aus dem In- und Ausland gratulieren Richter Magnaud zu seinem Mut und seinem Sinn für Gerechtigkeit. Schriftsteller wie ANATOLE FRANCE (der nachmalige Literaturnobelpreisträger)⁷ und Wissenschaftler wie der italienische Psychiater und Begründer der anthropologischen Kriminologie CESARE LOMBROSO beglückwünschen den Richter und begrüßen die eingeleitete Rechtsprechung. Manche leiten aus dem Urteil die Forderung nach mehr Sozialstaatlichkeit durch Umverteilung ab. Indes sind auch kritische Stimmen zu vernehmen, vor allem von Seiten der (katholisch-)konservativen und nationalistischen Presse. Diese sieht durch den Freispruch der Brotdiebin die Eigentumsordnung in Gefahr und prophezeit den Niedergang der bürgerlichen, auf dem Gesetz beruhenden Ordnung.⁸ Entsprechend erfährt

⁵ Ich beziehe mich nachfolgend primär auf MOHAMED SADOUN, Paul Magnaud: le bon juge de Château-Thierry, 2011; vgl. auch HOUTE, S. 38; JUPEAU-REQUILLARD, S. 223 ; FRISON-ROCHE, S. 335.

⁶ Zitiert nach SADOUN, S. 20, und HOUTE, S. 39.

⁷ Unter dem Titel «Le bon juge» auf der Titelseite von *Le Figaro* vom 14. November 1900.

⁸ Vgl. als Beispiel die scharfe Polemik aus katholisch-konservativer Sicht von JULES CAUVIÈRE, *Le «bon juge»: étude de mœurs contemporaines*, Paris 1907; zur damaligen öffentlichen Debatte vgl. SADOUN, S. 47 ff.

auch die juristische Leistung von Richter Magnaud divergierende Würdigungen: Während der Publizist JULES CAUVIÈRES von Dummheiten («âneries») eines Scharlatans spricht, welcher dem Richterstand zur Schande gereiche,⁹ preisen andere die Urteile als «empreints d'une philosophie profonde et d'une bonté délicate» (ANATOLE FRANCE) und Magnaud als «le juge, qui, d'après moi, se rapproche le plus dans ses décisions de l'idéal de justice» (LOMBROSO).¹⁰

Präsident Magnaud führte seine Rechtsprechung zugunsten der Armen und Deklassierten, namentlich auch von ledigen oder geschiedenen Frauen, auf zahlreichen Feldern weiter;¹¹ eine vom Journalisten Henri Leyret zusammengestellte Sammlung seiner Urteile umfasst zwei stattliche Bände.¹² Indes zog es den gefeierten und zunehmend auch Anfeindungen (etwa durch den für sein Gericht zuständigen Generalstaatsanwalt) ausgesetzten Richter in jene Sphäre, die er durch seine Rechtsprechung längst betreten hatte: die Politik. Von 1906 bis 1910 wirkte er als Abgeordneter der Nationalversammlung, ohne dass seine Reformideen indes auf grosse Resonanz gestossen wären. 1910 kehrt er – mit einem durch den Weltkrieg bedingten Unterbruch, an dem der über Sechzigjährige als Offizier teilnimmt – bis zur Pensionierung im Jahr 1918 in die Justiz zurück. Als einfaches Kammermitglied war sein Einfluss allerdings nur noch sehr begrenzt; an seine «grosse Zeit» konnte er nicht mehr anknüpfen.¹³

Als er mit 78 Jahren am 27. Juli 1926 starb, war er nahezu vergessen. Auf dem Grabstein liess seine Frau eingravieren: «Le bon Juge».

⁹ CAUVIÈRE (Anm. 8), S. 15, 21, 25; den Autor scheint besonders der Umstand auf die Palme zu bringen, dass sich Richter Magnaud auch auf die katholische Soziallehre und Thomas von Aquin berufen hat. Zum Hass auf den Richter und seine Folgen – offenbar wurde ihm während 19 Jahren jegliche Beförderung und Gehaltserhöhung verweigert – vgl. JUPEAU-REQUILLARD, S. 229.

¹⁰ Nachweise bei HOUTE, S. 40; zur Wirkungsgeschichte in Literatur, Drama und Kunst vgl. JUPEAU-REQUILLARD, S. 225 ff.

¹¹ JUPEAU-REQUILLARD, S. 229.

¹² HENRI LEYRET, *Les Jugements du président Magnaud réunis et commentés*, Paris 1900, und DERS., *Les Nouveaux Jugements du président Magnaud réunis et commentés*, Paris 1903.

¹³ SADOUN, S. 113 ff.; JUPEAU-REQUILLARD, S. 230 f.

III. Richterbilder in der zeitgenössischen Literatur: Zwei Beispiele

Recht und schöne Literatur stehen in einem besonderen Näheverhältnis zueinander. Beide sind mit dem Medium der Sprache auf existenzielle Weise verbunden und leben von/in *Texten*. Beide sind auf «Anwender» angewiesen, die diese Texte erst zum Leben erwecken. Denn der Text als solcher verhält sich wie Schrödingers Katze: Anwesend und abwesend zugleich, existiert er nur, solange er sichtbar gemacht und «performt» wird (sei es durch Lektüre oder Akte der Rechtsverwirklichung). Kaum verwunderlich also, dass sich unter den Autorinnen und Autoren der belletristischen Literatur (neben Theologen) auffallend viele Juristinnen und Juristen – von Goethe, Heine, Grillparzer und E.T.A Hoffmann bis zu Franz Kafka, Bernhard Schlink, Alexander Kluge und Julie Zeh – befinden.

Die Schriftstellerinnen und Schriftsteller (und beileibe nicht nur die «Dichterjuristen») halten uns einen Spiegel vor, der es erlaubt, Dinge wahrzunehmen, die uns im «Rechtsalltag» entgehen, mehr noch: eigentliche blinde Flecken darstellen. Und genau darauf soll es im Folgenden ankommen.

A. Emmanuel Carrères hinkende Richter-Helden

Der französische Schriftsteller EMMANUEL CARRÈRE gilt gemeinhin als typischer Vertreter (wenn nicht gar als «Erfinder») der Autofiktion. Vielleicht kein anderes seiner Werke trägt (in der deutschen Übersetzung) mit mehr Berechtigung den Titel *Alles ist wahr*.¹⁴ Freilich stellt der Autor weniger die eigene Persönlichkeit ins Zentrum; vielmehr geht es eben um «andere Leben als mein eigenes», wie die wörtliche Übersetzung des Originaltitels lautet. Im Zentrum stehen die gerade verstorbene Schwägerin des Autors, Juliette, die als Richterin am *Tribunal d'instance* in Vienne tätig war, und einer ihrer Kollegen, Etienne Rigal. Beide verbindet – neben ihrem Beruf und ihrem Berufsethos – ihr hinkender Gang, äusseres Zeichen einer Krebserkrankung, welche Juliette das Leben kosten wird, während Etienne den Krebs zwar überwindet, aber sich ein Bein amputieren lassen muss.

CARRÈRE schildert nun anhand der (nicht fiktiven) Figur des Richters Etienne Rigal (während dessen Kollegin, die Schwägerin des Autors, etwas in den Hintergrund tritt), wie dieser äusserlich versehrte, aus einfachen, ja ärmlichen Verhältnissen stammende Jurist durch fachliches Geschick und Hartnäckigkeit zunächst die Rechtsprechung im ganzen Land, darauf auch die Gesetzgebung zu beeinflussen vermag. Die Analogien zum «bon juge Magnaud» liegen auf der Hand; man kann Rigals Geschichte geradezu als Fortführung jener Erzählung

¹⁴ EMMANUEL CARRÈRE, *D'autres vies que la mienne*, Paris 2009 (dt. DERS., *Alles ist wahr*, aus dem Französischen von Claudia Hamm, Berlin 2014); die nachfolgenden Seitenangaben beziehen sich auf die Taschenbuchausgabe der Originalfassung, Les Editions P.O.L., 2009 (Folio Nr. 5131).

aus dem ausgehenden 19. Jahrhundert lesen.¹⁵ Während Richter Magnaud – der sozialen und wirtschaftlichen Misere der Zeit entsprechend – eine Neuinterpretation der Rechtfertigungsgründe vornimmt, versuchen Richter Rigal und seine Kollegin, überschuldeten Kleinkreditnehmern in von den Kreditbanken gegen sie angestregten Prozessen beizuspringen. Ohne auf Einzelheiten einzugehen, ging es im Wesentlichen um die Anwendbarkeit der strengen Dispositionsmaxime gemäss Art. 4 und 5 des französischen *Code de procédure civile* auf Verfahren, welche solche Konsumkreditverhältnisse betrafen, und um die richterliche Berücksichtigung missbräuchlicher Vertragsklauseln von Amtes wegen, also auch ohne ausdrückliche Geltendmachung durch die beklagten Kreditschuldner. Nachdem die Rechtsprechung – ausgehend vom *Tribunal d'instance* von Vienne – den Weg zur Relativierung bzw. Aufhebung der «reinen» Dispositionsmaxime zugunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei der Kreditschuldner nach einigen Anläufen und einem Vorlageverfahren beim Europäischen Gerichtshof in Luxemburg geebnet hatte, zog der französische Gesetzgeber nach. Am 3. Januar 2008 ergänzte er den *Code de la consommation* um Art. R632-1, wonach «[le] juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application». Dieser Bestimmung wurde einige Jahre später ein zweiter Absatz hinzugefügt, wonach «[le juge] écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat»¹⁶. Damit wurde eine gewisse Inhaltskontrolle, auch mit Blick auf missbräuchlich erscheinende AGB (das «Kleingedruckte»; vgl. S. 177 f.) und eine erhebliche Erweiterung der richterlichen Frage- und Aufklärungspflichten in Prozessen, welche Streitigkeiten aus (Konsum-)Kreditverträgen betreffen, erreicht.

Die Darstellungsweise des Autors, welche die geschilderte Rechtsentwicklung im Konsumentenschutz- bzw. Insolvenzrecht im Wesentlichen auf den mutigen, ausdauernden Kampf einiger weniger Richterinnen und Richter zurückführt, ist – wohl mit einiger Berechtigung – in einen engen Zusammenhang zur Rechtskultur des Common Law und, rechtstheoretisch, zum Rechtsrealismus gebracht worden.¹⁷ In der Tat will das Bild profiliert-aktivistischer Richterinnen und Richter schlecht zu der den kontinentalen Rechtskreis beherrschenden Vorstellung von der Herrschaft des Gesetzes passen. Gleichzeitig sollte man nicht der Versuchung erliegen, das Bild (oder die Phantasmagorie) der «Herrschaft des Gesetzes» wortwörtlich, also nicht-metaphorisch, zu verstehen. Alle biografischen, historischen, auch psychologischen Einflüsse auszublenden, käme einer Selbstverblendung gleich. Solche Zusammenhänge aufzuzeigen, ist nicht primär Sache der Justiz und der Rechtswissenschaft, die sich zu sehr mit ihren eigenen Fiktionen beschäftigt sehen; hierzu bedarf es der belletristischen Literatur:

¹⁵ MINIATO, S. 257 (auch zum Folgenden); ferner THIRION, S. 1 ff.

¹⁶ Nachweise bei MINIATO, S. 257 f.

¹⁷ THIRION, S. 7 ff.; zum Rechtsrealismus LEGE, S. 207.

«Il en résulte aussi que la fiction n'était peut-être pas là où on le pensait : si Carrère revendique son choix d'écrire de la non-fiction, il se pourrait bien que les acteurs du droit ne cessent, eux, d'écrire une fiction – il faut peut-être rappeler ici la métaphore de Dworkin, pour qui le droit est un « roman à la chaîne » écrit de génération en génération par les juges en particulier –, une fiction que l'on pourrait qualifier de « littéraire » puisque, en droit, les mots font tout ou presque, et une fiction dont le pouvoir est d'autant plus prégnant qu'elle façonne la réalité ou, tout au moins, qu'elle l'influence profondément par les représentations idéalisées qu'elle donne d'elle-même, dès lors que ces représentations finissent par modeler les croyances des sujets sur ce qu'est le droit.»¹⁸

Dieses kleine Kapitel der rechtshistorischen Zeitgeschichte dürfte den wenigsten Leserinnen und Lesern bekannt gewesen sein, bevor es EMMANUEL CARRÈRE in einen überaus spannenden, in flüssiger Sprache verfassten Roman verpackt hat, der in Frankreich und weit darüber hinaus ein grosses Lesepublikum gefunden hat. Die Verknüpfung tragischer (Kranken-) Schicksale mit dem Kampf ums Recht der Schwächeren – um es etwas plakativ auszudrücken –, der über den EuGH führende Siegeszug der vom Krebs gezeichneten Magistraten gegen eine als unsozial und ungerecht empfundene nationale Rechtsprechung, und nicht zuletzt die suggestive Ausleuchtung der Macht scheinbar Ohnmächtiger – und damit der Sieg des Rechts über den Kommerz, der Betroffenen über die Betrüger – dürfte dem Roman zu seinem enormen Erfolg verholfen haben.

Jenseits der Kritik an einigen – nicht ohne *Clichés* auskommenden – Zuspitzungen bleibt der grosse Respekt vor einem Autor, der aus einem wenig aufregenden, von hohen Fallzahlen und Routineverfahren geprägten Richteralltag punktuell zwar interessante, aber relativ abstrakte und komplexe Rechtsfragen herausgreift und diese, zusammen mit den persönlichen Hintergründen der Akteure, zu einer hochsuggestiven Story verwebt. CARRÈRES Roman trägt Züge einer politischen Reportage,¹⁹ auch eines legendarischen Berichts, und bietet nicht zuletzt eine Lektion in juristischer Zeitgeschichte. Im Ergebnis enthält er – mehr zwischen als auf den Zeilen²⁰ – ein starkes Bekenntnis zur Institution der Justiz, die von engagierten, kreativen und furchtlosen Richterinnen und Richtern lebt. Diese kleben nicht am Buchstaben des Gesetzes (und der oberinstanzlichen Präjudizien), sondern versuchen, ihren rechtlichen Überzeugungen nachzuleben. Auch in einem ihnen wenig wohlgesinnten Umfeld verfolgen sie hartnäckig die «gute Sache», der sie sich verschrieben haben – gelegentlich mit überraschendem Erfolg. *D'autres vies que la mienne* ist somit auch ein Roman über «gute» Richterinnen und Richter in der Tradition des «guten Richters Magnaud».

¹⁸ THIRION, S. 11.

¹⁹ Hierzu passt, dass CARRÈRE persönlich entsprechenden Verhandlungen am Gericht von Vienne beigewohnt hat; vgl. S. 183 ff.

²⁰ Expliziter das Bekenntnis zur Justiz als Institution jetzt in: EMMANUEL CARRÈRE, V13, Paris 2023.

B. Ian McEwans Szenen aus einem Richterinnen-Leben

Auch IAN MCEWANS Roman *The Children Act*²¹ beschränkt sich nicht auf Impressionen aus dem Gerichtsalldag. Vielmehr präsentiert er seine Protagonistin, die vorsitzende High Court-Richterin Fiona Maye, nicht nur als Juristin und Familienrechtlerin, sondern als Frau in der Mitte des Lebens. Nicht ohne Ironie, lässt der Autor die Managerin familienrechtlicher Konflikte selber durch eine schwere familiäre Krise gehen. Bevor er zum Kern des Romans vordringt – die Geschichte des krebserkrankten 17-jährigen Adam, der eine lebenswichtige Bluttransfusion benötigt, welche seine Eltern und er selber ablehnen, da sie den «Zeugen Jehovas» angehören –, gewährt uns der Autor Einblick in den Richterinnenalltag seiner Protagonistin. Sie erscheint uns als überaus gewissenhafte, skrupulöse, kompetente und fleissige Juristin, die auch mit ausgesprochen delikaten (zivilrechtlichen) Problemen zurande kommt. Zum Auftakt – und gewissermassen als Kostprobe ihres Könnens und der Vielfalt und Komplexität ihrer Fälle – ist Richterin Maye zunächst mit Fragen rund um den Schulunterricht haredischer (ultraorthodoxer) jüdischer Mädchen, deren Eltern getrennt leben und deren Mutter nicht mehr der haredischen Gemeinschaft angehört, befasst; sodann mit dem Schicksal neugeborener siamesischer Zwillinge, von denen durch einen trennenden Eingriff der eine zu retten wäre, der andere aber sterben würde; ohne Eingriff wären sie beide verloren.²²

Mit dem ungewöhnlichen und auch in persönlicher Hinsicht herausfordernden Fall des todkranken jungen Mannes wird Richterin Maye spätabends durch einen Anruf ihres Mitarbeiters befasst. Das Spital, in dem der Patient liegt, hat um die richterliche Ermächtigung ersucht, die lebensrettende Behandlung – eine Bluttransfusion – auch gegen den Willen des Minderjährigen und dessen Eltern einzuleiten. Ein Verhandlungstermin wird kurzfristig angesetzt; die Richterin unterbricht die Verhandlung und sucht den Betroffenen an seinem Spitalbett auf (S. 99 ff.). Sie versucht der Frage auf den Grund zu gehen, ob der junge Patient die volle Tragweite seiner Weigerung, die Bluttransfusion zu akzeptieren, erkennen kann; insbesondere, ob ihm bewusst ist, mit welch grauenhaften Qualen sein Sterben verbunden sein könnte (S. 103 f.). Die Einvernahme endet allerdings damit, dass Richterin und Patient gemeinsam musizieren (sie singt, er begleitet sie auf der Geige) (S. 117). Zurück im Gerichtssaal, verkündet und begründet sie ihr Urteil: Die Klinik erhält die beantragte Ermächtigung, den Patienten gegen seinen eigenen und den Willen seiner Eltern zu behandeln.

Die (für die Verhältnisse eines Romans) recht ausführliche mündliche Urteilsbegründung (S. 119 ff.), die sich eng an (mindestens) einen realen Referenzfall – den Entscheid von

²¹ IAN MCEWAN, *The Children Act*, London 2014 (dt. DERS., *Kindeswohl*, aus dem Englischen von Werner Schmitz, 2015); die nachfolgenden Seitenangaben beziehen sich auf die Originalfassung, erschienen bei Vintage Books, London, 2014.

²² Eingehender und mit rechtsvergleichenden Betrachtungen zum Common Law und zum schweizerischen Familienrecht KOFMEL EHRENZELLER, S. 471; ferner JUNG, S. 1044.

Richter Ward in der Sache E., ein Minderjähriger – anlehnt,²³ stellt das *Kindeswohl* (so auch der Titel der deutschen Übersetzung des Romans) ins Zentrum. Nicht zuletzt mit Blick auf den totalitären Charakter der Sekte, welche dem Patienten und seinen Eltern verbietet, eine lebensrettende Behandlung zu akzeptieren, und den Umstand, dass Adam in seinem jungen Leben keine Gelegenheit gehabt hat, sich mit alternativen (religiösen) Lebensentwürfen auseinanderzusetzen, sieht sich die Richterin veranlasst, ihn vor seiner Religion und sich selbst zu schützen und die Behandlung anzuordnen (S. 123).

Der Beschluss und seine Begründung sind in rechtlicher Hinsicht – jedenfalls im Ergebnis – nicht zu beanstanden und wären, wie KOFMEL EHRENZELLER überzeugend darlegt, auch nach schweizerischem Recht so oder ähnlich ausgefallen.²⁴ Bis hierhin erhalten wir das Bild einer versierten, gründlich, ja skrupulös arbeitenden Richterin, die, selbst wenn sie gewisse private Probleme hat – der Ehemann ist gerade ausgezogen –, konzis und fokussiert ihren Fall einer gut nachvollziehbaren, auch mit dem Rechtsgefühl übereinstimmenden Lösung entgegenführt. Das überrascht kaum, erfahren wir doch schon früh, dass ihre Kolleginnen und Kollegen Richterin Maye rühmen «for crisp prose, almost ironic, almost warm, and for the compact terms in which she laid out a dispute». «Godly distance, devilish understanding, and still beautiful», soll der Chief Lord Justice (hinter vorgehaltener Hand) über sie gesagt haben, während Richterin Maye über sich selbst denkt, «that with each passing year she inclined a little more to an exactitude some might have called pedantry, to the unsailable definition that might pass one day into frequent citation (...)» (alle Zitate S. 13). Anders gesagt: auch Richterin Maye erleben wir als «gute Richterin», die ihre juristische Kreativität einsetzt, um Leben zu retten und damit letztlich «dem Guten» zum Durchbruch zu verhelfen.

Indes endet der Roman nicht mit dem Urteil, sondern nimmt von hier aus noch einmal richtig Fahrt auf. Wie bereits angedeutet, verlief der Besuch der Richterin (lediglich in Begleitung einer Sozialarbeiterin) bei Adam im Krankenhaus eher aussergewöhnlich: Die Protagonistin und der minderjährige Patient musizieren zusammen; nachdem Adam ihr seine erst kürzlich angeeigneten Fertigkeiten auf der Geige demonstriert hat, macht die Richterin – zu ihrer eigenen Überraschung – den Vorschlag, das Lied – ironischerweise figuriert es im Konzert-Repertoire der Richterin als Zugabe – mit ihm zusammen zu singen. Adam, der bisher nicht gewusst hat, dass es zu dieser Melodie auch Worte gibt,²⁵ ist offensichtlich begeistert und möchte es noch einmal spielen, doch wird im selben Moment das Abendessen serviert; die Richterin verabschiedet sich und kehrt in den Gerichtssaal zurück.

Die Spital-Szene wird hier etwas ausführlicher referiert, weil sie den Grundstein zur weiteren Entwicklung des Romans legt, welche rasch erzählt ist und bald in eine Katastrophe mündet: Adam wird behandelt und (vorerst) gerettet; er versucht in der Folge, mit Richterin

²³ Nachweise sowie Hinweise auf weitere Urteile und Literatur bei KOFMEL EHRENZELLER, S. 477 ff.

²⁴ KOFMEL EHRENZELLER, S. 479 ff., S. 486 f.

²⁵ Es handelt sich um eine Vertonung von WILLIAM BUTLER YEATS' Gedicht «Down by the Salley Gardens» durch BENJAMIN BRITTEN.

Maye Kontakt aufzunehmen, und spürt sie schliesslich in der nordenglischen Stadt Newcastle auf, wo ihr Gericht gerade tagt. Dort kommt es zu einer Aussprache, in deren Verlauf Adam die Richterin inständig darum bittet, bei ihr wohnen zu dürfen. Die Brücken zur Welt seiner Kindheit (Eltern, religiöse Gemeinschaft) hat er abgebrochen, und neue soziale Beziehungen (im Studium, mit neuen Freunden) konnte er noch nicht knüpfen – er hängt also sozusagen zwischen den Welten. So wünschte er sich Fiona Maye als – ja, als was denn eigentlich? Ersatzmutter? Geliebte? Beiständin? – jedenfalls als jemanden, der ihn in «die Welt» einführt und in dieser integriert. Die Aussprache endet katastrophisch: Die Richterin weist Adam ab, lässt sich aber beim Abschied zu einem (nicht unbedingt mütterlichen) Kuss hinreissen. Adam verschwindet; er wird ihr noch einmal schreiben (in der Form eines Gedichts), sie wird nicht antworten – und der Rest ist Schweigen: Adam erleidet einen Rückfall seiner tödlichen Erkrankung und entscheidet sich, nunmehr volljährig geworden, gegen eine Behandlung; er stirbt.

Im Licht von Adams Tod mutiert Fiona Maye von der «guten» zur überforderten, ja übergriffigen Richterin,²⁶ die Adam als Richterin das Leben, als Mensch den Tod gebracht hat,²⁷ auch wenn ihr in (verfahrens-)rechtlicher Hinsicht keine Vorwürfe zu machen sind. Aus meiner Sicht stellt sich auch weniger die Frage, ob und gegebenenfalls wer (die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde? auf Anzeige der Richterin?) allenfalls verpflichtet gewesen wäre, Massnahmen zu treffen,²⁸ sondern vielmehr, ob es für Richterinnen und Richter berufsethische Normen gibt, welche auch die Lebensführung, insbesondere mit Bezug auf das Verhalten gegenüber konkreten «Fällen», miteinschliessen. Richterin Maye büsst ihren Ikonen-Status nicht durch eine juristisch-fachliche Fehlleistung ein; vielmehr scheitert sie an Fragen des Umgangs mit eigenen «Klienten» nach Abschluss des Verfahrens und damit der persönlichen Lebensführung. Sie fällt mit anderen Worten aus der Rolle. Doch ist das Fehlverhalten der Richterin, wenn auch ausgesprochen folgenreich, derart subtil, dass hier wohl auch kein Ehrenkodex, keine verschriftlichten «Gepflogenheiten» weiterhelfen würden.²⁹

IAM McEWANS Roman erweitert die Perspektive um Fragen der Lebensführung und damit im Grunde genommen um solche der Moral. Wie «le bon juge Magnaud» und CARRÈRES Zivilrichter beschäftigen uns die angeführten Fallbeispiele nicht in erster Linie in rechtlicher, sondern in moralischer Hinsicht, indem «weiche» Faktoren wie Herkunft, Lebens-

²⁶ STRAUCH, S. 11 Anm. 21, charakterisiert den Roman pointiert als «Fallstudie zur Problematik richterlicher Grenzüberschreitungen in bester Absicht».

²⁷ So (ebenfalls pointiert) JUNG, S. 1050.

²⁸ Hierzu KOFMEL EHRENZELLER, S. 488 ff.

²⁹ Am ehesten käme noch ein Verstoß gegen die Generalklausel in Ziff. 8.8.8 des für Richterin Maye wohl einschlägigen *Guide to Judicial Conduct* der Judiciary of England and Wales in Frage: «Other Social Activities. Social activities need to be assessed in the light of the judge's duty to maintain the dignity of the office and not to permit associations which may affect adversely the judge's ability to discharge his or her duties».

form, Einstellungen, Denkweisen und Idiosynkrasien der Protagonistinnen und Protagonisten in den Blick geraten, und damit zugleich das Verhältnis von Moralität und Legalität.

IV. Rechtsrichtigkeit oder Gerechtigkeit – ein altes Dilemma

Die Legende vom «guten Richter Magnaud» und die beiden Romane berühren zwei Problemkreise, welche sich einerseits in grundsätzlicher Hinsicht voneinander unterscheiden, aber sich andererseits gleichzeitig überlagern und die auf vielfältige Weise miteinander verbunden sind. Zunächst wird – plakativ bei den beiden französischen Quellen, eher diskret auch im englischen Roman – die Frage aufgeworfen, wie kreativ und selbstbewusst Richterinnen und Richter ihr Amt ausüben sollen und dürfen; es ist die alte Frage nach Art, Ausmass und Intensität der Bindung von Richterinnen und Richter ans Gesetz.³⁰ Das zweite Thema ist ebenso grundsätzlicher Natur und überschreitet den rechtsmethodologischen Horizont; es geht um das Verhältnis von Legalität und Moralität, und zwar nicht nur hinsichtlich der Kriterien («Topoi»), die zur «richtigen» Rechtsanwendung herangezogen werden, sondern auch mit Blick auf die Wahrnehmung und Einschätzung der Dinge, Fragen des Berufsethos und – kaum davon zu trennen – solche der Lebensführung.

Angesprochen ist damit das alte Grunddilemma richterlicher Praxis, nämlich das gelegentlich komplizierte Verhältnis von (Einzelfall-)Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, von (subjektivem) Gewissen und (objektiver) Rechtsnorm sowie von persönlicher richterlicher Einschätzung und gesamtgesellschaftlicher Stimmungslage.³¹

A. Positivistische Gesetzesanwendung vs. «freie» Rechtsschöpfung

Im 20. Jahrhundert lieferten sich «Positivisten» und «Nichtpositivisten»³² intensive, bis heute nachwirkende Debatten. Im Zuge der Auseinandersetzung mit der Katastrophe des «Dritten Reiches» und der nach Kriegsende einsetzenden sogenannten Renaissance des

³⁰ Grundlegend, in rechtshistorischer Perspektive, OGOREK REGINA, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat?*, Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986.

³¹ Auch ambitionierte rechtsphilosophische Ansätze – auf die hier nicht Bezug genommen werden kann – bringen dieses Dilemma nicht zum Verschwinden; vgl. nur die Überblicksdarstellungen von BUCKEL SONJA/CHRISTENSEN RALPH/FISCHER-LESCANO ANDREAS (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen 2020, und BRUGGER WINFRIED/NEUMANN ULFRID/KIRSTE STEPHAN (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2008.

³² Zum Ganzen ALEXY; dort S. 15 auch die hier gewählte Terminologie.

Naturrechts hatte der Gesetzespositivismus einen ausgesprochen schweren Stand. Das Bild vom Richter, der sich sklavisch ans (ideologisch kontaminierte) Gesetz hielt und der menschenverachtenden Ideologie der politischen Machthaber wehrlos ausgeliefert war, beherrschte in einer ersten Phase die Diskussion; der Rechtspositivismus erschien gleichsam experimentell widerlegt.³³ Doch spätestens seit den 1960iger Jahren formierte sich Widerstand gegen das zumeist kirchlich-konfessionell geprägte Naturrechtsdenken und dessen säkulare Variante, die materiale Wertethik; zugleich wurden gut begründete Einwände vorgebracht gegen die These, wonach die Justiz während der Nazizeit Opfer ihres blinden Gesetzesgehorsams geworden sei. Aufsehenerregende Studien machten vielmehr plausibel, dass die deutsche Richterschaft nicht (primär) an übertriebener Gesetzestreue, sondern umgekehrt an hermeneutischen Leitlinien gescheitert war, welche die Ausrichtung der Rechtsprechung an der nationalsozialistischen Weltanschauung und deren «Prinzipien» verlangten und diese zum objektiven Bezugspunkt der Rechtsanwendung erklärten.³⁴ So gesehen erwies sich der Positivismus tendenziell eher als Bollwerk gegen eine ideologisch aufgeladene, für verbindlich erklärte Wertordnung. Zudem konnte von einer «Renaissance» des Naturrechtsdenkens nach dem Kriegsende eigentlich gar keine Rede sein; vielmehr liess sich eine gewisse Kontinuität in den wertungsbezogenen Argumentationsfiguren vor und nach 1945 ausmachen.

Die Diskussion verlagerte sich alsbald auf (andere) methodische Fragen der Rechtsgewinnung, nachdem sich die Naturrechtsdebatte – wohl auch ihrer stark konfessionellen Prägung wegen – allmählich totgelaufen hatte. Die Frage, was Gesetzesbindung für die Richterschaft eigentlich bedeutet, und das Bestreben, durch Methodensicherheit Rechtssicherheit zu schaffen, ging und geht aber seither weiter, ohne dass bisher abschliessende Antworten vorliegen würden. Auch der in der Schweiz vorherrschende, vom Bundesgericht so genannte «pragmatische Methodenpluralismus»³⁵ ist vor diesem Hintergrund zu sehen. Ob mit diesem methodologischen «*Anything goes*»³⁶ eher eine gewisse Verlegenheit und Ratlosigkeit zum Ausdruck gelangt, oder ob damit nicht vielmehr eine differenzierte, für die «geschmeidige Rechtsfindung» (HANS PETER WALTER) geeignete Topik zur Verfügung steht, ist kaum endgültig entscheidbar.³⁷

³³ Paradigmatisch RADBRUCH, S. 105 ff.; vgl. NEUMANN, S. 145 ff. (auch zum Folgenden); eine Übersicht aus der Perspektive der Nachkriegszeit bietet der Aufsatzband von WERNER MAIHOFFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt 1962.

³⁴ RÜTHERS, insbes. S. 175 ff.; ROSENBAUM, S. 143 ff.

³⁵ Vgl. zuletzt BGE 149 II 158 E. 5.2; 281 E. 4.5, je mit Hinweisen; zu den Anfängen dieser Rechtsprechung vgl. IMBODEN/RHINOW, S. 130 ff., und WALTER, S. 157 ff.

³⁶ Biblisch: «Prüft aber alles, das Gute behaltet!» (1. Thessalonicher 5,21).

³⁷ Vgl. immerhin die grundsätzlichen Überlegungen aus richterlicher Sicht bei WALTER, a.a.O., und das beherzte «Bekenntnis zum Methodenpluralismus» bei SCHLUEP, S. 1142 ff.

B. Zur moralischen Dimension richterlicher Tätigkeit

Eng verwandt, aber nicht identisch mit der Frage nach der Bindung ans Gesetz ist jene nach der moralischen Dimension richterlichen Handelns, wie sie mehr oder weniger auffällig in allen drei herangezogenen Quellen – der Legende und den beiden Romanen – behandelt wird. Die (positivistische) Trennungsthese, welche eine klare Scheidung zwischen rechtlichen und moralischen Normen postuliert, mag zum Missverständnis beigetragen haben, Recht und Moral stünden unverbunden nebeneinander.³⁸ Indes macht jede Richterin, jeder Richter im Berufsalltag die gegenteilige Erfahrung, dass nämlich die Beziehung zwischen Recht und Moral einen nur relativen Gegensatz darstellt, «der einen engen sachlichen Zusammenhang nicht aus-, sondern einschliesst»; Moral und Recht sind «wohl in mancherlei Hinsicht verschieden, aber nicht voneinander geschieden».³⁹

Zwei Beispiele mögen die Allgegenwart und Unausweichlichkeit moralischer Wertungen im Rahmen der gerichtlichen Rechtsanwendung illustrieren:

- Am 19. September 2023 hat das Bundesgericht – im Rahmen der Überprüfung einer Strafzumessung – entschieden, es sei «bundesrechtskonform, dass die Vorinstanz die (im Vergleich relativ kurze) Dauer der Vergewaltigung berücksichtigt» habe.⁴⁰ Wie bereits im kantonalen Entscheid, so stiess diese (die Vorinstanz bestätigende) Formulierung in der Öffentlichkeit auf erhebliche Kritik. Zunächst auf den deutschsprachigen Raum beschränkt, breitete sich die Empörung über die vermeintlich zynische richterliche Sichtweise flächenbrandartig nach Westen (französischsprachige Schweiz und Frankreich) aus. Das von den Medien verbreitete Narrativ ging dahin, dass für die Strafzumessung neben der Tatsache der Vergewaltigung deren Modalitäten ausschlaggebend und im vorliegenden Fall gar *zugunsten des Täters* berücksichtigt worden seien. Es ist hier nicht der Ort, diese Sicht – sie ist in solcher Verkürzung falsch – zurechtzurücken; indes war dem Bundesgericht ganz offensichtlich nicht bewusst, auf welchem verminten Gelände es sich bewegte, und dass es in moralisch hochaufgeladenen öffentlichen (d.h. medialen) Diskursen nie allein, nicht einmal vorrangig auf die rechtliche Richtigkeit einer Entscheidung ankommt; vielmehr richtet sich das Interesse der Öffentlichkeit auf das hinter dem Rechtsproblem stehende allgemeine «humane Substrat», für das sich alle für kompetent halten dürfen.⁴¹ Diesem Umstand hätte auf der Darstellungsebene – also bei der Redaktion der Urteilsbegründung – wohl ohne weiteres Rechnung getragen werden können.
- Im zweiten Beispiel geht es um die gerichtliche Aufarbeitung eines im Zusammenhang mit der globalen Klimaerwärmung stehenden Protest-Happenings, welches am 22. No-

³⁸ Vgl. demgegenüber die differenzierten und subtilen Ausführungen bei OTT, Rechtspositivismus, insbes. S. 112 ff. und 172 ff., sowie OTT, Vielfalt, *passim*; ferner LAHUSEN, S. 53 ff.

³⁹ KAUFMANN, S. 193.

⁴⁰ BGer, 7B_15/2021, 7B_16/2021 vom 19. September 2023, E. 6.3.

⁴¹ So OGOREK, S. 343 ff. und 354, mit anschaulichen Beispielen.

vember 2018 in der Eingangshalle einer Lausanner Bank stattfand: Eine Gruppe meist junger Menschen besetzte die Halle kurzzeitig, um einen Tennismatch – in Anspielung auf einen prominenten Werbeträger des betroffenen Bankhauses – zu inszenieren. Das Happening fand am 13. Januar 2020 eine für die juristische Fachwelt überraschende Fortsetzung vor dem Lausanner Polizeigericht: Der Einzelrichter sprach nämlich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Performance – im Widerspruch zur insoweit glasklaren Rechtslage – vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs frei mit der Begründung, sie könnten sich – offenbar wie die unglückliche Brotdiebin Louise Ménard – auf einen rechtfertigenden Notstand berufen.⁴²

In beiden Beispielen geht es um verschiedene Typen richterlicher Fehlleistungen: Während im ersten die moralische Resonanz einer Urteilsbegründung unterschätzt und der gesellschaftspolitischen Stimmungslage ungenügend Rechnung getragen wurde, zeugt das zweite Beispiel gewissermassen vom Gegenteil: Hier liess sich der Richter ganz offensichtlich von der im Gerichtssaal herrschenden, moralisch aufgeheizten Atmosphäre mit- und zu einer in strafrechtlicher Hinsicht hanebüchenen Beurteilung hinreissen. Beide Beispiele führen den hohen Stellenwert ethisch-moralischer Gesichtspunkte und die – unter Umständen fatalen – Folgen der Missachtung oder Überschätzung derselben vor Augen. Während Richterin Maye (wenn auch erst nach Fällung ihres Urteils) an Ersterem scheitert, hat man Präsident Magnaud und Richter Rigal Letzteres vorgeworfen: Sie würden ohne jede gesetzliche Basis ihre persönlichen Moralvorstellungen zum Urteil erheben. In allen Beispielen geht es im Kern um Wertungsfragen und die auseinandergehende Perzeption derselben durch Justiz und Gesellschaft.

C. Ergebnis: Mitte und Mass

So bleibt am Ende die – vielleicht trivial erscheinende – Feststellung, dass weder subjektives Rechtsgefühl, moralischer Furor, unbändiger Gestaltungswille oder maximale Empathie auf der einen, noch, auf der anderen Seite, sklavischer Textgehorsam, forcierte Distanznahme (d.h. Absehen von allen subjektiven, weil störenden Faktoren wie Emotionen und Widerständen) und kompromissloser Wille zur Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung auch nur annähernd geeignet sind, je für sich einen Beitrag zu einem «guten» Richter bzw. einer «guten» Richterin zu leisten⁴³. Auch eine – wie immer geartete – Kombination solcher Radikalpositionen dürfte kaum weiterhelfen.

Vielmehr gilt für den Richterberuf, was REGINA KIENER so trefflich wie folgt ausgedrückt hat: «Die kluge Dosierung, Angemessenheit, Mässigung und Zurückhaltung ist (...) letzten

⁴² BGE 147 IV 297; CAPRARA, S. 137.

⁴³ Für den Bereich der Politik vgl. MÜNKLER HERFRIED, Mitte und Mass, Der Kampf um die richtige Ordnung, Berlin 2010.

Endes eine Frage der individuellen richterlichen Ethik». ⁴⁴ Wer der Sache der Rechtsverwirklichung – den Begriff der Gerechtigkeit nehmen Richterinnen und Richter nicht so gern in den Mund, aber darum handelt es sich zumindest *auch* – anständig und professionell dienen will, wird somit gut daran tun, jede Einseitigkeit und Radikalität zu meiden, stets aufs Neue seine Rolle und Funktion in der rechtstaatlichen Demokratie zu reflektieren und sich an den Idealen des Rechtsfriedens, der Rechtssicherheit und – nun ja – der Gerechtigkeit zu orientieren. Zum Wohl der Einzelnen, zum Wohl der Gemeinschaft.

V. Literaturverzeichnis

- ALBRECHT PETER, Was zeichnet gute Richterinnen und Richter aus?, in: Schindler Benjamin/Sutter Patrick (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 1 ff.
- ALEX Y ROBERT, Begriff und Geltung des Rechts, Erweiterte Neuauflage, Freiburg/München 2020
- BORNATICO REMO, Was sind gute Richter?, plädoyer 2003, S. 29
- CAPRARA TOMMASO, Straftaten von Klimaaktivisten gegen Grossbanken können nicht gerechtfertigt werden, in: *forumpoenale* 2/2022, S. 137–143
- FRISON-ROCHE MARIE-ANNE, Le modèle du bon juge Magnaud, in: *De code en code, Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Paris 2009, S. 335–342
- GREINER BERNHARD, Das Forschungsfeld Recht und Literatur, in: Ders./Thums Barbara/Graf Vitzthum Wolfgang (Hrsg.), *Recht und Literatur*, Heidelberg 2010, S. 7 ff.
- HOUTE ARNAUD-DOMINIQUE, Le bon juge Magnaud et l'imaginaire de la magistrature à l'aube du XX^e siècle, *Délibérée* 3/2018, S. 38–42
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1, 6. Auflage, Basel 1986
- JUNG HEIKE, Justiz und Gefühl – Anmerkungen zu Ian McEwans Roman «Kindeswohl», *Juristen-Zeitung* 76/2021, S. 1044–1050
- JUPEAU-REQUILLARD FRANÇOISE, Le président Paul Magnaud: de la gloire à l'oubli, Hamon Maurice/Rovere Ange (Hrsg.), *Être reconnu en son temps: personnalités et notables aux Temps modernes*, Paris 2012, S. 223–232
- KAUFMANN ARTHUR, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, München 1994
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001
- KOFMEL EHRENZELLER SABINE, «The Children Act» von Ian McEwan: Ein Einblick in die richterliche Entscheidungsfindung in Familiensachen, *FamPra.ch* 2/2017, S. 471–492
- LAHUSEN BENJAMIN, Rechtspositivismus und juristische Methode, Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunftfehe, Weilerswist 2011
- LEGE JOACHIM, Was Juristen wirklich tun, Jurisprudential Realism, in: Brugger Winfried/Neumann Ulfrid/Kirste Stephan (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2008, S. 207–232
- MINIATO LIONEL, Le juge Rigal, héritier du «bon juge Magnaud», in: *Revue Droit & Littérature* 1/2017, S. 257–259

⁴⁴ KIENER, S. 182.

- NEUMANN ULFRIED, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Simon Dieter (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt am Main 1994, S. 145–187
- OGOREK REGINA, Recht, Moral, Politik: Zum Richterbild in der Mediengesellschaft, in: Dies. (Hrsg.), Aufklärung über Justiz, 1. Halbbd., Frankfurt am Main 2008,
- OTT WALTER., Die Vielfalt des Rechtspositivismus, Baden-Baden 2016 (zit. OTT, Vielfalt)
- OTT WALTER, Der Rechtspositivismus, Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. Aufl., Berlin 1992 (zit. OTT, Rechtspositivismus)
- RADBRUCH GUSTAV, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 5/1946, S. 105–108
- ROSENBAUM WOLF, Naturrecht und positives Recht, Darmstadt 1972
- RÜTHERS BERND, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl., Tübingen 2012 (1. Aufl. 1968)
- SADOUN MOHAMED, Paul Magnaud: le bon juge de Château-Thierry, Paris 2011
- SCHLUEP WALTER R., Einladung zur Rechtstheorie, Bern/Baden-Baden 2006
- STRAUCH HANS-JOACHIM, Richterliche Urteilsfindung, Tübingen 2023
- THIRION NICOLAS, Ce que la littérature fait au droit: Le cas Emmanuel Carrère, in: Contextes: Revue de Sociologie de la Littérature 22/2019
- WALTER HANS PETER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, S. 157 ff.
- WITTMANN JAN, Recht sprechen, Richterfiguren bei Kleist, Kafka und Zeh, Berlin 2018

20 Jahre Justizforschung in der Schweiz

*Andreas Lienhard/Daniel Kettiger**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	374
II.	Justizforschung: eine junge wissenschaftliche Disziplin	374
III.	Zu Beginn: New Public Management und Genderforschung	377
	A. New Public Management in der Justiz	377
	B. Geschlechtergleichstellung in der Justiz	377
IV.	Forschungsprojekte des Kompetenzzentrums für Public Management	378
	A. Gutes Management in der Justiz	378
	B. Anonymisierung von Gerichtsurteilen	379
	C. Geschäftslaststudien	380
	D. Ausgewählte weitere Forschungen	381
	1. Positionierung der Staatsanwaltschaft im Staatsgefüge	381
	2. Spruchkörperbildung	382
	3. Justizräte in der Schweiz	382
	4. Richterinnen an Schweizer Gerichten	383
V.	Internationale Vernetzung	383
	A. European Group for Public Administration	383
	B. International Association for Court Administration	384
	C. JAR-Association	384
	D. Übrige internationale Bezüge der Forschung	385
VI.	Weitere Forschungstätigkeiten und Entwicklungen	386
	A. ESEHA	386
	B. Schweizerisches Institut für Judikative	386
	C. Schweizerische Richterakademie	387
	D. Verein eJustice.CH	387
	E. Obwaldner Institut für Justizforschung	388
VII.	Schweizerische Gefässe für den Wissenstransport	388

* ANDREAS LIENHARD, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht, Kompetenzzentrum für Public Management und Institut für öffentliches Recht, Universität Bern; DANIEL KETTIGER, Mag. rer. publ., Rechtsanwalt, Berater und Justizforscher, Bolligen.

VIII. Ausblick und Forschungsbedarf	389
A. Neuere Forschungsprojekte	389
1. Virtuelle Gerichtsverhandlungen	389
2. Künstliche Intelligenz bei der richterlichen Entscheidungsfindung	389
3. Qualität von Gerichtsurteilen	390
4. Der Mensch in der digitalen Verwaltung	390
B. Weiterer Forschungsbedarf	390
IX. Literaturverzeichnis	391

I. Einleitung

Mit ihrer Habilitationsschrift zur richterlichen Unabhängigkeit¹ legte *Regina Kiener* einen wichtigen Grundstein zur Justizforschung in der Schweiz. Auch in ihrem weiteren Berufsleben befasste und befasst sie sich immer wieder mit Aspekten der Justizforschung – in grösseren oder kleineren Forschungsvorhaben und zahlreichen Publikationen, als gefragte Expertin, als Mitbegründerin und Mitherausgeberin der schweizerischen Richterzeitung oder als Mitglied im Gründungsvorstand des Schweizerischen Instituts für Judikative. Überdies war sie selber auch als Richterin tätig (Vizepräsidentin des Justizgerichts des Kantons Aargau). Auch auf internationaler Ebene befasst sich Regina Kiener u.a. als Mitglied der Venedig-Kommission des Europarats mit der Justiz und mit Justizreformen.

Die Entwicklung der Justizforschung in der Schweiz ist denn auch Thema dieses Beitrags.² Dieser zeichnet die wesentlichen Inhalte und Meilensteine der Justizforschung in der Schweiz während mehr als 20 Jahren auf – von ihren Anfängen bis zu den aktuellen Forschungsfragen. Diese Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern skizziert wesentliche Entwicklungslinien einschliesslich ihrer internationalen Bezüge.

II. Justizforschung: eine junge wissenschaftliche Disziplin

Bis in die 1990er-Jahre befasste sich die Wissenschaft im Bereich der Justiz vorwiegend mit verfahrensrechtlichen Fragen, weniger hingegen mit Fragen der Organisation der Justiz (Justizorganisationsrecht, Justizmanagement etc.). Einleitend soll die Entwicklung der

¹ Vgl. KIENER.

² Ein ähnlicher Beitrag erscheint in englischer Sprache im *International Journal of Court Administration* (IJCA) in einer Jubiläumsausgabe.

Justizforschung als wissenschaftliche Disziplin kurz und insbesondere im europäischen Kontext beleuchtet werden.³

Gerichte und andere Justizbehörden müssen – wie alle öffentlichen Institutionen – geführt und verwaltet werden. Deshalb ist Justizmanagement so alt wie Public Management – das Management der öffentlichen Verwaltung. Aus unerklärlichen Gründen war die Verwaltung der Justiz aber während Jahrzehnten – in Europa länger als in den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) – kaum sichtbar und als solche nicht Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion. Ein Grund könnte darin bestehen, dass die Justizverwaltung nicht in der Verantwortung der Gerichte lag, sondern Aufgabe der Justizministerien in der Zentralverwaltung war – wie dies in zahlreichen europäischen Staaten noch heute der Fall ist. Zudem waren Gerichte zwar durchaus Gegenstand wissenschaftlicher Forschung, aber nicht unter dem Titel «Justizverwaltung» bzw. «Justizmanagement». So führten beispielsweise zu Beginn der 1970er-Jahre in Deutschland Sozialwissenschaftler unter dem Titel «Richterzeitstudien» umfangreiche Geschäftslaststudien an erst- und zweitinstanzlichen Gerichten durch, die der wissenschaftlichen Disziplin der Rechtssoziologie zugeordnet wurden.⁴ Neuere Forschungsarbeiten in der Schweiz zeigen auf, dass die ersten Ansätze zu Justizmanagement ins 19. Jahrhundert zurückreichen, als man begann, Statistiken auch für die Führung der Gerichte zu nutzen.⁵

Dass Justizmanagement – unter dem Titel Justizforschung – zu einer eigenen Disziplin wissenschaftlicher Forschung wurde, ist den folgenden drei Faktoren zuzuschreiben: Der erste Faktor ist die allgemeine Debatte zum Management in der öffentlichen Verwaltung, welche in den 1990er-Jahren im Rahmen der Bewegung des *New Public Management* (NPM) in zahlreichen Staaten initiiert wurde.⁶ Ungefähr im gleichen Zeitraum begann auch eine Diskussion über das Management von Justizbehörden. In Deutschland ging diese Diskussion vor allem von einem Buch aus, das der frühere Richter am Bundesverfassungsgericht *Wolfgang Hoffmann-Riem* verfasst hatte.⁷ In der Schweiz wurde die Diskussion zu Justizmanagement vor allem im Zusammenhang mit NPM-Projekten in verschiedenen Kantonen geführt, zuerst oft beschränkt auf die Frage, ob die Justiz Teil von NPM-Führungsmodellen sein könne. Es konnte nachgewiesen werden, dass in Kantonen, welche NPM in der Justiz implementierten, das Justizmanagement heute ausgeprägter ist als in den anderen Kantonen.⁸

³ Dieser Abschnitt wurde zu grossen Teilen als Übersetzung übernommen aus KETTIGER/LIENHARD/LANGBROEK/FABRI, S. 309–311.

⁴ Vgl. Bundesrechtsanwaltskammer, Band II, S. 60 ff.; Bundesrechtsanwaltskammer, Band I, S. 182 ff.; GRIEBELING, S. 228 ff.

⁵ Vgl. AERSCHMANN.

⁶ In Deutschland etwa auch unter dem Titel der Verwaltungsmodernisierung, in der Schweiz auch etwa als Wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WOV) bezeichnet.

⁷ HOFFMANN-RIEM.

⁸ Vgl. LIENHARD/KETTIGER/WINKLER, S. 37.

Der zweite Faktor waren die Aktivitäten der *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ).⁹ Diese Fachkommission des Europarats wurde am 18. September 2002 etabliert – mit dem Ziel, die Effizienz der Justiz in den Mitgliedstaaten zu verbessern. Die Aktivitäten der CEPEJ fokussierten auf das Zeitmanagement¹⁰, die Qualität in der Justiz sowie auf Rechtsdurchsetzung und Mediation. Die CEPEJ publizierte seither zahlreiche Studien und führt ein periodisches Monitoring der Gerichtsaktivitäten in den Mitgliedstaaten durch.

Der dritte Faktor, der zu Justizmanagement und in der Folge zu Justizforschung führte, war die *Notwendigkeit der Führung und des Managements in den Gerichten*. Die Justiz war – wie alle anderen staatlichen Organe – unter zunehmenden Reformdruck gelangt: Einerseits nahmen die Geschäftslast, die Komplexität der Fälle und die verfahrensrechtlichen Anforderungen stetig zu, andererseits waren kaum zusätzliche Ressourcen erhältlich.¹¹ Dies setzte die Justiz unter Zugzwang, den Effizienzgrad zu erhöhen, was letztlich nur durch Führung und Management erreicht werden kann. Das blosse «Verwalten» der Justiz reichte nicht mehr aus. *Wolfgang Hoffmann-Riem* spricht von Wahrheit, Gerechtigkeit, Unabhängigkeit und Effizienz als dem magischen Quadrat der dritten Gewalt.¹² Eine der grössten Herausforderungen der Justiz besteht denn auch darin, innert angemessener Frist ein Urteil zu fällen.

Auf der internationalen Ebene – insbesondere in der anglo-amerikanischen Region – bestand ein schon länger andauerndes wissenschaftliches Interesse an der Führung von Gerichten: In den USA ist die Forschung über die Gerichtsführung und deren Weiterentwicklung schon seit längerem institutionalisiert, insbesondere im National Center for State Courts (NCSC)¹³ und dem zugehörigen Institute for Court Management (ICM). In Australien gibt es auch schon seit längerem das Australasian Institute of Judicial Administration (AIJA).¹⁴

⁹ <<https://www.coe.int/en/web/cepej/>>.

¹⁰ Das sogenannte SATURN-Programm.

¹¹ Siehe dazu KETTIGER, Verwaltungsführung, S. 9; LIENHARD, Grundlagen, S. 461 f.

¹² Vgl. HOFFMANN-RIEM, S. 211 f.

¹³ <<https://www.ncsc.org>>.

¹⁴ <<https://aija.org.au/>>.

III. Zu Beginn: New Public Management und Genderforschung

A. New Public Management in der Justiz

Im Rahmen der Diskussion um New Public Management (NPM) bzw. Wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WOF) wurden in der zweiten Hälfte der 1990-er Jahre in der Schweiz spezifische *Managementmodelle für die öffentliche Verwaltung* entwickelt.¹⁵ Ungefähr gleichzeitig mit der Diskussion zu Managementmodellen für die öffentliche Verwaltung entstand auch eine Diskussion über mehr *Management in der Justiz*. Ein Managementmodell ist dabei allerdings – auch in Ansätzen – nicht entstanden. In der Schweiz wurde die Diskussion zum Justizmanagement primär im Rahmen der NPM- bzw. WOF-Projekte der Kantone geführt, oft aber beschränkt auf die Frage des Einbezugs der Justiz in das entsprechende neue WOF-Steuerungsmodell und damit auf die Frage *des Managements der Justiz*.¹⁶ Im Ergebnis wurden die Gerichte in einigen Kantonen (z.B. Bern, Luzern, Solothurn) in die WOF-Steuerung eingebunden. In grundsätzlicher Weise wurde die Thematik des Justizmanagements nur vereinzelt aufgegriffen, so etwa an einer Fachtagung der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (SGVW) in Olten im Jahr 2003.¹⁷ In jüngerer Zeit wurde das Thema wieder aufgenommen und es wurden Elemente guten Justizmanagements skizziert.¹⁸

B. Geschlechtergleichstellung in der Justiz

In den 1990er-Jahren gab es in der Schweiz eine erhebliche Bewegung in Richtung Geschlechtergleichstellung in Gesellschaft, Wirtschaft und Politik. Daraus entwickelten sich – ähnlich wie in den USA¹⁹ und in Deutschland²⁰ – Forschungsvorhaben hinsichtlich der Stellung der Frauen in der Justiz, insbesondere bezüglich Richterinnen. Fast zeitgleich mit Forschungsvorhaben in den USA und in Grossbritannien²¹ führte das Kompetenzzentrum für Rechtspsychologie der Universität St.Gallen von 2004 bis 2007 ein vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) unterstütztes Forschungsprojekt «Berufsschwierigkeiten,

¹⁵ Vgl. THOM/RITZ, S. 41 ff.; SCHEDLER/PROELLER, S. 19 ff.

¹⁶ Vgl. MAIER; LIENHARD, Grundlagen, S. 460–479.

¹⁷ Siehe KETTIGER, Verwaltungsführung, S. 9; LIENHARD, Rahmenbedingungen, S. 35–46; MOSIMANN, S. 65–73.

¹⁸ Vgl. LIENHARD, Oberaufsicht.

¹⁹ Das «Gender and Judging»-Projekt der Women and Gender in the Legal Profession Group startete 1994, vgl. SCHULTZ/SHAW, S. VI; EPSTEIN FUCHS.

²⁰ Vgl. HASSELS/HOMMERICH.

²¹ Ergebnisse siehe SCHULTZ/SHAW; RACKLEY.

Moraldilemmata und Bewältigungsstrategien von RichterInnen und RechtsanwältInnen» durch, zu welchem im Dezember 2006 auch eine wissenschaftliche Tagung durchgeführt wurde.²² Das Forschungsprojekt mündete in verschiedenen Publikationen.²³ Die Gender-Thematik in der Justiz wurde erst 2019 wieder in grundlegender Weise beforscht.²⁴

IV. Forschungsprojekte des Kompetenzzentrums für Public Management

A. Gutes Management in der Justiz

Trotz des wissenschaftlichen Diskurses zu New Public Management in der Justiz²⁵ fehlten in der Schweiz über weite Bereiche empirische und theoretische Erkenntnisse zur Funktionsweise der Gerichtsbarkeit und zu ihrer Interaktion mit der Gesellschaft bzw. mit besonderen gesellschaftlichen Zielgruppen. Um das schweizerische Justizsystem näher zu erforschen und Grundlagen für eine Optimierung zu generieren, startete im Frühjahr 2012 das Forschungsprojekt «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz», welches vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) unterstützt wurde.²⁶

Die das Gesamtprojekt umspannende *Forschungsfrage* lautete: Wie ist die Justizorganisation optimal auszugestalten, um die Rechtsprechung nachhaltig zu gewährleisten? – In verschiedenen Teilprojekten sowie einem Querschnittsprojekt wurden die Fragestellungen spezifiziert. Es ging dabei darum, die sich stellenden Fragen *interdisziplinär* anzugehen. Das Projekt betraf Fragen aus den Bereichen Rechtswissenschaft, Betriebswirtschaft, Verwaltungswissenschaft, (Rechts-)Soziologie, Psychologie (insbesondere Arbeitspsychologie und Psychologie der Entscheidungsfindung) sowie auch Fragen der Politik- und Medienwissenschaften. Die im Forschungsprojekt verwendete *Methodik* folgte den Eigenheiten der verschiedenen beteiligten Disziplinen. Sie basierte dementsprechend unter anderem auf Literatur- und Dokumentenanalysen, vergleichenden Analysen, Rechtsvergleichen, Auslegung sowie auch auf empirischen Studien (Umfragen, Interviews) im In- und Ausland.

Das Forschungsprojekt arbeitete in fünf interdisziplinären, auf bestimmte Fragestellungen ausgerichteten *Teilprojekten*. Der Aufbau des Forschungsprojekts folgte einer Unterteilung in die Untersuchung der Binnenorganisation der Justiz einerseits und ihres Umfelds andererseits. Die Untersuchung bezüglich der Binnenorganisation folgte den gängigen

²² Siehe LUDEWIG/WEISLEHNER/ANGEHRN, S. XV f.

²³ Vgl. LUDEWIG/WEISLEHNER/ANGEHRN, S. XV f.; LUDEWIG.

²⁴ Siehe nachfolgend IV/D/4.

²⁵ Siehe oben III/A.

²⁶ Siehe dazu ausführlich LIENHARD/KETTIGER, Ergebnisse; der Text in diesem Unterkapitel stammt teilweise aus LIENHARD/KETTIGER, Grundlagen guten Justizmanagements.

Managementmodellen inhärenten (teilweise explizit unterschiedenen) Elementen Ressourcen, Prozesse, Organisation (Struktur) und Kultur. Die Bearbeitung der sich stellenden allgemeinen staats- und verwaltungsrechtlichen Fragen wurde in einem übergreifenden *Querschnittsprojekt* gebündelt.²⁷ Die interne Kohärenz wurde durch eine *Gesamtprojektleitung* sowie regelmässig stattfindende administrative und inhaltliche Koordinationssitzungen und Workshops gewährleistet. Am Projekt waren *sechs Universitäten beteiligt*: Universität Bern, Universität Luzern, Universität St. Gallen, Universität Zürich, Universität Lausanne, Universität Utrecht (Niederlande). «Leading House» war das Kompetenzzentrum für Public Management (KPM) der Universität Bern. Ferner bestand ein enger Kontakt und laufender Wissenstransfer zur *Richterakademie*.²⁸ Der Gesamtprojektleitung wurde ein *wissenschaftlicher Beirat* zur Seite gestellt, welcher aus anerkannten Fachpersonen aus dem In- und Ausland zusammengesetzt war.²⁹

Aus dem Forschungsprojekt gingen insgesamt 14 Dissertationen und wissenschaftliche Studien hervor.³⁰ Die Ergebnisse wurden zusammenfassend in drei Sprachen publiziert³¹ und das Projekt fand seinen Abschluss in einer wissenschaftlichen Tagung am 13. November 2015.

B. Anonymisierung von Gerichtsurteilen

Seit ungefähr 2010 entstand in der Schweiz eine kontroverse Diskussion darüber, welche Gerichtsurteile im Internet publiziert werden sollen. Um Grundlagen für die Objektivierung der Diskussion zu schaffen, wurden – im zeitlichen Abstand von fünf Jahren – zwei empirische Untersuchungen zur Publikation von Gerichtsurteilen durchgeführt, welche auch die Thematik der Anonymisierung umfassten.³² Diese zeigten auf, dass die Frage der Anonymisierung von Gerichtsurteilen ungenügend erforscht war. Deshalb führte der Verein eJustice. CH im Jahr 2019 eine wissenschaftliche Fachtagung zur Thematik durch, die in einem Tagungsband zusammengefasst wurde.³³

Die Erkenntnisse aus den vorerwähnten Arbeiten, die Tatsache, dass in der Schweiz die Digitalisierung der Justiz vorangetrieben wird, und die Befürchtung, dass mit Mitteln der Künstlichen Intelligenz (KI) die De-Anonymisierung erleichtert werden könnte, bewegten

²⁷ Dies unter der Leitung von REGINA KIENER und GIOVANNI BIAGGINI.

²⁸ Eine Übersicht über die Beteiligten und die beforschten Themenbereiche findet sich bei LIENHARD/KETTIGER, Justizforschung; siehe auch LIENHARD/KETTIGER, Ergebnisse, Anhang 3.

²⁹ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Ergebnisse, Anhang 3.

³⁰ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Ergebnisse, Anhang 1.

³¹ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Ergebnisse, in vollständig identischen Fassungen in Englisch und Französisch. Zur Bedeutung dieses Forschungsprojekts siehe MARTI, S. 1 f.

³² Vgl. HÜRLIMANN; HÜRLIMANN/KETTIGER, Zugänglichkeit.

³³ HÜRLIMANN/KETTIGER, Anonymisierung.

das Kompetenzzentrum für Public Management (KPM) der Universität Bern, ein entsprechendes Forschungsprojekt zu lancieren. Das Forschungsprojekt «Open Justice vs. Privacy» befasst sich interdisziplinär mit der Anonymisierung von Gerichtsurteilen. Es ist Teil des Nationalen Forschungsprogramms «Digitale Transformation» (NFP 77) und wird durch verschiedene Institute der Universität Bern sowie der Berner Fachhochschule getragen.³⁴

Ein erstes Modul hat zum Ziel, die rechtlichen Rahmenbedingungen der Publikation und Anonymisierung von Gerichtsurteilen im Internet zu klären. Eine juristische Dissertation befasste sich mit dem relevanten Rahmen des Verfassungsrechts und des internationalen Rechts im Sinne einer rechtsdogmatischen Arbeit. Die Arbeit umfasst auch eine rechtsvergleichende Studie mit anderen europäischen Staaten. Zusätzlich wurden in je einer Masterarbeit die Frage der Staatshaftung für mangelhaft anonymisierte Urteile³⁵ sowie die Frage der Verantwortlichkeiten von sekundären Entscheiddatenbanken³⁶ geklärt.

Im zweiten Modul erfolgten Arbeiten im Themenfeld Computer Science mit dem Fokus der Möglichkeiten von Künstlicher Intelligenz (KI) zur De-Anonymisierung von publizierten Gerichtsurteilen. Zu diesem Zweck wurde ein Data-Set mit Hundertausenden von Schweizer Gerichtsurteilen erstellt. Es wurden sehr bedeutende Forschung im Bereich von Natural Language Processing (NLP) sowie De-Anonymisierungs-Versuche durchgeführt. Die Ergebnisse zeigen unter anderem, dass zum heutigen Zeitpunkt eine De-Anonymisierung mit einem allgemeinen Tool kaum machbar ist.³⁷

Ein drittes Modul des Forschungsprojekts befasst sich mit der Auffassung verschiedener Akteure rund um die Justiz bezüglich der Anonymisierung von Gerichtsurteilen (z.B. Gerichtspersonen, Anwaltschaft, Medien).

Das Forschungsprojekt endete im Dezember 2024.

C. Geschäftslaststudien

Studien zur Ermittlung der gewichteten Geschäftslast von Gerichten stammen ursprünglich aus den USA. Sie gehen zurück auf die 1960er-Jahre und stellen heute ein weit verbreitetes Instrument zur objektivierten Feststellung des Personalbedarfs von Gerichten dar.³⁸ In Europa haben Geschäftslaststudien ebenfalls eine lange Tradition, insbesondere in Deutschland, wo das System zur Ermittlung des Personalbedarfs der Gerichte schon seit längerem etabliert ist.³⁹ Heute werden in Deutschland Geschäftslaststudien periodisch unter

³⁴ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Court Decisions, S. 23–25.

³⁵ Vgl. MUNZ, Staatshaftung.

³⁶ Vgl. GROB.

³⁷ Vgl. NYFFENEGGER/STÜRMER/NIKLAUS.

³⁸ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Research, S. 68. Vgl. auch WINKLER, S. 161.

³⁹ Vgl. WINKLER, S. 199 ff.; Bundesrechtsanwaltskammer, Band I, S. 182 ff.

dem Titel «Personalbedarfsberechnungssystem PEBB§Y⁴⁰» durchgeführt.⁴¹ Geschäftslaststudien in Europa umfassen Projekte beispielsweise in den Niederlanden⁴², Belgien⁴³ und den Balkan-Staaten⁴⁴.

In der Schweiz sind Geschäftslaststudien selten. Nur die folgenden Studien wurden nach der Methode der gewichteten Geschäftslast durchgeführt:

- Verwaltungsjustiz verschiedener Kantone im Vergleich;⁴⁵
- Bundesverwaltungsgericht;⁴⁶
- Gerichte und Staatsanwaltschaft Kanton Basel-Stadt;⁴⁷
- Gerichte Kanton Basel-Landschaft;⁴⁸
- Regionalgerichte Kanton Graubünden.⁴⁹

Eine weitere Studie basierte auf einer anderen Methode (Vergleich auf der Grundlage statistischer Daten von Fällen und Personal).⁵⁰

Im Rahmen der Forschung gab es auch einige Publikationen zu methodischen Fragen.⁵¹ Besondere Probleme stellten sich in der Schweiz bei Geschäftslaststudien angesichts der Tatsache, dass die Gerichte oft sehr klein sind.⁵²

D. Ausgewählte weitere Forschungen

1. Positionierung der Staatsanwaltschaft im Staatsgefüge

Am ersten Januar 2011 trat die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)⁵³ in Kraft; das System der Strafverfolgung in der Schweiz wurde vereinheitlicht und stark verändert. Mit der Abschaffung der Untersuchungsrichterämter erhielten die Staatsanwaltschaften in der Strafverfolgungskette eine neue, starke Stellung. Sie wurden nun für die gesamte Vor-

⁴⁰ Ausgesprochen als «Pepsi».

⁴¹ Vgl. WINKLER, S. 209 ff.; RIEDEL.

⁴² Vgl. WINKLER, S. 247 ff.

⁴³ Vgl. WINKLER, S. 266 ff.; DEPRÉ/CONINGS/HONDEGHEM/DELVAUX/SCHOENAEERS/MAESSCHALCK.

⁴⁴ Vgl. LANGBROEK/KLEINMAN, S. 40 ff.

⁴⁵ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Geschäftslastbewirtschaftung, S. 413–441.

⁴⁶ Vgl. LIENHARD/KETTIGER/EHRENZELLER/CAVELTI.

⁴⁷ Vgl. LIENHARD/KETTIGER/USTER/WINKLER.

⁴⁸ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Geschäftslast.

⁴⁹ Vgl. KETTIGER, Befragung.

⁵⁰ Vgl. KETTIGER, Ressourcen.

⁵¹ Vgl. z.B. WINKLER; LIENHARD/KETTIGER, Research; STADELMANN; REITER/MOSIMANN.

⁵² Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Geschäftslaststudien.

⁵³ Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

untersuchung zuständig. Gleichzeitig wurde die Unabhängigkeit der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte erhöht, zumindest bezogen auf alle konkreten Handlungen und Verfügungen im Rahmen der Strafverfolgung.

Das neue Strafverfolgungssystem führte zu kontroversen Debatten sowohl in rechtswissenschaftlicher wie verwaltungswissenschaftlicher Hinsicht. Die Staatsanwaltschaft wurde zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen.⁵⁴ Rechtsexperten gehen davon aus, dass die Staatsanwaltschaft verfassungsrechtlich ein «compositum mixtum» ist, d.h. dass sie irgendwo zwischen gerichtlichen und exekutiven Behörden steht.⁵⁵ Ebenfalls Gegenstand von Forschungsarbeiten war die Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei.⁵⁶

2. Spruchkörperbildung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie öffentliche Kritik an der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts führten um das Jahr 2020 zu einer breiten wissenschaftlichen Befassung mit der Frage der Spruchkörperbildung an den Gerichten, insbesondere am Bundesverwaltungsgericht.⁵⁷ Eine der Fragestellungen war, ob und gegebenenfalls inwieweit die Bildung der Spruchkörper auch automatisiert erfolgen kann, d.h. einem Informatiksystem überlassen werden darf.⁵⁸

3. Justizräte in der Schweiz

Auf Kantonsebene fanden und finden im Bereich von Justizaufsicht und Richterwahlen organisatorische Reformen statt. Jeder Kanton verfügt über ein eigenes Justizaufsichtsmodell und eigene Ausgestaltungen bei den Richterwahlen. Die Mehrheit der Kantone hat sich bezüglich Justizaufsicht – wie auch der Bund – für eine Obergericht durch das Parlament entschieden. Zusätzlich sehen die sechs Kantone Freiburg, Genf, Neuenburg, Jura, Tessin und Wallis einen sog. Justizrat vor, dem zusätzlich zu Justizaufsichtsfunktionen teilweise auch Funktionen bei den Richterwahlen zukommen. Im Gegensatz zum Ausland stellen Justizräte in der Schweiz eine Ausnahme dar. Obwohl die Wurzeln des ältesten Justizrats der Schweiz – des Justizrats des Kantons Genf – bis in die 1940er-Jahre zurück reichen, gelten Justizräte in der Schweiz insgesamt als eher junge Institutionen. Informationen zu Funktionen, Erfahrungen und Herausforderungen von Justizräten in der Schweiz bestehen kaum.

⁵⁴ Vgl. METTLER; HÄNZLI.

⁵⁵ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Behördenstruktur; KIENER, S. 319; METTLER, S. 73 f.; KIENER/CUPA, S. 395–416.

⁵⁶ Vgl. KETTIGER/LIENHARD, S. 51–64.

⁵⁷ Vgl. KETTIGER, Bundesgerichtspraxis; KIENER/HENSELER, S. 193–200; BÜCHEL/KIENER/LIENHARD/ROLLER; GERTSCH, S. 34 ff.; BRUNNER, S. 307 ff.; THURNHERR.

⁵⁸ Vgl. BÜCHEL/KIENER/LIENHARD/ROLLER.

Vor diesem Hintergrund befasst sich eine Dissertation am Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern (KPM) mit folgenden Forschungsfragen: Was ist die Funktion eines Justizrats? Welche Aufgaben kommen Justizräten in der Schweiz zu? Welche Organisationsformen von Justizräten bestehen in der Schweiz? Was sind die Vor- bzw. Nachteile von Justizräten im Vergleich zu traditionellen Modellen? Das Ziel der Arbeit ist herauszufinden, ob sich durch die Einsetzung eines Justizrats ein Mehrwert in den Bereichen Justizaufsicht und/oder Richterwahlen messen lässt.

4. Richterinnen an Schweizer Gerichten

Eine umfassende Erhebung zum Anteil von Richterinnen an Schweizer Gerichten fehlte bislang. Deshalb griff ein Forschungsvorhaben die Untersuchungen zu Gender in der Justiz⁵⁹ im Jahr 2017 erneut auf. In einer Studie, welche im empirischen Teil eine Befragung der 165 eidgenössischen und kantonalen Gerichten enthält, wurde der Frauenanteil und die Teilzeitarbeit bei Richterinnen untersucht.⁶⁰

V. Internationale Vernetzung

A. European Group for Public Administration

Im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Forschungsprojekt «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz»⁶¹ wurde eine Permanent Study Group XVIII «Justice and Court Administration» der European Group for Public Administration (EGPA) gegründet, die seither im Rahmen der Jahreskonferenzen der EGPA Workshops durchführte und zahlreiche Publikationen auslöste.⁶² Das Sekretariat der Permanent Study Group wird von der Universität Bern geführt.

Auf Grund der Covid-19 Pandemie musste die Jahreskonferenz 2020 der EGPA abgesagt werden. Als Ersatz führte die Permanent Study Group XVIII «Justice and Court Administration» unter dem Lead des Kompetenzzentrums für Public Management (KPM) der Universität Bern am 3. September 2020 ein Webinar mit dem Titel «The COVID-19 crisis – Lessons for the Courts» durch.⁶³

⁵⁹ Siehe oben III/B.

⁶⁰ Vgl. OCHSENBEIN.

⁶¹ Siehe oben IV/A.

⁶² Vgl. KETTIGER/LIENHARD/LANGBROEK/FABRI.

⁶³ Vgl. MUNZ, Bericht.

Die Vernetzung durch diese Permanent Study Group führte auch zu Gastforschenden von der Elte-Universität Budapest und vom Goiano Federal Institute Brasilien, an der Universität Bern sowie zu gemeinsamen Publikationen mit Schweizer Forschenden.⁶⁴

B. International Association for Court Administration

Eine der Hauptaufgaben der International Association for Court Administration (IACA) ist die Herausgabe des International Journal for Court Administration (IJCA). Das IJCA ist für die Justizforschung in der Schweiz eine wichtige Plattform zum Wissenstransfer. Es finden sich auf der Plattform des IJCA rund 20 Publikationen zu Themen der Schweizer Justiz. Und es besteht auch eine personelle Vernetzung zur schweizerischen Justizforschung, indem Prof. Dr. Andreas Lienhard (Universität Bern) Mitglied des Editorial Boards (Herausgebergremium) des IJCA ist.

Die erwähnte eKonferenz der EGPA Permanent Study Group XVIII «Justice and Court Administration»⁶⁵ führte zu einer Spezialausgabe zum Thema «The COVID-19 crisis – Lessons for the Courts».⁶⁶

An den periodisch durchgeführten Konferenzen der IACA konnten auch schon Referenten aus der Schweiz auftreten.⁶⁷

C. JAR-Association

The Justice Administration Research Association (JAR-Association)⁶⁸ mit Sitz in Limoges (Frankreich) ist eine unabhängige Vereinigung auf Non-Profit-Basis, die sich zum Ziel gesetzt hat, ein internationales Netzwerk von Wissenschaftlern und Praktikern zu schaffen, die im Justizbereich tätig sind. Die Vereinigung wurde 2021 von einer Gruppe von Wissenschaftlern gegründet. Das Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern (KPM) war im Gründungsvorstand vertreten.

Es ist erfreulich, dass die internationale Justizforschung in einem zusätzlichen Gefäss betrieben wird. Die noch junge JAR-Association weist bereits eindruckliche Aktivitäten auf, vor allem auch periodische Webinare und eine Konferenz in Rom.

⁶⁴ Beispielsweise SOUSA/KETTIGER/LIENHARD.

⁶⁵ Siehe oben V/A.

⁶⁶ IJCA Volume 12 issue 2 2021.

⁶⁷ Z.B. LIENHARD ANDREAS, Performance Assessment in Courts – The Swiss Case, Constitutional appraisal and thoughts as to its organisation, International Association for Court Administration (IACA), Annual Conference, Sydney September 2014.

⁶⁸ <<https://jar-association.eu/>>.

D. Übrige internationale Bezüge der Forschung

Fachpersonen des Kompetenzzentrums für Public Management (KPM) der Universität Bern, die in der Justizforschung aktiv sind, wurden schon verschiedentlich als Experten zu internationalen Forschungsvorhaben eingeladen:

- OECD, Public Governance, Equal Access to Justice, 1st OECD Expert Roundtable, 7. Oktober 2015, OECD Headquarters, Paris;
- OECD, Public Governance, Equal Access to Justice, 2nd OECD Expert Roundtable, 12. Dezember 2015, OECD Headquarters, Paris;
- Montagne Centre, University of Utrecht, Seminar «Economic impact of courts», 17./18. Dezember 2015, Utrecht;
- European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ)/Montagne Centre, University of Utrecht, methodologisches Assessment des ENCJ-Berichts zur Unabhängigkeit der Justiz, 12./13. April 2018.

Zudem war die Universität Bern Gastgeberin für ein Seminar eines europäischen Forschungsprojekts: Towards European Caseflow Management development network – Identifying, developing and sharing best practices (EU Grant) der Lappeenranta University of Technology, Finnland.⁶⁹

Der Schweizer Richter, Hochschuldozent und Justizforscher *Stefan Gass* übte Experten- und Beratertätigkeit im Justizbereich für den Europarat, die American Bar Association, die Europäische und Internationale Richtervereinigung, das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement sowie das Eidgenössische Departement für Auswärtiges (DEZA) aus, insbesondere in Fragen der Gerichtsjustiz in Ost- und Ostmitteleuropa. Er ist heute Präsident der Kommission über den Status der Richtervereinigungen und der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Richtervereinigung (IAJ/EAJ).

Besonders hervorzuheben ist auch die internationale Vernetzung von Bundesrichter Dr. h.c. *Thomas Stadelmann*: So war er von 2007 bis 2018 Delegierter für die Schweizerische Richtervereinigung in der Internationalen Richtervereinigung IAJ-UIM und der Europäischen Richtervereinigung AEM (ab 2012 Mitglied der «EAJ-WG on the Situation of Member Associations»; ab 2014 Vizepräsident der 1. Studienkommission der IAJ – Organisation of the Judiciary, Status of the Judiciary, Rights of Individuals); seit 2016 ist er Mitglied des Boards des Provident Fund for Assistance of Members of the Judiciary der Europäischen Richtervereinigung.

Ein Bezug besteht auch zwischen der schweizerischen Justizforschung und der European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ).⁷⁰

⁶⁹ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Innovation.

⁷⁰ Siehe nachfolgend VI/A.

VI. Weitere Forschungstätigkeiten und Entwicklungen

A. ESEHA

ESEHA, in Französisch ein Akronym für «Etat – Société – Economie – Histoire – Administration», ist eine Vereinigung, die 2013 durch ein Team von Forschern und Spezialisten in den Fachbereichen Public Administration, Kriminologie, Sozialwissenschaften und Wirtschaftswissenschaften der Universitäten Lausanne, Bern und Genf gegründet wurde. Das Ziel der ESEHA ist die Analyse der institutionellen Vielfalt in der Schweiz und auf internationaler Ebene, besonders auch aus der Sicht des Föderalismus, in quantitativer, qualitativer, sozio-ökonomischer, geografischer und historischer Hinsicht.⁷¹

ESEHA betreibt das Statistikportal CHStat⁷², welches Statistiken zu den Kantonen und Gemeinden enthält. Basierend auf den Arbeiten der Schweizer Vertretung in der CEPEJ bearbeitet und veröffentlicht ESEHA auf dem Statistikportal auch Informationen zur schweizerischen Justiz. Zudem führt ESEHA eigene quantitative Justizforschung durch.

B. Schweizerisches Institut für Judikative

Das von Bundesrichter Dr. h.c. *Thomas Stadelmann* initiierte Schweizerische Institut für Judikative (SifJ)⁷³ ist als Verein nach Schweizer Recht konstituiert und hat die Aufgabe, Funktion und Wirken der Dritten Gewalt vertieft wissenschaftlich zu untersuchen sowie öffentlich und für die Wissenschaft vermehrt zugänglich zu machen. Adressaten sind namentlich die Justiz, die Advokatur, die Öffentlichkeit, die Wissenschaft und die Politik. Das Institut verfolgt einen interdisziplinären Ansatz. Neben dem Fokus auf die Rechtswissenschaft sollen insbesondere auch politik- und sozialwissenschaftliche Aspekte sowie Elemente der Organisationslehre und der Ökonomie zum Zuge kommen.

Das Schweizerische Institut für Judikative organisiert insbesondere Tagungen sowie Webinare zu Justizthemen (wie beispielsweise zu KI in der Judikative) und hat ein Netzwerk von Expertinnen und Experten zu Justizfragen aufgebaut.

⁷¹ <http://www.esaha.ch/>.

⁷² <https://www.chstat.ch/>.

⁷³ <https://sifj.ch/>; vgl. auch STADELMANN/LIENHARD/SANDERS.

C. Schweizerische Richterakademie

Der Verein Schweizerische Richterakademie⁷⁴ ist im Juni 2007 mit Sitz in Luzern gegründet worden. Mitglieder der Richterakademie sind alle schweizerischen Rechtsfakultäten bzw. Universitäten, die Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter sowie die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter.

Die Richterinnen und Richter in der Schweiz haben zwar meistens eine solide juristische Grundausbildung. Hingegen verfügen sie nicht über eine spezifische Ausbildung für die gerichtliche Tätigkeit. Der Zweck des Vereins Schweizerische Richterakademie besteht deshalb darin, einen Zertifikatsstudiengang für angehende oder amtierende Richterinnen und Richter sowie Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber durchzuführen (Zertifikatsstudiengang «Judikative», CAS). Dieser ist auf die Vermittlung von Grundlagen für die richterliche Tätigkeit ausgerichtet. Die Abschlussarbeiten stellen oft praxisorientierte Forschungsbeiträge der Justizforschung dar und werden teilweise in der schweizerischen Richterzeitung oder in anderen Fachzeitschriften veröffentlicht.

D. Verein eJustice.CH

Der Verein eJustice.CH hat sich seit seinem Bestehen mit dem sich ungemein rasch verändernden Umfeld weiterentwickelt⁷⁵ und bewegte sich dadurch immer am Puls der aktuellen technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen. Seinen Ursprung hat er im «Verein Schweizerische Juristische Datenbank» (VSJDB), welcher am 23. Januar 1985 durch den Schweizerischen Anwaltsverband, den Schweizerischen Juristenverein sowie die Schweizerische Eidgenossenschaft gegründet wurde und zum Zweck hatte, auf nichtkommerzieller Basis gesamtschweizerisch eine juristische Datenbank einzuführen. Dieses Projekt wurde von der rasanten technologischen Entwicklung Ende des letzten Jahrhunderts überholt – die Institutionen des Bundes und der Kantone sowie viele private Anbieter boten schon sehr bald vielfältige Rechtsdaten im Internet an. An der Vereinsversammlung vom 13. November 1998 reagierte man durch eine erste Neuausrichtung auf die veränderte Ausgangslage: Der zum «Schweizerischen Verein für Rechtsinformatik» (SVRI) umbenannte Verein verschrieb sich neu der Förderung einer guten Versorgung des Publikums mit Rechtsdaten mittels elektronischer Publikation, indem er als Gesprächsforum aller am Markt der juristischen Informationen interessierten Kreise diente. Vor dem Hintergrund der immer rascher fortschreitenden Digitalisierung des Alltags, insbesondere der Einführung und Ausbreitung des elektronischen Rechts- und Behördenverkehrs, wurde der Vereinszweck an der 26. Generalversammlung vom 28. März 2011 ein weiteres Mal der aktuellen Entwicklung angepasst. Die neue Ausrichtung wird durch den neuen Namen «Verein eJustice.CH» verdeutlicht.

⁷⁴ <<https://www.unilu.ch/weiterbildung/rf/cas-judikative-richterakademie/>>.

⁷⁵ <<https://www.ejustice.ch/verein/>>.

Der Verein eJustice.CH organisiert nicht nur die Tagungen «Magglinger Rechtsinformatikseminar» (jährlich) und «Tagung für Informatik und Recht» (zweijährlich), sondern hat in der Vergangenheit auch Justizforschungsprojekte durchgeführt bzw. initiiert:

- Anonymisierung von Gerichtsurteilen;⁷⁶
- Vision für eJustice in der Schweiz;⁷⁷
- eJustice Barometer.⁷⁸

E. Obwaldner Institut für Justizforschung

Das 2022 gegründete Obwaldner Institut für Justizforschung an der Universität Luzern (IJF)⁷⁹ mit Sitz in Sarnen (Kanton Obwalden) ist als unabhängiges und eigenständiges Institut in der Form eines Vereins organisiert. Gemäss seinen Angaben betreibt das IJF einerseits eigene interdisziplinäre Grundlagenforschung und andererseits Auftragsforschung im Bereich der Justiz. Als konkrete Forschungsaktivität wird ein in Aussicht genommenes Projekt zum Verhältnis von KMU und zivilrechtlicher Justiz erwähnt.

VII. Schweizerische Gefässe für den Wissenstransport

Für den Wissenstransfer stehen der schweizerischen Justizforschung auch zwei spezifische schweizerische Publikationsgefässe zur Verfügung:

- Die schweizerische *Richterzeitung* «Justice – Justiz – Giustizia»⁸⁰ berichtet viermal im Jahr online über die Belange der Judikative inklusive der Strafuntersuchungsbehörden mit hauptsächlich schweizerischem Fokus. Sie informiert über alle Fragen des Justizverfassungsrechts und der Justizorganisation und ist Diskussionsforum für alle, die sich mit der Justiz befassen. «Justice – Justiz – Giustizia» ist offizielles Publikationsorgan der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR). Die Zeitschrift wurde im Jahr 2005 unter Mitwirkung von *Regina Kiener* gegründet.⁸¹ «Justice – Justiz – Giustizia» richtet sich in erster Linie an die Angehörigen der Judikative (Richterinnen und Richter, Laienrichterinnen und Laienrichter, Friedensrichterinnen und

⁷⁶ Siehe oben IV/B und <<https://www.ejustice.ch/project/anonymisierung-von-urteilen/>>.

⁷⁷ Siehe <<https://www.ejustice.ch/project/eine-vision-fuer-ejustice-in-der-schweiz/>>; für ein vollständiges Visionspapier siehe <https://www.ejustice.ch/wp-content/uploads/2022/06/Vision-eJustice_de.pdf>.

⁷⁸ In Zusammenarbeit mit ESEHA, siehe oben VI/A.

⁷⁹ <<https://www.institut-justizforschung.ch/>>.

⁸⁰ <<https://richterzeitung.weblaw.ch/rzissues/2023/4.html>>.

⁸¹ Siehe zur Gründung auch GASS/STADELMANN/ZAPPELLI/MOSIMANN/KIENER/COLLIARD.

Friedensrichter, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber), an die Angehörigen der Strafuntersuchungsbehörden (Staatsanwältinnen und Staatsanwälte), an die Angehörigen der Legislative und Exekutive des Bundes und der Kantone sowie an die Personen aus der Rechtswissenschaft (Professorinnen und Professoren, Assistierende und Studierende). Ein grosser Teil der Justizforschungstätigkeit in der Schweiz mündet in Publikationen in der Richterzeitung.

- Mit der *Schriftenreihe für Justizforschung*⁸² wurde 2013 auf Anregung aus dem Kompetenzzentrum für Public Management (KPM) der Universität Bern ein Gefäss für umfangreichere Publikationen geschaffen, beispielsweise Habilitationsschriften, Doktor- und Masterarbeiten, Forschungsberichte oder Tagungsbände. Die Publikation ist wahlweise in deutscher, französischer oder englischer Sprache möglich. Beteiligt sind die Verlage Stämpfli (Schweiz), Nomos (Deutschland) und der Verlag Österreich. Bis ins Jahr 2024 sind bereits 19 Bände erschienen.⁸³

VIII. Ausblick und Forschungsbedarf

A. Neuere Forschungsprojekte

1. Virtuelle Gerichtsverhandlungen

Am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern läuft gegenwärtig ein Dissertationsprojekt mit dem Arbeitstitel «Videoverhandlungen: Verfassungsrechtliche Anforderungen und verfahrensrechtliche Umsetzung». Das Ziel der Arbeit besteht im Wesentlichen darin, aus einer verfassungs- und organisationsrechtlichen Perspektive unter Berücksichtigung relevanter verfahrensrechtlicher Grundlagen die rechtlichen Anforderungen an Videoverhandlungen an Gerichten in der Schweiz zu erarbeiten und Anregungen für die Praxis herzuleiten. Dabei sollen die verschiedenen, sich teilweise entgegenstehenden Interessen angemessen gewürdigt und in ausgleichender Weise berücksichtigt werden.

2. Künstliche Intelligenz bei der richterlichen Entscheidungsfindung

Im Rahmen einer weiteren Dissertation im Bereich der Digitalisierung der Justiz am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern sollen Fragen zur Künstlichen Intelligenz (KI) in der Gerichtsbarkeit vertieft angegangen werden. Dabei sollen insbesondere vor dem Hinter-

⁸² Reihenherausgeber sind aktuell Prof. Dr. Andreas Lienhard (Universität Bern), Mag. Daniel Kettiger (Universität Bern), Prof. em. Dr. Yves Emery (Universität Lausanne), Prof. em. Dr. Philip Langbroek (Universität Utrecht), Univ.-Prof. Dr. Georg Lienbacher (Wirtschaftsuniversität Wien).

⁸³ <<https://staempflirecht.ch/reihe-schriftenreihe-zur-justizforschung>>.

grund internationaler Entwicklungen die spezifischen Grundlagen des schweizerischen Verfassungsrechts analysiert und Folgerungen für eine Umsetzung im subkonstitutionellen Verfahrens- und Organisationsrecht abgeleitet werden. Es handelt sich um ein laufendes Forschungsvorhaben.

3. Qualität von Gerichtsurteilen

Im Weiteren befasst sich ein Dissertationsprojekt am Kompetenzzentrum für Public Management (KPM) der Universität Bern mit der Qualität von Gerichtsurteilen. Im Kern geht es dabei um die Frage, was ein «gutes Urteil» ausmacht. Dabei steht weder die materielle Richtigkeit noch der verfahrensrechtliche Ablauf, sondern vielmehr das «Endprodukt» des Verfahrens im Vordergrund. Der Fokus soll dabei auf Urteile im öffentlichen Recht gelegt werden. Die Forschungsarbeiten sollen multidisziplinär angelegt sein und auch einen empirischen Teil beinhalten. Es handelt sich um ein laufendes Forschungsvorhaben.

4. Der Mensch in der digitalen Verwaltung

Das laufende Forschungsprojekt «Der Mensch in der digitalen Verwaltung» am Kompetenzzentrum für Public Management (KPM) der Universität Bern befasst sich mit den Auswirkungen der digitalen Transformation des Verwaltungsvorgangs auf Bürgerinnen und Bürger, Wirtschaft und Verwaltungsangestellte – insbesondere unter Einbezug der künstlichen Intelligenz (KI) – und zeigt verwaltungswissenschaftliche und rechtswissenschaftliche Grundlagen und Anforderungen auf.⁸⁴ Mittels interdisziplinärer Herangehensweise durch je eine Dissertation in Verwaltungs- und Rechtswissenschaften wird zunächst anhand theoretischer Grundlagen und empirischer Analysen der Stand der Digitalisierung im Verwaltungsvorgang erhoben. In einem nächsten Schritt werden durch vergleichende, dissertationsübergreifende Studien die Digitalisierungsstufen im Verwaltungsvorgang und deren potenzielle Auswirkungen ergründet und eine Beurteilung der entsprechenden Handlungsfelder vorgenommen. Das Projekt dauert voraussichtlich noch bis 2026.

B. Weiterer Forschungsbedarf

Beim Abschluss des Forschungsprojekts «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz»⁸⁵ wurde 2016 im Rahmen der Gesamtwürdigung künftiger Forschungsbedarf formuliert.⁸⁶ Teilweise war dieser identifizierte Forschungsbedarf ähnlich wie jener, den

⁸⁴ <https://www.kpm.unibe.ch/forschung/forschungsprojekte/mensch_in_der_digitalen_verwaltung/index_ger.html>.

⁸⁵ Siehe oben IV/A.

⁸⁶ Vgl. LIENHARD/KETTIGER, Gesamtwürdigung, S. 167 ff.

die EGPA Permanent Studygroup XVIII «Justice and Court Management» im Jahr 2019 festhielt.⁸⁷ Ein Teil dieser angedachten Forschung fand in der Zwischenzeit statt, so beispielsweise hinsichtlich der Justizräte in der Schweiz⁸⁸ oder hinsichtlich des Einsatzes von Fachrichterinnen und Fachrichtern.⁸⁹ Andere Forschungslücken sind noch ungedeckt, beispielsweise die Qualität in der Justiz oder die Rolle der Anwaltschaft. Ebenfalls noch immer offen sind Fragen der ökonomischen Auswirkungen der Gerichtstätigkeit.

In der Schweiz fehlen heute trotz der beschriebenen Justizforschungstätigkeiten noch immer umfassende und belastbare empirische Grundlagen zu den Schweizer Gerichten und zur Justiztätigkeit, insbesondere konzise und konsolidierte Statistiken. In den kommenden Jahren wird wohl aber vor allem die digitale Transformation der Justiz die Forschungsagenda prägen.

IX. Literaturverzeichnis

- AERSCHMANN STEPHAN, Von der Macht der Zahlen, Schriftenreihe zur Justizforschung Band 14, Bern 2017
- BRUNNER ARTHUR, Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Besetzung gerichtlicher Spruchkörper, ZBl 6/2021, S. 307 ff.
- Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.), Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Band I, Tübingen 1974 (zit. Bundesrechtsanwaltskammer, Band I)
- Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.), Tatsachen zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Band II, Tübingen 1974 (zit. Bundesrechtsanwaltskammer, Band II)
- BÜCHEL KONSTANTIN/KIENER REGINA/LIENHARD ANDREAS/ROLLER MARCUS, Automatisierte Spruchkörperbildung an Gerichten, Justice – Justiz – Giustizia 2021/4
- DEPRÉ ROGER/CONINGS VEERLE/HONDEGHEM ANNIE/DELVAUX DAVID/SCHOENAERS FRÉDÉRIC/MAESSCHALCK JEROEN, Etude de faisabilité de la mise en œuvres d'un instrument de mesure de la charge de travail destiné au siège, Bruxelles, Politique scientifique fédérale, 2007
- EPSTEIN FUCHS CHYNTHIA, Women in Law, New York 1993
- GASS STEFAN/STADELMANN THOMAS/ZAPPELLI PIERREE/MOSIMANN HANS-JAKOB/KIENER REGINA/COLLIARD ANNE, «Justice – Justiz – Giustizia» – Die Schweizer Richterzeitung, Justice – Justiz – Giustizia 2005/1
- GERTSCH GABRIEL, Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: eine quantitative Studie, ZBl 1/2021, S. 34 ff.
- GRIEBELING GERT, Die Arbeitszeit des Richters, DRiZ 1971, S. 228 ff.
- GROB LEONIE, Datenschutzrechtliche Aspekte bei der Veröffentlichung von Gerichtsurteilen in sekundären Entscheid-Datenbanken, Justice – Justiz – Giustizia, 2024/2

⁸⁷ Vgl. KETTIGER/LIENHARD/LANGBROEK/FABRI, S. 313 ff.

⁸⁸ Siehe oben IV/D/3.

⁸⁹ Siehe RÜEFLI.

- HASSELS ANGELA/HOMMERICH CHRISTOPH, Frauen in der Justiz – eine empirische Analyse der Berufssituation, Karriereverläufe und Karrierechancen von Richterinnen, Staatsanwältinnen und Rechtspflegerinnen, Köln 1993
- HÄNZI SYLVIA, Einführung des Staatsanwaltschaftsmodells im Kanton Bern, Systeme der Aufsicht und Wahl im Spannungsfeld der judikativen, legislativen und exekutiven Gewalt, Masterarbeit an der Universität Bern, Bern 2007
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt a.M. 2000
- HÜRLIMANN DANIEL, Publikation von Urteilen durch Gerichte, in: *sui generis* 2014
- HÜRLIMANN DANIEL/KETTIGER DANIEL, Zugänglichkeit zu Urteilen kantonaler Gerichte: Ergebnisse einer Befragung, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/2 (zit. HÜRLIMANN/KETTIGER, Zugänglichkeit)
- HÜRLIMANN DANIEL/KETTIGER DANIEL, Anonymisierung von Urteilen, Basel 2021 (zit. HÜRLIMANN/KETTIGER, Anonymisierung)
- KETTIGER DANIEL, Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz: Ausgangslage – Entwicklung – Thesen, in: Kettiger (Hrsg.), *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz – ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit*, SGVW Band 44, Bern 2003 (zit. KETTIGER, Verwaltungsführung)
- KETTIGER DANIEL, Personelle Ressourcen der Staatsanwaltschaft des Kantons Glarus, Bericht zu Händen des Regierungsrats vom 26. März 2013 (unveröffentlicht) (zit. KETTIGER, Ressourcen)
- KETTIGER DANIEL, Die aktuelle Bundesgerichtspraxis zur Sprachkörperbildung, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/4 (zit. KETTIGER, Bundesgerichtspraxis)
- KETTIGER DANIEL, Befragung der Regionalgerichte zur Geschäftslast, Ergebnisse, Bericht vom 12. April 2023 (unveröffentlicht) (zit. KETTIGER, Befragung)
- KETTIGER DANIEL/LIENHARD ANDREAS, The Position of the Public Prosecution Service in the New Swiss Criminal Justice Chain, in: Hondeghem/Rousseaux/Schoenaers (Hrsg.), *Modernisation of the Criminal Justice Chain and the Judicial System, Ius gentium: comparative perspectives on law justice: Vol. 50*, 2016
- KETTIGER DANIEL/LIENHARD ANDREAS/LANGBROEK PHILIP/FABRI MARCO, Court Management – A Young Field of Public Management, in: Ongaro Edoardo (Hrsg.), *Public Administration in Europe, Governance and Public Management*, Cham 2019
- KIENER REGINA, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001
- 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 2012
- KIENER REGINA/HENSELER DAVID, Anforderungen des Europarates und der OSZE an die Spruchkörperbildung in Gerichten, in: Hottelier Michel et al. (Hrsg.), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique*, Genf/Zürich/Basel 2019, S. 193 ff.
- LANGBROEK PHILIP/KLEINMAN MATTHEW, Backlog Reduction Programmes and Weighted Caseload Methods for South East Europe: Two Comparative Inquiries, Sarajewo, Regional Cooperation Council, 2016
- LIENHARD ANDREAS, Staatsrechtliche Rahmenbedingungen für die Umsetzung von NPM in den Gerichten, in: Kettiger (Hrsg.), *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz – ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit*, SGVW Band 44, Bern 2003 (zit. LIENHARD, Rahmenbedingungen)
- LIENHARD ANDREAS, Staats- und Verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Bern 2005 (zit. LIENHARD, Grundlagen)

- LIENHARD ANDREAS, Oberaufsicht und Justizmanagement, *Justice – Justiz – Giustizia* 2009/1 (zit. LIENHARD, Oberaufsicht)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Die organisatorische Einordnung der Staatsanwaltschaft in die kantonale Behördenstruktur, *Justice – Justiz – Giustizia* 2008/2 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Behördenstruktur)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Geschäftslastbewirtschaftung bei Gerichten: Methodik, Erfahrungen und Ergebnisse einer Studie bei den kantonalen Verwaltungs- und Sozialversicherungsgerichten, *ZBl* 8/2009, S. 413 ff. (zit. LIENHARD/KETTIGER, Geschäftslastbewirtschaftung)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Research on the caseload management of courts: methodological questions, *Utrecht Law Review*, 7(1), 2011, S. 66 ff. (zit. LIENHARD/KETTIGER, Research)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Justizforschung – Nationalfondsprojekt auf der Zielgerade, *Justice – Justiz – Giustizia* 2015/3 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Justizforschung)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz, *Justice – Justiz – Giustizia*, 2016/1 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Grundlagen guten Justizmanagements)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, 8. Gesamtwürdigung und Ausblick, in: Dies. (Hrsg.), *Justiz zwischen Management und Rechtsstaat*, Schriftenreihe zur Justizforschung Band 5, Bern 2016 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Gesamtwürdigung)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL (Hrsg.), *Justiz zwischen Management und Rechtsstaat*, Ergebnisse aus dem Forschungsprojekt «Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz», Schriftenreihe zur Justizforschung Band 5, Bern 2016 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Ergebnisse)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL (Hrsg.), *Innovation on European Caseflow Management in Courts*, Schriftenreihe zur Justizforschung Band 12, Bern 2018 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Innovation)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Geschäftslast der Gerichte im Kanton Basel-Landschaft, Universität Bern, 2021 (unveröffentlicht) (zit. LIENHARD/KETTIGER, Geschäftslast)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Court Decisions between Transparency and Privacy: a Report from an ongoing Swiss Research Project, *The Court Administrator*, Vol. 14, 2023, S. 23 ff. (zit. LIENHARD/KETTIGER, Court Decisions)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL, Geschäftslaststudien: Wie geht man mit kleinen Gerichten um?, *Justice – Justiz – Giustizia* 2023/3 (zit. LIENHARD/KETTIGER, Geschäftslaststudien)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL/EHRENZELLER BERNHARD/CAVALETI ULRICH, Geschäftslastbewirtschaftung am Bundesverwaltungsgericht: Schlussbericht, Universität Bern/Universität St. Gallen, 2011 (unveröffentlicht)
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL/USTER HANS PETER/WINKLER DANIELA, Geschäftslast sowie Aufbau- und Ablauforganisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft im Kanton Basel-Stadt, Schlussbericht vom 12. Februar 2015
- LIENHARD ANDREAS/KETTIGER DANIEL/WINKLER DANIELA, Stand des Justizmanagements in der Schweiz, Schriftenreihe zur Justizforschung Band 1, Bern 2013
- LUDEWIG REVITAL (Hrsg.), *Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwälten: Berufsschwierigkeiten und Bewältigungsstrategien*, Lachen 2006
- LUDEWIG REVITAL/WEISLEHNER KATHLEEN/ANGEHRN EVELYNE, Einleitung, in: Ludewig/Weislehner/Angehrn (Hrsg.), *Zwischen Recht und Gerechtigkeit – Richterinnen im Spiegel der Zeit*, Bern 2017
- MAIER PATRICK, *New Public Management in der Justiz*, Bern/Stuttgart/Wien 1999
- MARTIN ARNOLD, Schweizer Justizforschung – grosser Sprung nach vorn und neue Fragen, *ZBl* 2016/1, S. 1 f.
- METTLER CHRISTOPH, *Staatsanwaltschaft*, Basel/Genf/München 2000

- MOSIMANN HANS-JAKOB, Erfahrungen mit NPM am Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, in: Kettiger (Hrsg.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz – ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit, SGVW Band 44, Bern 2003
- MUNZ TANIA, Bericht über die EGPA-IASIA 2020 e-Conference, Justice – Justiz – Giustizia 2020/4 (zit. MUNZ, Bericht)
- MUNZ TANIA, Staatshaftung für mangelhafte Anonymisierung von Gerichtsurteilen, Justice – Justiz – Giustizia 2022/1 (zit. MUNZ, Staatshaftung)
- NYFFENEGGER ALEX/STÜRMER MATTHIAS/NIKLAUS JOEL, Anonymity at risk? Assessing Re-Identification Capabilities of Large Language Models, arXiv:2308.11103.v1 [cs.CL], 2023
- OCHSENBEIN NINA, Richterinnen an Schweizer Gerichten, Schriftenreihe zur Justizforschung Band 19, Bern 2021
- RACKLEY ERIKA, Women, Judging and the Judiciary, Oxon 2013
- REITER CATHRINE/MOSIMANN HANS-JAKOB, Der Belastungsausgleich zwischen Richterinnen und Richtern, in: Justice – Justiz – Giustizia 2021/2
- RIEDEL REINHARD, Improving Caseload and Workload Systems in Courts and Administrations: Special Types of First Instances Criminal Cases in Regional Courts in Germany, EGPA Policy Paper, 1/2017, Brussels, European Group for Public Administration (EGPA), 2017
- RÜEFLI ANNA, Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien, Schriftenreihe zur Justizforschung Band 15, Bern 2018
- SCHEDLER KUNO/PROELLER ISABELLA, New Public Management, 5. Aufl., Bern 2011
- SCHULTZ ULRIKE/SHAW GISELA, Preface, in: Schultz Ulrike/Shaw Gisela (Hrsg.), Gender and Judging, Oxford and Portland (Oregon) 2013
- SOUSA MARCOS/KETTIGER DANIEL/LIENHARD ANDREAS, E-justice in Switzerland and Brazil: Paths and Experiences, International Journal for Court Administration 13(2), 2022
- STADELMANN THOMAS, Geschäftslasten-Ausgleich – ein pragmatischer Lösungsbeitrag aus der Praxis, Justice – Justiz – Giustizia 2018/1
- STADELMANN THOMAS/LIENHARD ANDREAS/SANDERS ANNE, Gründung des Vereins «Schweizerisches Institut für Judikative», Justice – Justiz – Giustizia 2020/4
- THOM NORBERT/RITZ ADRIAN, Public Management: Innovative Konzepte zur Führung im öffentlichen Sektor, 4. Aufl., Wiesbaden 2008
- THURNHERR DANIELA, Spruchkörperbildung durch das Bundesverwaltungsgericht, Gutachten, Universität Basel, 2023
- WINKLER DANIELA, Fallgewichtung an schweizerischen Gerichten: Methodik von Studien der gewichteten Geschäftslast, Schriftenreihe zur Justizforschung Band 18, 2020

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-Beschwerdekommision	405
b.	Beschwerdekommision 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 aBV¹) 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 EMRK⁴ 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 fürsorglichen Freiheitsentziehung angerufen werden konnte, den Anforderungen an ein «Gericht» im Sinne von Art. 5 Ziff. 4 EMRK genüge.

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. 191c BV⁹) im St. Galler Kommentar eingehend mit der Frage des sachlichen Anwendungsbereichs dieser Garantie auseinandersetzen.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. 191c BV deckt sich mit demjenigen von Art. 30 BV (SCHINDLER/SCHULER/WYSS, St. Galler Komm. BV, Art. 191c N 2). Der Einfachheit halber wird nachfolgend immer nur von Art. 30 BV die Rede sein, Art. 191c 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. 191c 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. 29a 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 BGG¹⁶ 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. 29a 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 ZGB²⁰ 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 bundesrechtswidrig²¹ 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 beandete, 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 VwVG²⁷. 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 Universitätsvertrags³² 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 Beschwerdekommision 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 selbst³⁶ 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 Beschwerdekommisionen, 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-ZH⁴⁰).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 Baurekurskommission⁵¹ 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 Entschluss 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 universitätsinternen 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-Beschwerdekommision

Die ETH-Beschwerdekommision nahm ihre Tätigkeit per 1. Januar 2004 auf. Auf dieses Datum trat eine Teilrevision des ETH-Gesetzes in Kraft. Die neu geschaffene ETH-Beschwerdekommision 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-Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommision» handeln soll – als bewusste Ergänzung zum anschliessenden gerichtlichen Rechtsmittelweg.⁵⁸ Gewählt wurden die Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision ursprünglich vom ETH-Rat, also dem strategischen Aufsichts- und Führungsorgan der ETH selbst. Der ETH-Rat solle auch die Aufsicht über die Beschwerdekommision ausüben, allerdings nur administrativ und ohne Weisungsrecht. In der rechtsprechenden Tätigkeit solle die ETH-Beschwerdekommision unabhängig sein. Das Ziel war, dass die Beschwerdekommision «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-Gesetz⁶⁰). 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-Beschwerdekommision demnach um eine *hochschulinterne* Rekurskommision, 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-Beschwerdekommision zu lesen waren. «Um die richterliche Unabhängigkeit der Mitglieder der ETH-Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommision und bei anderen Geschäften, welche die Beschwerdekommision 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-Beschwerdekommision 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-Beschwerdekommision 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-Beschwerdekommision führte der gerichtliche Rechtsmittelweg bei Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 2004 noch an die ETH-Rekurskommision und in Personalangelegenheiten an die Eidgenössische Personalrekurskommision (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-Beschwerdekommision «unabhängiger» machen. Der Bundesrat selbst lehnte es ab, in Zukunft als Wahlbehörde zu fungieren und brachte vor, dass die ETH-Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommision 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-Beschwerdekommision 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-Beschwerdekommision in den erwähnten Medienberichten selbst von einem «Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit» gesprochen hatte und sich die ETH-Beschwerdekommision 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-Beschwerdekommision 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 Schiedskommisionen für das diese Kommissionen ablösende Bundesverwaltungsgericht übernehmen.

⁶⁵ AB 2001 S 913, Votum Schweizer; 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-Beschwerdekommision war im Parlament bei der Beratung der ETH-Gesetzesrevision aber kein Thema.⁶⁸ Aufgrund der personellen Verflechtung genügt die ETH-Beschwerdekommision 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. Beschwerdekommision der FHNW

Nicht restlos klar war der gesetzgeberische Wille auch bei der Schaffung der Beschwerdekommision der FHNW. Ihre Entscheidungen können gemäss § 33 Abs. 6 des FHNW-Staatsvertrags⁷⁰ an das Aargauer Verwaltungsgericht weitergezogen werden, sodass die Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommision nur, dass die «externe Beschwerdekommision» «[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 Bodenverbesserungskommision).

⁶⁸ Gewisse Unvereinbarkeiten ergeben sich erst aus der vom Bundesrat erlassenen Verordnung (vgl. Art. 5 der Verordnung vom 1. Oktober 2021 über die ETH-Beschwerdekommision [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 Beschwerdekommision revidiert wurde, äusserte sich die Botschaft nicht klar dazu. Vor der Revision hatte die Beschwerdekommision in Examenssachen auf kantonalen 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 Beschwerdekommision 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-AG⁷⁴) 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 Beschwerdekommision der FHNW – entgegen deren Eigenwahrnehmung – nicht um eine Verwaltungsjustizbehörde handle.⁷⁵

Zunächst strich das Verwaltungsgericht hervor, dass es einer Qualifikation als Gericht nicht entgegenstehe, dass die Beschwerdekommision von den Kantonsregierungen gewählt wird. Für sich ebenfalls nicht entscheidend sei, dass die Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommision gegenüber den Organen der Fachschule nicht hinreichend absichere. In der Tat wird der Begriff der Unabhängigkeit in der Staatsvertragsbestimmung zur Beschwerdekommision nicht einmal erwähnt (vgl. § 33 des FHNW-Staatsvertrags). Es sind auch keine Unvereinbarkeiten vorgesehen, sodass der Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommision je im kantonalen Bildungsdepartement angestellt waren. Nicht zuletzt würdigte das Verwaltungsgericht auch den Aussenauftritt der Beschwerdekommision bzw. den Umstand, dass sich die Beschwerdekommision auf ihrer Website gegenüber der (Schul-) Öffentlichkeit als eine «Organisationseinheit» der FHNW präsentierte.⁷⁷

Botschaft Staatsvertrag FHNW 2011 (S. 5) fest, dass die Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommision 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-Beschwerdekommision). 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. 191c 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 ist⁸⁴ und ob das Gesetz Unvereinbarkeiten vorsieht. Zu fragen ist auch, ob die wesentlichen Organisations- und Verfahrensbestimmungen in einem Gesetz im formellen Sinn verankert sind⁸⁵ 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 Verordnung⁸⁷, 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. 191c 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 Militärstraßprozess⁹¹ vorgesehene Untersuchungsrichter 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 Stadtrichteramt 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 BV⁹⁴) 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 Militärstraßprozess vom 23. März 1979 (MStP; SR 322.1).

⁹² Vgl. SCHINDLER/SCHULER/WYSS, St. Galler Komm. BV, Art. 191c 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 Bundesgericht¹⁰¹ (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 Beschwerdekommision 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 Beschwerdekommisionen 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 Entscheidungsträgern 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)

The Kosovo Specialist Chambers' Independence

*Catherine Reiter**

Table of Contents

I.	Introduction	417
II.	Background and Jurisdiction	418
III.	Organization of the Specialist Chambers	419
A.	Applicable Law	419
B.	Institutional Independence	420
1.	International Organizations	420
2.	Contributing States	421
3.	Kosovo	421
4.	SPO	422
C.	Personal Independence	423
1.	President	423
2.	Other Judges	424
3.	Legal Support Staff	425
4.	Ombudsperson	426
5.	Parties	426
IV.	Concluding Remarks	427
V.	Literature	428

I. Introduction

On June 24, 2020, five years after its establishment, the Kosovo Specialist Prosecutor's Office (SPO) announced its first indictment, the one against Hashim Thaçi, Kosovo's President at the time, Kadri Veseli, formerly Chairman of the Assembly of the Republic of Kosovo, and other defendants.¹ They were charged with war crimes and crimes against humanity, including murder, enforced disappearances, persecution, and torture.² Allegedly,

* PD Dr. iur., Rechtsanwältin. Nebenamtliche Bundesrichterin und nebenamtliche Richterin am Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen. Ich danke Rechtsanwältin MLaw Charlotte Weinekötter für ihre Recherchen/Vorarbeiten.

¹ KSC & SPO, Press Statement, 24 June 2020 (available on <<https://www.scp-ks.org/en/press-statement>>).

² Ibid. For more information relating to disappearances see CITRONI.

their crimes involved hundreds of known victims of Albanian (political opponents), Serb, Roma, and other ethnicities.³ Further indictments followed.⁴ On 5 May 2021, the Kosovo Specialist Chambers' (KSC) President, Ekaterina Trendafilova, assigned judges to the first Trial Panel since the KSC's establishment.⁵ Such encouraging news was overshadowed by a notice of the Specialist Prosecutor according to which there had been «repeated efforts by Hashim Thaçi and Kadri Veseli to obstruct and undermine» the KSC's work.⁶

This begs the question as to whether judicial independence is effectively safeguarded by the law applicable to the KSC's organization. Based on the following summary of the events leading to the KSC's establishment and overview of the KSC's jurisdiction, this contribution seeks to describe, analyze, and evaluate the law applicable to the KSC's organization⁷ as far as it is relevant to protecting judicial independence.⁸

II. Background and Jurisdiction

In 2008, the former Chief Prosecutor to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Carla Del Ponte, published her memoirs, sparking international controversy, because she claimed to have found evidence that in the aftermath of the North Atlantic Treaty Organization's humanitarian intervention in Kosovo in 1999, a group of approximately 300 ethnic Serbs had been transported from Kosovo to Albania by ethnic Albanians and had disappeared and, in some cases, been subject to organ-harvesting.⁹ She alleged that these acts had taken place with the knowledge and active involvement of middle- and high-ranking members of the Kosovo Liberation Army, who held key positions of political and economic power in Kosovo when her memoirs were published.¹⁰ Following the resulting controversy, the Council of Europe's Committee on Legal Affairs and Human Rights appointed Special Rapporteur Dick Marty to ascertain the veracity of Del Ponte's claims; his report reinforced

³ KSC & SPO, Press Statement, 24 June 2020 (*supra* note 1).

⁴ KSC & SPO, Cases (available on <<https://www.scp-ks.org/en/cases>>).

⁵ KSC & SPO, President Assigns Trial Panel I to Mustafa Case 5 May 2021 (available on <<https://www.scp-ks.org/en/president-assigns-trial-panel-i-mustafa-case>>).

⁶ KSC & SPO, Press Statement, 24 June 2020 (*supra* note 1).

⁷ Issues of co-operation, etc. are considered procedural rather than organizational. For information on co-operation consult Art. 4(2) and Art. 55–59 Law No. 05/L-53; CROSS, pp. 91–98; WILLIAMS, pp. 46–50.

⁸ This publication does not seek to resolve issues such as whether the KSC are hybrid or internationalized courts, etc. (see CROSS, pp. 81–89).

⁹ Swissinfo, Allegations by former war crimes prosecutor Carla Del Ponte of organ trafficking in Kosovo and Albania must be fully investigated, says a Swiss ex-parliamentarian, 17 April 2008 (available on <<https://www.swissinfo.ch/eng/organ-harvesting-claims-spark-controversy/6591670>>); DEL PONTE/SUDETIC, p. 277.

¹⁰ CROSS, p. 77; WILLIAMS, p. 35.

her allegations and called for a serious, independent criminal investigation.¹¹ In September 2011, the Special Investigative Task Force (SITF) was established.¹² On 29 July 2014, it announced that it had gathered sufficient evidence to file an indictment.¹³ In light of several factors, it was agreed that Kosovo should provide the legal basis for judicial procedures before an adequate institution.¹⁴ On 3 August 2015, the Assembly of the Republic of Kosovo amended Kosovo's Constitution (Constitution), subsequently adopted the Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office (Law No. 05/L-53), which entered into force on 14 September 2015, and thereby established the KSC and SPO.¹⁵

The KSC are competent to adjudicate international and transborder crimes pursuant to Art. 6 Law No. 05/L-53¹⁶ which occurred from 1 January 1998 to 31 December 2000 (during and after the armed conflict) and were commenced or committed either by Kosovo/Federal Republic of Yugoslavia (FRY) citizens on the territory of Kosovo or against Kosovo/FRY citizens anywhere (Art. 7-9 Law No. 05/L-53).¹⁷

III. Organization of the Specialist Chambers

A. Applicable Law

The KSC's organization is mainly defined by Law No. 05/L-53 and the Rules of Procedure and Evidence Before the Kosovo Specialist Chambers, adopted on 17 March 2017, revised on 29 May 2017, amended on 29 and 30 April 2020, including Rules of Procedure for the Specialist Chamber of the Constitutional Court, adopted and entered into force on 21 July 2017, amended on 13 March 2020 (Rules of Procedure / Rules of Procedure for the Consti-

¹¹ See Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, AS/Jur (2010) 46, Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo, Report by Dick Marty, 12 December 2010, paras. 2 and 19.5.3 (available on <http://www.assembly.coe.int/committeedocs/2010/ajdoc462010prov.pdf>); CIMIOTTA, pp. 55–56; CROSS, p. 77; MUHARREMI, pp. 970–971.

¹² KSC & SPO, Background (available on <https://www.scp-ks.org/en/background>); CIMIOTTA, p. 56; CROSS, p. 78; MUHARREMI, p. 972.

¹³ KSC & SPO, Background (supra note 12); CROSS, p. 80; HOLVOET, pp. 39–40; WILLIAMS, p. 38.

¹⁴ KSC & SPO, Background (supra note 12); CIMIOTTA, p. 57; CROSS, p. 78; HOLVOET, p. 40; MUHARREMI, p. 972; KARNAVAS, p. 80.

¹⁵ Law on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office, 3 August 2015 (available on https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/05-l-053_a.pdf); Republic of Kosovo, Amendment no. 24 of the Constitution (available on https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/amendment_of_the_constitution_no_24.pdf); CROSS, pp. 74 and 81; HOLVOET, pp. 37 and 46; MUHARREMI, p. 968.

¹⁶ Art. 12–15 Law No. 05/L-53 and YANEV, p. 102, etc. provide further information.

¹⁷ MEISENBERG, p. 746. For additional information relating to the KSC's jurisdiction see CROSS, pp. 87–89; WILLIAMS, pp. 39–46.

tutional Court).¹⁸ Law No. 05/L-53 prevails over any contradicting Kosovar law relating to the organization of the Kosovar judiciary (see Art. 3[4] Law No. 05/L-53), whether stipulated in this law or in applicable rules of procedure. Kosovar law not expressly mentioned in Law No. 05/L-53 does not apply to the KSC's organization (Art. 3[4] Law No. 05/L-53). When applying organizational norms, (customary) international (human rights) law and the Constitution must be taken into account (Art. 3[2] Law No. 05/L-53).¹⁹

B. Institutional Independence

While the KSC and SPO have full legal and juridical personality (Art. 4[1] Law No. 05/L-53) and the necessary powers and mandate for their operation as well as in relation to the management of any residual matters after finalization of the mandate (Art. 162[4] Constitution),²⁰ these aspects are limited to some extent, not only by the Constitution (e.g., Art. 162[5] Constitution) but also by other legal provisions, whether intentionally or not. The following considerations deal with such limitations provided they seem relevant to the KSC's independence.

1. International Organizations

After recommendation by an independent selection panel responsible for the assessment of judicial candidates (Art. 28[1 and 3] Law No. 05/L-53),²¹ KSC's judges are appointed by the «Appointing Authority»: the Head of EU Common Security and Defence Policy Mission (Art. 28 [3] Law No. 05/L-53), who is also the Head of the European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX) (as long as the mission is active).²² This also applies to the KSC's President (Art. 28 [1] and Art. 32[1] Law No. 05/L-53). Whether and/or how often the appointing authority deviates from the selection panel's recommendations in practice, is unclear. Given the European Union's (EU) and the United States of America's (US) political interest in Kosovo,²³ it cannot be excluded that the appointing authority may disregard recommendations (which consider competency, impartiality etc. [Art. 27[1] Law No. 05/L-53) for political reasons. The law does not foresee check and balance mechanisms to counteract this risk.

¹⁸ Rules of Procedure and Evidence before the Kosovo Specialist Chambers including Rules of Procedure for the Specialist Chamber of the Constitutional Court, 2 June 2020 (available on <<https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/ksc-bd-03-rev3-rulesofprocedureandevidence.pdf>>).

¹⁹ This norm also refers to the functioning of the KSC.

²⁰ MUHARREMI, p. 986.

²¹ See Art. 28(2) Law No. 05/L-53 regarding the composition of the selection panel.

²² CIMIOTTA, p. 58.

²³ HOLVOET, p. 46.

2. Contributing States

The KSC are not funded by Kosovo (Art. 63[1] Law No. 05/L-53) but instead rely on funding by the EU²⁴ and other contributing States (Canada, Norway, Switzerland, Turkey, and the US).²⁵ Budgetary constraints imposed by contributing States may jeopardize judicial independence. However, the same applies to any judiciary as judiciaries are typically not self-sufficient when it comes to finances. This is considered a problem that requires at least a separate budget.²⁶ The KSC share their budget with the SPO (only) (Art. 63 [1] Law No. 05/L-53).²⁷

The selection panel (Art. 28 Law No. 05/L-53) significantly impacts the appointment of judges (all of them are «international»²⁸ judges).²⁹ While the panel is legally obliged to consider objective criteria (experience in criminal, international, and constitutional law; extensive judicial, prosecutorial or defence experience) when assessing applicants (Art. 27 Law No. 05/L-53), the law does not seem to provide any information on how the panel's members are elected or appointed and merely indicates that at least two of them must be international members with substantial international criminal experience.³⁰ Irrespective of the fact that the (political) independence of selection panel members is of utmost importance to the KSC's institutional independence and that of KSC judges,³¹ suitable measures to ensure an independent, politically neutral selection panel do not appear to have been implemented.

3. Kosovo

According to Art. 1[2], Art. 3(1) and 24(1a) Law No. 05/L-53, the KSC are essentially chambers attached to all levels of the Kosovar judiciary (Basic Court of Pristina, Court of Appeals, Supreme Court, Constitutional Court) which are specifically dedicated to the KSC's jurisdiction.³² The KSC were integrated into the pre-existing Kosovar judiciary (Art. 162[1] Constitution) so that they would not be considered «extraordinary»,³³ but shall

²⁴ It marks the EU's first engagement as the primary international sponsor of a court with jurisdiction over violations of international criminal law, which may represent a step towards a regional approach to internationalized justice (CROSS, pp. 74–75).

²⁵ HEINZE, pp. 987–988; MEISENBERG, p. 746; MUHARREMI, p. 987.

²⁶ Consultative Council of European Judges, Opinion no.10(2007), Strasbourg, 21–23 November 2007, para. 38 (available on <<https://rm.coe.int/168074779b>>).

²⁷ MUHARREMI, p. 987.

²⁸ CROSS, pp. 83–84; WILLIAMS, p. 35.

²⁹ See Chapter «Contributing States».

³⁰ CIMIOTTA, p. 58; HEINZE, p. 987.

³¹ Hybrid Justice Project, Dakar Guidelines on the Establishment of Hybrid Courts, 2019, p. 28 (available on <<https://hybridjustice.com/dakar-guidelines/>>).

³² CIMIOTTA, p. 57; HEINZE, p. 987.

³³ WILLIAMS, p. 33.

be independent from the Kosovar judiciary in the exercise of their functions (see Art. 3[1] Law No. 05/L-53).

Within the Kosovar jurisdiction, the KSC have primacy over all other courts (Art. 53 Law No. 05/L-53) as far as matters within their jurisdiction are concerned.³⁴ But it cannot assert primacy over constitutional matters for example, because the Constitution recognizes the Constitutional Court to act as the final authority for the interpretation and the compliance of laws with the Constitution.³⁵ And the binding nature of the Constitutional Court's decisions and judgments includes judges of specialized courts established pursuant to Art. 103(7) Constitution and all persons and institutions within Kosovo (Art. 116[1] Constitution).³⁶ The same applies *mutatis mutandis* to the Supreme Court of Kosovo.³⁷

To ensure the KSC's independence, it was crucial to insulate them from possible interference from other arms of the judiciary such as the Constitutional Court in so far as possible.³⁸ It is doubtful whether more could have been done than is currently the case (separation and internationalization; this has not been seen elsewhere).³⁹

4. SPO

According to Art. 24(2) and Art. 35(5) Law No. 05/L-53, the SPO is independent from the KSC.⁴⁰ However, the KSC and SPO (as well as Registry, Defense Counsels and Victims' Counsels) share the same buildings – their offices are located at the same address in The Hague.⁴¹ While this is a source of concern when it comes to the KSC's *de facto* independence, it does not concern the legal basis.

The Registrar oversees all judicial support services and ensures all adequate legal and operational support is provided to the KSC and the SPO (see Art. 34[1] Law No. 05/L-53).⁴² A shared registry should not pose a threat to judicial independence.

³⁴ WILLIAMS, p. 34.

³⁵ WILLIAMS, pp. 33–34.

³⁶ WILLIAMS, p. 34.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. The Ombudsperson and the SPO are dealt with separately.

⁴⁰ Rule 12(1) Rules of Procedure.

⁴¹ KSC & SPO, KSC, Visits to KSC, Outreach (available on <<https://www.scp-ks.org/en/ksc-outreach/visits-ksc>>).

⁴² KSC & SPO, Specialist Chambers, Registry (available on <<https://www.scp-ks.org/en/specialist-chambers/registry>>).

C. Personal Independence

According to Art. 27 (1) and Art. 31(1) Law No. 05/L-53 KSC judges shall be independent in the performance of their function and shall not accept or seek instructions from any government or source. This chapter seeks to identify potential obstacles in the applicable law when it comes to judges' personal independence.

1. President

Pursuant to the law, the President serves on a full-time basis during a renewable four-year term (Art. 30 [4] Law No. 05/L-53), while other judges are appointed to a roster (Art. 26 Law No. 05/L-53) from which they *may* be assigned to court proceedings for a term of four years (the term ends prior to this, if the phase to which a judge was assigned [pre-trial phase for example] is completed before the end of the term) (see Art. 30[3] Law No. 05/L-53).⁴³ The (*ad litem*) judges from the roster shall be present at the KSC' seat only when deemed necessary by the President (Art. 26 [2] Law No. 05/L-53).⁴⁴

The President is responsible for the KSC' administration and management and panel composition (assigning judges to panels),⁴⁵ further presides over any Supreme Court Panel of which (s)he is a member,⁴⁶ and presides the committee responsible for practice directives relating to the Rules of Procedure⁴⁷ (Art. 32[3] Law No. 05/L-53). Moreover, the President represents the KSC when the KSC and SPO enter into arrangements with States, international organizations, etc. (Art. 4[3] Law No. 05/L-53).⁴⁸

As far as case allocation is concerned, international law does not provide explicit requirements, but it is internationally recognized best practice, derived from the right of any person to a lawful judge, to ensure, to the extent possible,⁴⁹ that case allocation is based on clearly defined and published objective criteria and thus neutral.⁵⁰ According to the Rules on the Assignment of Specialist Chambers Judges from the Roster of International Judges adopted on 14 March 2017 (Rules on the Assignment),⁵¹ all judges shall keep the President informed

⁴³ CIMIOTTA, p. 58.

⁴⁴ CIMIOTTA, p. 58; HEINZE, p. 988. According to CIMIOTTA, this is essentially justified by security and/or financial concerns.

⁴⁵ Art. 33(1) Law No. 05/L-53; Rule 13(1c) Rules of Procedure; MUHARREMI, p. 982. This includes assigning the Reserve Judge (Rule 19[3] Rules of Procedure).

⁴⁶ Rule 15(1)(1) Rules of Procedure.

⁴⁷ Rule 7(1)(1) Rules of Procedure.

⁴⁸ Rule 13(1e) Rules of Procedure.

⁴⁹ Concerning the limits see EISENBERG/FISHER/ROSEN-ZVI.

⁵⁰ Instead of many more REITER, p. 229.

⁵¹ KSC, KSC-BD-02/1 of 3, Renumbered on 02/06/2017 as per revised numbering convention (available on <https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/ksc-bd-02_rulesonassignment.pdf>).

about any engagement, activity or any other issue that may affect their future assignment to specific proceedings (Rule 3[3] Rules on the Assignment). They also require the President to issue a public decision on the assignment, which shall set out the criteria for the assignment and which is not subject to judicial review (Rule 3[4] Rules on the Assignment). In line with international best practice criteria, they further require the process to be objective and transparent (Rule 4[1] Rules on the Assignment) and provide examples of objective criteria for an assignment (experience/expertise, seniority, gender, geographical representation, availability and preferences of individual judges; Rule 4[2] Rules on the Assignment). Previous activities of a judge that might cast doubt on his or her impartiality or affect the integrity of the specific proceedings shall be taken into account by the President (Rule 4[3] Rules on the Assignment). The same applies to re-allocation when a judge is incapacitated, has to recuse her-/himself, etc. (Rule 5 Rules on the Assignment), although it is not specifically mentioned. The rules are published (Rule 6 Rules on the Assignment).

While the Rules on the Assignment mention objective criteria, it is not clear how these criteria are weighed, which criteria potentially dominate others. Furthermore, some criteria are subjective rather than objective (preference of individual judges). Thus, case allocation is neither strict nor foreseeable and provides the President with significant discretion. However, it must be born in mind that strict and foreseeable rules on case allocation may not be feasible in international criminal law, particularly in settings requiring a lot of flexibility due to a very limited number of full-time judges.

The President's powers are extensive. This may result in a significant informal hierarchy between the President and other judges. While the law guarantees the latter's independence by stipulating that the President may not interfere with their jurisprudence (Art. 31[1] Law No. 05/L-53), an informal hierarchy between them and the President may render it challenging to implement this provision in practice.⁵²

2. Other Judges

Judges may sit in panels of three judges (with a reserve judge) or act individually (pre-trial, trial panel in case of Art. 15[2] Law No. 05/L-53 crimes which are not classified as serious crimes according to Art. 22 of the Kosovo Criminal Procedure Code Law No. 04/L-123) (Art. 25 Law No. 05/L-53).⁵³

To the extent possible, all judges other than the President seem to enjoy the same status. Rule 15(1)[1] Rules of Procedure/Rule 7(1) Rules of Procedure for the Constitutional Court do not adversely impact their equality, although these norms provide that the Presiding Judge of a panel is elected by the majority of judges on that panel (with the exception of Supreme Court panels, which are always presided by the President, as indicated above).

⁵² More details about informal hierarchies in general REITER/STADELMANN.

⁵³ CIMIOTTA, p. 58.

While it may seem questionable whether this mechanism effectively prevents informal hierarchies, as judges may be inclined to re-elect the judge who – owing to her/his competency or other factors – is on top of the informal hierarchy pyramid already, this risk is somewhat averted by Rule 17 Rules of Procedure/Rule 7(2) Rules of Procedure for the Constitutional Court, according to which the Presiding Judge, in consultation with the others, may designate a Judge Rapporteur. It seems therefore just as likely that the most competent judge will be assigned the role of a judge rapporteur and that all judges alike will be equally interested in ensuring some balance when it comes to their workload. However, in order to prevent informal hierarchies even further, adequate rotations of special roles (Presiding Judge and Judge Rapporteur) seem better suited though.⁵⁴

Informal hierarchies due to differences in experience and knowledge (competence) or personality (some judges may be more vocal or domineering than others) between other panel members cannot be avoided completely. However, the law could prevent some informal hierarchies (e.g., due to a present or previous private or working relationship). This issue is not addressed by the law.

Although it seems problematic that the absolute majority of judges may dismiss a judge, if he or she has ceased to fulfil the requirements of Art. 27 and 31 Law No. 05/L-53, this stipulation is unlikely to be abused in practice, as such abuse could potentially affect every judge. However, one could consider a qualified majority instead of an absolute majority in order to further reduce the likelihood of abuse, as it is foreseen by Rule 7 of the European Court of Human Rights' Rules of Court.⁵⁵ A qualified majority could somewhat offset the fact that the requirements enshrined in Art. 27 and 31 Law No. 05/L-53 are rather vague.⁵⁶

3. Legal Support Staff

De iure, de KSC' legal support staff (legal officers, etc.) do not have a consultative voice («beratende Stimme») or any other potential influence upon judicial independence. *De facto*, this may be different. To facilitate an adequate assessment regarding judicial independence, it might be advisable for legal norms to clearly define the role of legal support staff.

⁵⁴ REITER, pp. 246–247.

⁵⁵ European Court of Human Rights, Rules of Court, 30 October 2023 (available on <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Rules_Court_ENG>).

⁵⁶ Dismissal is also possible in case of serious misconduct clearly defined in Art. 13 of the KSC' Code of Judicial Ethics for Judges Appointed to the Roster of International Judges of the Kosovo Specialist Chambers adopted on 14 March 2017 amended on 24 March 2023 (available on <https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/documents/ksc-bd-01-rev1_code_of_judicial_ethics.pdf>).

4. Ombudsperson

According to Art. 162(10) Constitution, the KSC's oversight is regulated by Law No. 05/L-53 and an Ombudsperson with exclusive responsibility for the KSC (and the SPO, but not the ordinary Kosovar judiciary) shall be appointed. The Office of the Ombudsperson is part of the Registry (Art. 24 [1b] Law No. 05/L-53).⁵⁷ The (independent) Ombudsperson monitors, defends and protects fundamental rights and freedoms of persons interacting with the KSC (Rule 28 Rules of Procedure).⁵⁸ The Office of the Ombudsperson is not designed to intervene in cases pending before the KSC, except in cases of «unreasonable delay» (Rule 29[1][1] Rules of Procedure). The confines of the term «unreasonable delay» are very difficult to foresee. The Ombudsperson may be inclined to interpret this term extensively and exert pressure upon judges based on its own notion of the term, which may or may not conform with standard international legal practice. Legal remedies could provide reasonable alternatives to this institution, although these may prolong proceedings even more.

5. Parties

Judges on the roster naturally pursue other professional activities. However, they shall not engage in any activity likely to interfere with their judicial functions or to affect confidence in their independence (Art. 31[2] Law No. 05/L-53).

Once assigned pursuant to Article 30(3), judges shall not engage in any other occupation of a professional nature (Art. 31[3] Law No. 05/L-53). This provision does not only ensure judges' dedication to duty, but also prevents multiple potential conflicts of interest arising from multiple engagements in The Hague.

Procedural norms relating to recusals/disqualifications of judges (Rule 20 Rules of Procedure/Rule 9 Rules of Procedure for the Constitutional Court) complement these organizational norms to ensure judicial independence.

These aspects conform with international best practices, but could be complemented by legal norms relating to judges' relationships with other judges within the KSC or with prosecutors (SPO) and non-remunerated private activities (publications, memberships in political parties and associations etc.) which may impact their independence.⁵⁹

⁵⁷ CIMIOTTA, p. 59.

⁵⁸ KSC & SPO, Office of the Ombudsperson, Factsheet (available on <https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/content/ksc_ombudsperson-eng.pdf>).

⁵⁹ Concerning such aspects, see REITER, pp. 187–200.

IV. Concluding Remarks

It is essential that legal norms regulating a court's organization provide for adequate protection from any kind of pressure. This is exceptionally important in case of a court with jurisdiction over suspects with a track history of trying to obstruct and undermine a court's work, intimidating witnesses, etc.⁶⁰

Although the KSC are not an international criminal tribunal⁶¹ and *inter alia* aim at introducing new structural and normative elements into the Kosovar legal system,⁶² which warrants political recognition in Kosovo, the above certainly applies to them just as much as it does to other court and tribunals.

Generally, the norms applicable to the KSC's organization do safeguard judicial independence. However, there seems to be room for improvement regarding the following aspects:

- The process of how judges are selected could be more transparent. The KSC's success largely depends on judges' personal distance from problematic Kosovar structures. This may require additional checks and balances.
- Informal hierarchies should be prevented more unwaveringly, specifically concerning the President, but also other special functions such as that of a Presiding Judge and a Judge Rapporteur. Norms could stipulate fixed non-renewable terms or otherwise ensure adequate rotation of such functions.
- Without norms clearly defining the role of legal support staff and without in-depth knowledge of the *de facto* situation (number of support staff working for each judge, etc.) it is impossible to adequately assess their impact on judicial independence. Norms regulating their rights and obligations could shed some light on this issue.
- Further, it should be considered whether the Ombudsperson needs to interfere with proceedings in cases of undue delay or whether legal remedies, etc. should be foreseen to ensure expeditious proceedings.
- Lastly, certain aspects of judges' relationships with each other and with prosecutors (SPO) and personal activities may be detrimental to their independence and could be regulated by law.

⁶⁰ See the KSC's obstruction cases and the KSC's references to the persistent climate of witness intimidation (e.g., KSC, KSC-BC-2020-07/KSC-CA-2022-01/KSC-SC-2023-01, available on <<https://www.scp-ks.org/en/cases/hysni-gucati-nasim-haradinaj/en>>) and Council of Europe, Committee on Legal Affairs and Human Rights, AS/Jur (2010) 46, Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo, Report by Dick Marty, 12 December 2010, para. 26 (supra note 9); HOLVOET, p. 45; WILLIAMS, p. 36.

⁶¹ MUHARREMI, p. 988–992, elaborates on the details of this distinction and the difficulties associated therewith.

⁶² CIMIOTTA, p. 62, for mixed/hybrid criminal tribunals in general.

The above considerations and conclusions demonstrate that there is some room for adjustment of the current system from an organizational point of view. Such adjustments should be made prior to a final assessment regarding the possibility of delivering fair and impartial justice without an international or a fully internationalized mechanism.⁶³

V. Literature

- CIMIOTTA EMANUELE, The Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor's Office in Kosovo: The «Regionalization» of International Criminal Justice in Context, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016), pp. 53–72
- CITRONI GABRIELLA, The Specialist Chambers of Kosovo, The Applicable Law and the Special Challenges Related to the Crime of Enforced Disappearance, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016), pp. 123–143
- CROSS MATTHEW E., Equipping the Specialist Chambers of Kosovo to Try Transnational Crimes: Remarks on Independence and Cooperation, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016), pp. 73–100
- DEL PONTE CARLA/SUDETIC CHUCK, *Madame Prosecutor: Confrontations with Humanity's Worst War Criminals and the Culture of Impunity*, New York, 2008
- EISENBERG THEODORE/FISHER TALIA/ROSEN-ZVI ISSI, Does the Judge Matter? Exploiting Random Assignment on a Court of Last Resort to Assess Judge and Case Selection Effects, *Journal of Empirical Legal Studies* 9 (2012), pp. 246–290
- HEINZE ALEXANDER, The Kosovo Specialist Chambers' Rules of Procedure and Evidence, A Diamond Made Under Pressure?, *Journal of International Criminal Justice* 15 (2017), pp. 985–1009
- HOLVOET MATHIAS, The Continuing Relevance of the Hybrid or Internationalized Justice Model: The Example of the Kosovo Specialist Chambers, *Criminal Law Forum* 18 (2017), pp. 35–73
- MEISENBERG SIMON M., Die Verfahrens- und Beweisregeln der Kosovo Specialist Chambers, *ZIS* 12/2017, pp. 746–754
- MERON THEODOR, Judicial independence and impartiality in international criminal tribunals, *American Journal of International Law* 99 (2005), pp. 359–369
- MUHARREMI ROBERT, The Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office, *ZaöRV* 76 (2016), pp. 967–992
- KARNAVAS MICHAEL G., The Kosovo Specialist Chambers' Rules of Procedure and Evidence: More of the Same Hybridity with Added Prosecutorial Transparency, *International Criminal Law Review* 20 (2020), pp. 77–124
- REITER CATHERINE, *Gerichtsinterne Organisation: Best Practices*, Diss., Zürich 2015
- REITER CATHERINE/STADELMANN THOMAS, Informelle Hierarchien in der Justiz, «Justice – Justiz – Giustizia» 2021/3
- WILLIAMS SARAH, The Specialist Chambers of Kosovo: The Limits of Internationalization?, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016), pp. 25–51
- YANEV LAZECHAR, Co-Perpetration Responsibility in the Kosovo Specialist Chambers, Staying on the Beaten Path?, *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016), pp. 101–121

⁶³ WILLIAMS, p. 51.

Verfahrensrecht

«Die Wiedererwägung bleibt vorbehalten»

Steter Zwang zur Anpassung von emissionserzeugenden Anlagen?

Isabelle Häner*

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkung	431
II.	Ausgangslage Urteil 1C_574/2020	433
	A. Zum Urteil	433
	B. Würdigung	435
III.	Wiedererwägung <i>versus</i> Bestandesschutz	436
	A. Zum prozessualen Institut der Wiedererwägung	436
	B. Bestandesschutz	437
	1. Rechtsgrundlagen	437
	2. Bestandesschutz im Bau- und Umweltrecht sowie im Bereich der Risikoregulierung	439
	3. Würdigung der gesetzlichen Grundlagen zur Anpassung an geänderte Verhältnisse	441
IV.	Notwendigkeit der gesetzlichen Grundlage für Anpassung von Anlagen an geänderte Verhältnisse	442
	A. Zur ausreichenden Rechtsgrundlage	442
	B. Folgen der gesetzlichen Regelung für den Anspruch auf Wiedererwägung	443
V.	Schluss	444
VI.	Literaturverzeichnis	445

I. Vorbemerkung

Prof. Dr. REGINA KIENER hat sich in grundlegenden Publikationen einerseits mit dem öffentlichen Verfahrensrecht, andererseits aber auch mit den Grundrechten auseinandergesetzt.¹ Im zusammen mit BIAGGINI und GÄCHTER herausgegebenen Werk Staatsrecht beschäftigt sich Regina Kiener insbesondere mit dem Thema Individuum und Staat. So schreibt sie dort, dass die Rechte des Einzelnen auch grundlegende Auswirkungen auf die Gestaltung des Lebens in der politischen Gemeinschaft haben und der Einzelne unbesehen seiner Rech-

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Partner bei Bratschi AG.

¹ Z.B.: KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH; KIENER, Grundrechte in der BV.

te in die Gesellschaft eingebunden und in seinem Handeln auf die Gesellschaft bezogen bleibt, weshalb die Sphären individueller Freiheit und Entfaltung mit gesamtgesellschaftlichen Anliegen koordiniert werden müssen.²

Ausgangslage des vorliegenden Beitrages ist das Urteil des Bundesgerichts 1C_574/2020 vom 9. März 2023³, wonach bei Strassen mit Immissionsgrenzwertüberschreitungen in Bezug auf den Lärm auf die einstmals gewährten Erleichterungen zurückgekommen werden darf, wenn sich im Laufe der Zeit namentlich in wissenschaftlicher und technischer Hinsicht neue Erkenntnisse ergeben haben. Im genannten Fall hat das Bundesgericht den Anspruch auf Wiedererwägung von Anwohnern und Anwohnerinnen bejaht, weil sich seit dem Jahr 2001, als im Rahmen der Lärmsanierung gestützt auf Art. 17 Abs. 1 USG⁴ Erleichterungen gewährt worden waren, wesentliche neue Erkenntnisse ergeben hatten. Der Anspruch auf Wiedererwägung wird denn auch unter der Voraussetzung, dass sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben, aus dem Rechtsverweigerungsverbot und dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV⁵ abgeleitet.⁶ Der Entscheid wurde aus umweltrechtlicher Sicht und im Hinblick auf den Vollzugsrückstand in den Kantonen bei der Lärmsanierung von Strassen in der Lehre zu Recht freudig begrüsst.⁷ Mithin wird den Umweltinteressen angesichts der Schädlichkeit übermässiger Lärmimmissionen zu Recht ein hohes Gewicht eingeräumt. Allerdings stellt sich umgekehrt ebenso die Frage, wie es sich mit der Besitzstandsgarantie und dem Investitionsschutz verhält, und ob die Interessen von Eigentümerinnen und Eigentümern, auch wenn es sich um Gemeinwesen und Verwaltungsvermögen handelt, in solchen Fällen stets zurückzutreten haben.⁸

² KIENER, Individuum.

³ URP 2023, S. 392 ff.

⁴ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz; SR 814.01).

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁶ Vgl. TANNER, N 45 mit Hinweisen stützt sich einzig auf das Rechtsverweigerungsverbot; auch andere Autoren und Autorinnen verweisen wie das Bundesgericht einzig auf Art. 29 Abs. 1 BV: so KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 2017; BGE 138 I 61 E. 4.3; zum Teil wird einzig Art. 29 Abs. 2 BV (Nachweise bei TANNER, N 45) erwähnt; oder es werden beide Absätze angeführt (KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 725 oder es wird, wie in BGE, 1C_574/2020 vom 9.3.2023, E. 4.3, einzig Art. 29 BV als Grundlage erwähnt, ohne zu differenzieren).

⁷ Vgl. GRIFFEL, Anmerkung, S. 392 ff.

⁸ Vgl. ZIMMERMANN, S. 18 f.

II. Ausgangslage Urteil 1C_574/2020

A. Zum Urteil

Mit Verfügung vom 30. Juni 2000 gewährte das kantonale Amt für Umweltschutz (Afu, heute Dienststelle Umwelt und Energie, uwe) für die Kantonsstrasse K4 (Luzernerstrasse) in Kriens für 76 Liegenschaften Sanierungserleichterungen, unter anderem auch für das Grundstück des Beschwerdeführers. Das Grundstück liegt in der Wohn- und Arbeitszone mit der Empfindlichkeitsstufe III (Immissionsgrenzwerte 65 dB (A) am Tag und 55dB (A) in der Nacht). Das Afu ging in der Erleichterungsverfügung für das Jahr 2007 nach der Sanierung von Lärmimmissionsgrenzwerten von tagsüber 69 dB (A) und 61 dB (A) nachts aus. Die Alarmwerte in der Empfindlichkeitsstufe III betragen tagsüber 70 dB (A) und 65 dB (A) nachts. Der damalige Grundeigentümer wurde verpflichtet, Schallschutzfenster einzubauen. Zudem ordnete das Afu für einen Streckenabschnitt den Einbau eines lärmarmen Strassenbelags an. Im Dezember 2017 ersuchte der Beschwerdeführer um Widerruf des Erleichterungsentscheids vom 30. Juni 2000 sowie um Neubeurteilung der Lärmsituation. Die Abweisung des Gesuchs wurde vom Kantonsgericht geschützt, so dass der Beschwerdeführer ans Bundesgericht gelangte.

Der Beschwerdeführer hatte zunächst beanstandet, dass im Entscheid über die gewährte Sanierungserleichterung vom 30. Juni 2000 das Recht falsch angewendet worden sei. Nach Art. 29 BV bestehe – so das Bundesgericht – ein Anspruch auf Wiedererwägung, wenn sich entweder die Verhältnisse seit dem ersten Entscheid erheblich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller Tatsachen und Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand. Das Umweltrecht des Bundes konkretisierte in Art. 37a LSV⁹ (E. 4.2) diesen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Wiedererwägung.

Zunächst verneinte das Bundesgericht, dass allein eine (angeblich) falsche Rechtsanwendung einen Anspruch auf Wiedererwägung begründe (E. 4.3). Weil der Beschwerdeführer auch keine neuen Tatsachen oder Beweismittel vorbrachte, prüfte das Bundesgericht einzig die Voraussetzung, ob sich die Verhältnisse wesentlich geändert hätten und deshalb ein Anspruch auf Wiedererwägung bestand.

Der Beschwerdeführer rügte namentlich, dass der damals eingebaute Splitt-Mastix-Asphalt-Belag den Lärm gemäss einer Publikation des BAFU verstärke und die Lebensdauer desselben nun überschritten sei. Sodann habe sich der Verkehr dadurch verändert, dass die Verkehrsbetriebe Luzern im Jahr 2014 den Busbetrieb der Hauptlinie 1 mehrheitlich auf grosse Doppelgelenkbusse umgestellt hätten, die mit einem Gewicht von 40 t knapp 10 t schwerer seien als herkömmliche Busse. Schliesslich verwies der Beschwerdeführer

⁹ Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1985 (SR 814.41).

auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse betreffend durch Lärm verursachte Gesundheitsschäden und die lärmreduzierende Wirkung von Tempo 30 (E. 6.1).

Die Vorinstanz hatte gestützt auf Lärmmessungen, die im Jahr 2018 durchgeführt worden waren, festgestellt, dass die damals im Jahr 2000 im Rahmen der gewährten Erleichterungen festgesetzten Belastungswerte von tagsüber 69 dB (A) und 61 dB (A) nachts nicht überschritten waren und der eingebaute Belag dem damaligen Kenntnisstand entsprochen habe.

Das Bundesgericht bejahte die wesentlich geänderten Verhältnisse demgegenüber aus den folgenden Gründen:

- Gestützt auf wissenschaftliche Erkenntnisse (bereits im Jahr 2001 und 2006) habe der eingebaute Splitt-Mastix-Asphalt Belag nicht die Wirkung von -1 dB (A) sondern von +1 dB (A) gehabt. Auch folgte das Bundesgericht dem Beschwerdeführer, dass der Belag in akustischer Hinsicht seine Lebensdauer überschritten habe (E. 6.3).
- Neue Erkenntnisse in der Lärmforschung zeigten, dass die aktuell geltenden Lärmgrenzwerte keinen umfassenden Gesundheitsschutz böten und dass jede Massnahme, die zu einer Reduktion der Lärmbelastung beitrage, auch wenn sie gering sei, potentiell den Gesundheitszustand der Bevölkerung verbessern könne (E. 6.4).
- Die Praxis zur Herabsetzung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit sei weiterentwickelt worden. Das damals übliche System zur Lärmmessung (StL-86+) habe sich als unzuverlässig erwiesen, weil es das Lärminderungspotential von Tempobeschränkungen unterschätzt habe und heute nicht mehr angewendet werde. Die Rechtsprechung anerkenne die Herabsetzung von Höchstgeschwindigkeiten als taugliches Instrument zum Schutz vor übermässigem Lärm (E. 6.4).
- Es bestanden wesentliche Anhaltspunkte, dass die im Jahr 2018 erneuerten Lärmmessungen nicht korrekt erfolgten und der gewählte Standort der Lärmmessungen nicht mit dem Standort der Verkehrszählung übereinstimmte. Das Bundesgericht folgte der Meinung des BAFU, dass die Daten nicht zusammenpassen würden, und verlangte eine Plausibilisierung der Messungen (E. 6.5).

Das Bundesgericht stellte im Ergebnis somit fest, dass sich die Verhältnisse erheblich geändert hätten und ein bundesrechtlicher Anspruch auf Wiedererwägung nach Art. 29 BV bestehe. An die Erheblichkeit dürften keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, weil die im Sanierungsentscheid festgelegten, zulässigen Lärmimmissionen nahe des Alarmwertes liegen würden. Weil von einer erheblichen Änderung der Verhältnisse auszugehen war, erwies sich die als Eventualbegründung festgehaltene Interessenabwägung durch die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Widerrufs einer rechtskräftigen Verfügung als bundesrechtswidrig. Die Vorinstanz hatte erwogen, dass die Interessen des Anlageinhabers am Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit überwiegen. Gemäss dem Bundesgericht liess sich dieses Ergebnis angesichts der Bewertung der Interessen an der Anwendung des Umweltrechts nicht mehr halten.

B. Würdigung

Das Urteil weist verschiedene Aspekte auf. Es scheint tatsächlich vorerst um die Anwendung von Art. 37a LSV gegangen zu sein. Nach dieser Bestimmung halten die Vollzugsbehörden in ihrem Entscheid über die Erstellung, Änderung oder Sanierung einer Anlage die zulässigen Lärmimmissionen fest (Abs. 1). Bei Sanierungen liegen diese wie hier häufig über den Immissionsgrenzwerten. Art. 37a Abs. 2 LSV bestimmt sodann, dass für den Fall, dass die Lärmimmissionen einer Anlage von den im Entscheid festgehaltenen Immissionen auf Dauer wesentlich abweichen, die Vollzugsbehörde die notwendigen Massnahmen trifft. Entgegen dem Bundesgericht handelt es sich bei Art. 37a Abs. 2 LSV jedoch nicht um eine Konkretisierung des Anspruchs auf Wiedererwägung, sondern, wie der Titel von Art. 37a LSV sagt, um die Festlegung der zulässigen Lärmimmissionen und um die Kontrolle darüber, dass die im Erleichterungsentscheid festgelegten Grenzwerte eingehalten werden.¹⁰ Art. 37a Abs. 2 LSV verlangt dann ein Einschreiten, wenn die im Erleichterungsentscheid festgesetzten Immissionsgrenzwerte nicht eingehalten werden und auf Dauer wesentlich davon abgewichen wird und somit eine erhebliche Lärmzunahme besteht.¹¹

Weil es im konkreten Entscheid bereits an der Plausibilität der Messungen fehlte und nicht mit Sicherheit feststand, ob die im Erleichterungsentscheid festgelegten (nahe bei den Alarmwerten stehenden) Immissionsgrenzwerte eingehalten wurden, konnte die Prüfung, ob ein Einschreiten gemäss Art. 37a Abs. 2 LSV geboten war, jedoch gar nicht vorgenommen werden. Noch im Rahmen von Art. 37a Abs. 2 LSV bewegt sich das Bundesgericht, wenn es Lärmmessungen gestützt auf Messmethoden nach dem neuesten Stand der Technik verlangt.

Nicht gedeckt vom Wortlaut von Art. 37a Abs. 2 LSV sind jedoch die Überlegungen, dass im Ergebnis selbst die gewährten Erleichterungen in Frage gestellt werden dürfen, wenn sich neue wissenschaftliche Erkenntnisse ergeben haben, wie im konkreten Fall in Bezug auf die neuen Studien zur Schädlichkeit des Lärms, in Bezug auf die lärmreduzierende Wirkung von Tempo 30 sowie in Bezug auf lärmarme Strassenbeläge. Aus dem Urteil lässt sich schliessen, dass selbst die in der Erleichterungsverfügung festgelegten Grenzwerte herabgesetzt werden dürfen.

Damit stellt sich die Frage, wie weit der Bestandessschutz eines Anlageinhabers bzw. einer Anlageinhaberin überhaupt geht, wenn gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV die jederzeitige Wiedererwägung zulässig ist.

¹⁰ Vgl. auch GRIFFEL, Anmerkung, S. 402.

¹¹ Vgl. GOSSWEILER, S. 617 f.

III. Wiedererwägung *versus* Bestandesschutz

A. Zum prozessualen Institut der Wiedererwägung

Das *Institut der Wiedererwägung* ermöglicht es der verfügenden Behörde, selbst auf eine rechtskräftige Verfügung zurückzukommen. Auch wenn das Institut der Wiedererwägung begrifflich nicht derart gefestigt ist und die Begriffsverwendung variiert, bestehen drei Wesensmerkmale:

- Es handelt sich grundsätzlich um einen Rechtsbehelf und das Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch liegt im Ermessen der Verwaltungsbehörde.¹²
- Ein Anspruch auf Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch besteht, wenn sich eine Pflicht zum Eintreten aus der anwendbaren Verfahrensordnung ergibt, eine entsprechende Verwaltungspraxis besteht oder der Anspruch auf der Bundesverfassung gründet. Der Anspruch unmittelbar gestützt auf die Bundesverfassung (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV) kommt als Minimalanspruch in den genannten Fällen zum Tragen,¹³ wenn die Verfügung ursprünglich fehlerhaft und der Revisionsgrund der neuen Tatsache oder des neuen Beweismittels gegeben ist (unechte Noven) oder – in Bezug auf Verfügungen, die einen Dauersachverhalt regeln – bei erheblichen Änderungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse (echte Noven).¹⁴
- Es besteht ein zweistufiges Konzept: Wird ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht, ist zunächst zu prüfen, ob ein Anspruch auf Eintreten auf das Gesuch besteht. Kann dies bejaht werden, sind die Voraussetzungen des Widerrufs einer Verfügung zu prüfen und es ist eine Abwägung der Interessen an der Durchsetzung des objektiven Rechts auf der einen Seite und des Anspruchs auf Rechtssicherheit und Vertrauensschutz auf der anderen Seite vorzunehmen.¹⁵ Das zweistufige Konzept wird allerdings insofern relativiert, als die Erheblichkeit der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zum einen beim Eintreten zu prüfen ist, zum andern aber ebenso im Rahmen der Interessenabwägung bei der inhaltlichen Prüfung.¹⁶ Die Wesentlichkeit bzw. Erheblichkeit der geänderten rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse wird damit zur doppelrelevanten Tatsache.¹⁷

Wenn der Anspruch auf Wiedererwägung als Minimalgarantie verstanden wird, ist es bei einer erheblichen Änderung der Verhältnisse stets möglich, ein Gesuch auf Wiedererwägung zu stellen. Der vom Bundesgericht genannte Art. 37a Abs. 1 und 2 LSV erfasst nicht die Wiedererwägung, sondern die Nichteinhaltung der in der Erleichterungsverfügung

¹² KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 2017.

¹³ Bei Fn. 4; TANNER, N 43.

¹⁴ BGE 138 I 61 E. 4.3.

¹⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 719; BGer, 1C_574/2020 vom 9.3.2023, E. 7.2.

¹⁶ BGer, 1C_574/2020 vom 9.3.2023, E. 6.6. und 7.2.

¹⁷ TANNER, N 261.

enthaltenen Grenzwerte. Wenn Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV in Bezug auf den Anspruch auf Wiedererwägung aber eine Minimalgarantie darstellen, hat das Bundesgericht insoweit den Anspruch auf Wiedererwägung zu Recht geprüft.

B. Bestandesschutz

1. Rechtsgrundlagen

Im vorliegend diskutierten Bundesgerichtsurteil 1C_574/2020 vom 9.3.2023 stand ein Sachverhalt zur Beurteilung, welcher in der ursprünglichen Verfügung auf eine Prognose für die Zukunft hin beurteilt werden musste. Die zulässigen Grenzwerte wurden in der Erleichterungsverfügung aufgrund einer Prognose festgelegt, die in die Zukunft hin gelten sollte.¹⁸ Dem öffentlichen Interesse, die Erleichterungsverfügung in Frage stellen zu dürfen, räumte das Bundesgericht ein sehr hohes Gewicht ein. Verfahrensrechtlich anerkannt ist, dass Verfügungen insofern eine beschränkte materielle Bindungswirkung aufweisen, als sie in Wiedererwägung gezogen werden dürfen. Die ist umso mehr der Fall, als es sich bei den geänderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse um eine neue, noch nicht beurteilte Sachverhalts- oder Rechtslage handelt. Insoweit können auch Verfügungen in Wiedererwägung gezogen werden, wenn sie gerichtlich beurteilt wurden.¹⁹ Die Bindungswirkung wirkt somit in erster Linie in die Vergangenheit, jedoch nur in beschränktem Umfang auch in die Zukunft hinein.

Es stellt sich jedoch ebenso die Frage des Bestandesschutzes einer einmal gewährten Bewilligung. Namentlich ist fraglich, ob dieser bereits dem verfahrensrechtlichen Anspruch auf Wiedererwägung generell entgegengesetzt werden kann, zumal es sich bei der geänderten Sachverhalts- oder Rechtslage um eine doppelrelevante Tatsache handelt, oder ob der Bestandesschutz erst bei der materiellen Prüfung zum Widerruf der Verfügung in die Interessenabwägung miteinbezogen werden kann.

Der Bestandesschutz zielt auf den Erhalt vermögenswerter Interessen ab und hängt eng mit dem Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV zusammen.²⁰ Der Bestandesschutz wird zwar ebenso gestützt auf Art. 26 BV wie auch aufgrund der Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Rechtsänderungen sind jedoch aufgrund von Art. 36 BV hinzunehmen, wenn eine genügende gesetzliche Grundlage, das heisst ein genügend bestimmt formuliertes Gesetz auf der verfassungsrechtlich geforderten Rechtssetzungsstufe besteht. Ist eine solche gesetzliche Grundlage vorhanden, beurteilt sich die Zulässigkeit des Eingriffs gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und es ist zu prüfen, inwiefern und innert welcher Zeit die

¹⁸ SEILER, S. 144.

¹⁹ Vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 742; TANNER, N 225.

²⁰ ZIMMERMANN, N 13.

Rechtsänderungen auf bestehende Bauten und Anlagen Anwendung finden sollen.²¹ Insofern führt auch eine Beurteilung gestützt auf die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV dazu, dass der Eingriff in die bisherige Rechtsposition wie gemäss Art. 9 BV aufgrund einer Interessenabwägung zu beurteilen ist.

Anzufügen ist, dass sich auch das Gemeinwesen zum einen auf den Vertrauensschutz jedenfalls gemäss Art. 5 Abs. 3 BV berufen kann. Umstritten ist demgegenüber der subjektive Geltungsbereich der Eigentumsgarantie. Dieser wird zum Teil enger,²² zum Teil weiter umschrieben und dann bejaht, wenn das Gemeinwesen nicht als Träger einer öffentlichen Aufgabe, sondern als Eigentümer des Verwaltungsvermögens betroffen ist.²³ Im vom Bundesgericht beurteilten Fall, in welchem das Gemeinwesen als Strasseneigentümer auftritt, liesse sich dies durchaus bejahen, weil sich angeordnete Sanierungsmassnahmen wie auch Erleichterungen in erster Linie an Eigentümer von emittierenden Anlagen richten und folglich private und öffentliche Eigentümer gleichermassen betreffen können. Dies kann nach der hier vertretenen Auffassung auch angeführt werden, obwohl den Strassen Erschliessungsfunktion zukommt und damit ebenso eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird.

Bei Bauten und Anlagen zielt der Bestandesschutz darauf ab, getätigte Investitionen zu schützen. Eine angemessene Amortisation muss garantiert werden können, damit sich Investitionen überhaupt lohnen.²⁴ Dieser Aspekt spielt namentlich bei den sogenannten wohl-erworbenen Rechten, die mittels Konzession eingeräumt werden, eine wesentliche Rolle, indem diese als grundsätzlich gesetzesbeständig anerkannt werden.²⁵ Der Bestandesschutz wird jedoch ebenso relevant, wenn die eingeräumte Rechtsposition auf einer eingehenden Sachverhaltsabklärung beruht. Es ist anerkannt, dass auf diese Weise eingeräumte Rechte grundsätzlich unwiderrufbar sind.²⁶

Neben diesem verfassungsrechtlich abgestützten Rahmen ist aber auch zu berücksichtigen, dass zahlreiche gesetzliche Normen bestehen, welche den Bestandesschutz konkretisieren und gegebenenfalls auch erheblich beschränken. Weil die Tragweite des Bestandesschutzes von einer Interessenabwägung abhängt, ist der Spielraum des Gesetzgebers ausnehmend weit, welches Gewicht er den mit dem Gesetz verfolgten öffentlichen Interessen einräumen will.²⁷

²¹ Die Frage, ob sich die Bestandesgarantie im Sinne des Investitionsschutzes auch aus der Eigentumsgarantie ergibt, ist umstritten. Das Bundesgericht tendiert heute dazu, die wohlerworbenen (Konzessions-)Rechte, welche den erhöhten Bestandesschutz geniessen, in erster Linie gestützt auf das Vertrauensprinzip zu beurteilen, BGE 145 II 140 E. 4.2.

²² KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, § 8 N 8; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 26 N 17.

²³ WALDMANN, BSK BV, Art. 26 N 30; VALLENDER/HETTICH, St. Galler Kommentar BV, Art. 26 N 28.

²⁴ ZIMMERMANN, N 15.

²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1237.

²⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1250 ff.

²⁷ Vgl. auch ZIMMERMANN, N 85 ff.; 215 ff.

2. Bestandesschutz im Bau- und Umweltrecht sowie im Bereich der Risikoregulierung

Im *Baurecht* wird dem Bestandesschutz ein ausnehmend hoher Stellenwert eingeräumt. Bauten und Anlagen werden im Allgemeinen sowohl in ihrem Bestand wie auch in ihrer Nutzungsweise geschützt. Baubewilligungen gelten, weil sie auf einer eingehenden Sachverhaltsermittlung beruhen, als grundsätzlich unwiderrufbar. Regelmässig geschützt ist auch der Unterhalt jedenfalls für den Erhalt der Lebensdauer und – zum Teil – für mässige Erweiterungen.²⁸ Voraussetzung ist, dass die Baute im Zeitpunkt ihrer Erstellung rechtmässig und die Bauherrschaft gutgläubig war. Eine Baubewilligung stellt jedoch keine Dauerverfügung dar, sondern gilt mit Erstellung der Baute als konsumiert. Müsste eine rechtmässig bewilligte Baute stets dem neuen Recht angepasst werden, käme dies – wenn die Wiedererwägung bzw. der Widerruf aufgrund einer wesentlich geänderten Rechtslage erfolgen sollte – gleichzeitig einer unzulässigen echten Rückwirkung gleich.²⁹

Im *Umweltrecht* hingegen gilt der Bestandesschutz generell nur eingeschränkt. Dabei knüpft das Umweltrecht selbst in erster Linie an die Änderung von tatsächlichen Verhältnissen an. In Bezug auf die Anwendung von neuem Recht gelten dabei ebenso intertemporalrechtliche Voraussetzungen, welche sich namentlich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergeben und jedenfalls ausreichende Übergangsfristen verlangen.³⁰ Die Lehre führt den beschränkt geltenden Bestandesschutz auf den hohen Stellenwert der Umweltinteressen zurück.³¹ Dieser Ansatz relativiert auch den baurechtlichen Bestandesschutz. Allerdings geht es in Bezug auf den umweltrechtlichen Teil in einer Baubewilligung um die Regelung eines Dauersachverhaltes, indem – wie im vorliegend relevanten Beispiel – die zulässigen Immissionen während der Dauer des Betriebs z.B. der Strassenanlage festgelegt werden.³² Das Umweltschutzrecht selbst sieht zwei wesentliche Anpassungsklauseln für bestehende Bauten und Anlagen vor. Zum einen bestimmt Art. 16 Abs. 1 USG, dass Anlagen, die den Vorschriften des USG oder den Umweltvorschriften anderer Bundesgesetze widersprechen, saniert werden müssen. Dabei hat der Bundesrat für Altanlagen in Art. 17 LSV für Lärmsanierungen spezifische Fristen vorgesehen. Gemäss Art. 17 Abs. 1 USG können im Einzelfall Erleichterungen gewährt werden. Nach Art. 18 USG sodann dürfen sanierungsbedürftige Anlagen nur umgebaut oder erweitert werden, wenn sie gleichzeitig saniert werden (Abs. 1). In diesem Fall können die Erleichterungen nach Art. 17 USG eingeschränkt oder aufgehoben werden (Abs. 2).

²⁸ ZIMMERMANN, N 21 mit Hinweis auf Art. 24c Abs. 2 RPG (Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700).

²⁹ SEILER, S. 143.

³⁰ ZIMMERMANN, N 167 ff.

³¹ ZIMMERMANN, N 22; SEILER, S. 144.

³² SEILER, S. 144; ZIMMERMANN, N 22.

Weiter bestimmt Art. 11 Abs. 3 USG, dass Emissionsbegrenzungen verschärft werden, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkung unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden. Es handelt sich dabei um die zweite Stufe des Vorsorgeprinzips. Gemäss der ersten Stufe des Vorsorgeprinzips in Art. 11 Abs. 2 USG, das auch dort gilt, wo die Immissionsgrenzwerte eingehalten werden, sind neben dem Verhältnismässigkeitsprinzip die wirtschaftliche Tragbarkeit und die technische Möglichkeit zu beachten. Die Anpassung gemäss Art. 11 Abs. 3 USG, welche in der zweiten Stufe bei Überschreitung der Immissionsgrenzwerte zum Tragen kommt, hat zwar im Rahmen der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) zu erfolgen, behält jedoch im Gegensatz zu Art. 11 Abs. 2 USG die wirtschaftliche Tragbarkeit nicht mehr vor. In der Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass das Umweltschutzgesetz aufgrund dieser Bestimmungen Neu- und Altanlagen praktisch gleichstellt, indem sowohl bei Neu- wie bei Altanlagen Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden dürfen. Gleichzeitig wird aber auch darauf hingewiesen, dass der Ordnungsgeber beim Erlass von konkretisierenden Bestimmungen einen ausnehmend weiten Ermessensspielraum geniesst, so dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz für Alt- und Neuanlagen vielfältig durchbrechen kann. Der Ermessensspielraum ergibt sich daraus, dass Art. 16 Abs. 1 USG die Sanierungspflicht einzig im Rahmen der «Vorschriften» des Umweltschutzgesetzes vorsieht, wozu auch die gestützt auf das USG erlassenen Verordnungen zählen. Darin können jedoch Ausnahmen bzw. Erleichterungen statuiert werden.³³ Namentlich im Lärmschutzrecht hat der Ordnungsgeber das Gewicht zugunsten der Altanlagen verschoben, indem Altanlagen nicht die Planungswerte, sondern einzig die Immissionsgrenzwerte einzuhalten haben.³⁴ Art. 37a LSV regelt sodann einzig den Sachverhalt, dass die in einer Verfügung über Erleichterungen festgelegten Immissionswerte nicht eingehalten werden und die Anlage Mehrlärm erzeugt. Der in BGer, 1C_574/2020 vom 9. März 2023 beurteilte Sachverhalt wird von der Verordnung wie erwähnt nicht erfasst.³⁵

Umfangreiche Anpassungsregeln kennt sodann das *Sicherheitsrecht*, wenn es um die Regelung von Risiken für Mensch und Umwelt geht, die sich aus dem Betrieb einer Anlage ergeben können und die wegen der Risiken einer besonderen Bewilligung bedürfen (risikobasierte Regelung). Auch in diesem Bereich stellen sich Fragen des Bestandesschutzes. Der Gesetzgeber räumt den öffentlichen Interessen regelmässig ein sehr hohes Gewicht ein.³⁶ Augenfällig ist, dass im Sicherheitsrecht im Regelfall eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, welche den Umfang der Anpassungspflicht des Anlageinhabers an geänderte Verhältnisse und namentlich an neue technische und wissenschaftliche Erkenntnisse regelt. Dieser Rechtsbereich ist durch das Vorsorgeprinzip geprägt. In diesem Zusammenhang kann auf Art. 4 Abs. 1 und Abs. 3 KEG³⁷ verwiesen werden. Nach Art. 4 Abs. 1 KEG muss

³³ ZÜRCHER, S. 151.

³⁴ Art. 17 Abs. 2 USG im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 1 USG.

³⁵ Vgl. vorne, III.A.

³⁶ HÄNER, S. 82.

³⁷ Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (SR 732.1).

Vorsorge getroffen werden gegen eine unzulässige Freisetzung radioaktiver Stoffe sowie gegen die Bestrahlung von Personen im Normalbetrieb oder bei Störfällen. Art. 4 Abs. 3 KEG verpflichtet die Betreiberinnen von Kernkraftwerken sodann zu allen Vorkehrungen, die nach der Erfahrung und dem Stand von Wissenschaft und Technik notwendig sind (lit. a) und zu einer weiteren Verminderung der Gefährdung beitragen, soweit sie angemessen sind (lit. b).³⁸ Ein weiteres Beispiel, das Betreiber zur stetigen Anpassung an den neuesten Stand der Technik verpflichtet, ergibt sich im Gentechnikrecht aus Art. 13 GTG. Gemäss Art. 13 Abs. 2 GTG³⁹ müssen Inhaberinnen und Inhaber von Bewilligungen neue Erkenntnisse, welche zu einer neuen Beurteilung von Gefährdungen oder Beeinträchtigungen führen könnten, der Bewilligungsbehörde anzeigen. Nach Art. 13 Abs. 1 GTG sind Bewilligungen regelmässig daraufhin zu überprüfen, ob sie aufrechterhalten werden können.

3. Würdigung der gesetzlichen Grundlagen zur Anpassung an geänderte Verhältnisse

Betrachtet man die gesetzlichen Regelungen, welche den Bestandesschutz zum Inhalt haben, so zeigt sich Folgendes: Im Baurecht wird der Bestandesschutz namentlich deshalb geregelt, weil der Gesetzgeber über das hinausgeht, was rechtsdogmatisch gefordert ist, indem er auch gewisse Erweiterungen einer rechtswidrig gewordenen Baute oder Anlage zulässt. Nach der Konsumation der Baubewilligung kann diese (bereits rechtslogisch) nicht mehr widerrufen werden

Im Umweltrecht hingegen erweist sich die gesetzliche Grundlage als weniger spezifisch, namentlich wenn es um die Anpassung an geänderte tatsächliche Verhältnisse geht. Eine gesetzliche Grundlage für die vom Bundesgericht im Urteil 1C_574/2020 vom 9. März 2023 verlangte Anpassung der damaligen Erleichterungsverfügung vom 30. Juni 2000 besteht nicht. Das Umweltrecht erfasst einzig Sachverhalte, die auf einer Prognose beruhen, welche sich im Nachhinein als unzutreffend erweist. Das gilt sowohl für die 2. Stufe des Vorsorgeprinzips nach Art. 11 Abs. 3 USG wie auch für die spezifische Regelung nach Art. 37a LSV. Beide Bestimmungen erfassen einzig die Mehrimmissionen im Vergleich zum Ausgangszustand. Will man jedoch ebenso insbesondere geänderte tatsächliche Verhältnisse erfassen, besteht der Bestandesschutz des Anlageinhabers bzw. der Anlageinhaberin einzig noch im Vertrauensprinzip. Dieses belässt jedoch im Rahmen der Interessenabwägung einen sehr weiten Wertungs- und Entscheidungsspielraum.

Augenfällig ist, dass im Bereich der risikobasierten Regulierung, in welchen von den Bewilligungsinhaberinnen und Bewilligungsinhabern eine stete Anpassung an den neuesten Stand der Technik, regelmässig eine klare gesetzliche Grundlage vorliegt, welche von vornherein einem berechtigten Vertrauen und damit dem Vertrauensschutz entgegen steht. Die

³⁸ Vgl. zum Sicherheitskonzept des KEG, BGE 139 II 195 E. 11.

³⁹ Bundesgesetz über die Gentechnik im Ausserhumanbereich vom 21. März 2003 (Gentechnikgesetz, GTG; SR 814.91).

vorgenommenen Dispositionen im Sinne der getätigten Investitionen stehen insofern stets unter dem Vorbehalt der Anpassung an den neuesten Stand der Technik.

IV. Notwendigkeit der gesetzlichen Grundlage für Anpassung von Anlagen an geänderte Verhältnisse

A. Zur ausreichenden Rechtsgrundlage

Der Bestandesschutz für getätigte Investitionen ergibt sich zwar zum einen aus dem Vertrauensprinzip. Dieses greift insbesondere, wenn zwischen der Vollzugsbehörde und den Anlageinhaber und Anlageinhaberinnen mittels Verfügung ein konkretes Rechtsverhältnis geschaffen wurde. Auf der anderen Seite ist aber ebenso die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) betroffen, auf die sich nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich auch ein Gemeinwesen als Strasseneigentümer berufen kann.⁴⁰

Zwar sind bei übermässigen Lärmimmissionen ebenso die Grundrechte der Lärm-betroffenen, namentlich Art. 8 EMRK bzw. Art. 10 Abs. 1 BV, derart tangiert, dass staatliche Schutzpflichten greifen.⁴¹ Dies lässt sich durchaus bejahen, wenn Immissionsgrenzwerte überschritten sind und die Emissionen gesundheitsschädlich werden.⁴² Allerdings liegt in diesem Fall ein Drittwirkungstatbestand vor. Es ist anerkannt, dass in diesem Fall staatliche Schutzpflichten nicht unmittelbar aus einem verfassungsmässigen Recht abgeleitet werden können, sondern die Schutzpflicht primär vom Gesetzgeber konkretisiert werden muss.⁴³ Soweit ein Eingriff in die Eigentumsgarantie bejaht wird, könnte sich der Strasseneigentümer bzw. die Strasseneigentümerin unmittelbar auf Art. 36 BV berufen.

Selbst wenn sich jedoch das Gemeinwesen als Strasseneigentümer nicht auf die Eigentumsgarantie, sondern einzig auf das Vertrauensprinzip berufen könnte, ist das Legalitätsprinzip und sind die Voraussetzung einer genügenden gesetzlichen Grundlage zu beachten. Geht es um Kantons- oder Gemeindestrassen, liegt die Strassenhoheit bei den Kantonen (Art. 82 Abs. 2 BV *e contrario*). Da eine Anpassung an geänderte tatsächliche (oder rechtliche) Verhältnisse die Kantone oder die Gemeinden in ihrer Autonomie tangiert, gilt ebenso das (föderalistisch motivierte) Legalitätsprinzip gemäss Art. 46 Abs. 1 BV⁴⁴ und Art. 164 Abs. 1 lit. f BV. Dies bedeutet namentlich, dass die wesentlichen Eingriffe in die kantonale

⁴⁰ Vorne, III.B.1.

⁴¹ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 4 N 17 mit Hinweis auf BGE 140 II 415 E. 4.8.

⁴² Vgl. SCHWEIZER/BONGIOVANNI, St. Galler Kommentar BV, Art. 10 N 44.

⁴³ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 4 N 21; vgl. auch BIAGGINI, Bundesstaat, S. 99 f., der aus bundesstaatlicher Sicht auf die Gefahr einer zu weiten Auslegung der Grundrechte auch im Zusammenhang mit klimapolitischen Zielen hinweist.

⁴⁴ BIAGGINI, Bundesstaat, S. 106 f.; WALDMANN/BORTER, BSK BV, Art. 46 N 20.

Autonomie einer ausreichenden rechtlichen Grundlage bedürfen, die zudem einen solchen Bestimmtheitsgrad aufweisen muss, dass der Eingriff vorhersehbar ist. Auch wenn das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauensprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV gestützt auf Art. 164 Abs. 1 lit. f BV auch als (verfassungs-)rechtliche Grundlage ausreichen würde⁴⁵, erweist sich das Ermessen im Einzelfall als bei weitem zu gross, mit der Folge, dass eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen bleibt. Die zu berücksichtigenden Parameter der Interessenabwägung gemäss dem Vertrauensprinzip bei einem Rückkommen auf eine einmal gewährte Erleichterung in Bezug auf Lärmimmissionen sind zu unbestimmt und die Folgen für die Kantone zu weitreichend.⁴⁶

B. Folgen der gesetzlichen Regelung für den Anspruch auf Wiedererwägung

Fraglich ist, wie sich eine solche mögliche gesetzliche Grundlage auf den Anspruch auf Wiedererwägung, der im Umweltrecht fraglos auch Drittbetroffenen und nicht einzig den Verfügungsadressaten zukommt, auswirkt.⁴⁷ Der Anspruch auf Wiedererwägung gemäss Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV hängt davon von ab, dass die Änderung in den rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnissen wesentlich ist.⁴⁸ Wie erwähnt handelt es sich dabei um eine doppelrelevante Tatsache, die sowohl im Rahmen der Eintretensprüfung wie auch im Rahmen der materiellen Prüfung und insbesondere bei der auf das Vertrauensprinzip abgestützten Interessenabwägung berücksichtigt werden muss.

Besteht eine gesetzliche Regelung, unter welchen Voraussetzungen eine lärm erzeugende Anlage, die in den Genuss von Erleichterungen gekommen ist, erneut saniert werden muss, dürfte sich jedoch auch die Anspruchsgrundlage, dass eine Verfügung verlangt werden kann, ändern. Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Praxis den Anspruch Drittbetroffener, dass eine Verfügung über die Sanierung von Anlagen gemäss Art. 16 USG verlangt werden darf, selbst wenn eine erteilte Bewilligung damit faktisch in Wiedererwägung gezogen wird, in erster Linie aus dem materiellen Recht und somit aus dem Interesse an der Durchsetzung desselben abgeleitet. In verfahrensrechtlicher Hinsicht genügt es, dass den Drittbetroffenen (z.B. den Anwohnerinnen und Anwohnern), die Legitimation sowie Parteistellung in einem Verfahren zukommt.⁴⁹ Bei einer gesetzlichen Regelung über die Anpassung von emittierenden Anlagen an neue tatsächliche Verhältnisse würde somit die zweistufige Prüfung, wie dies bei einem Wiedererwägungsgesuch, das sich auf Art. 29 Abs. 1 und 2 BV abstützt,

⁴⁵ WALDMANN/BORTER, BSK BV, Art. 46 N 20.

⁴⁶ Vgl. zu den verschiedenen Parametern und die Folgen für die Ressourcen der Kantone GRIFFEL, Anmerkung, S. 401.

⁴⁷ BACHMANN, S. 67 ff.

⁴⁸ Vgl. vorne, III.A.

⁴⁹ BACHMANN, S. 67 ff. mit Hinweisen auf die grundlegenden Bundesgerichtsurteile 1A.108/2004 vom 17.11.2004, E. 2.3, sowie 1C_165/2009 vom 3.11.2009, E. 2.3.

entfallen. Neben dieser Verfahrenserleichterung würde eine klare gesetzliche Grundlage darüber hinaus für die Anlageinhaber die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit erhöhen.

V. Schluss

Nach Regina Kiener sind die Sphären individueller Freiheit und Entfaltung mit den gesamtgesellschaftlichen Anliegen zu koordinieren.⁵⁰ Die Vielfalt der Lebenssituationen und der damit einhergehenden Regelung gerade im Umweltrecht erschwert das von Regina Kiener postulierte Koordinationsgebot jedoch beträchtlich. Der vorliegende Fall, der Ausgangspunkt der vorstehenden Überlegungen war, zeigt dies deutlich. Unvermittelt stehen sich nicht einzig individuelle Positionen bzw. eine individuelle Position und die Position des Gemeinwesens gegenüber. Vielmehr stehen hinter beiden Positionen, hinter derjenigen des drittbetroffenen Anwohners und derjenigen des betroffenen Kantons, wesentliche öffentliche Interessen, so die Umweltschutzinteressen auf der einen Seite und – da es um Strasseneigentum des Kantons geht – ebenso die föderalistische Position und das bundesstaatliche Prinzip. Das Bundesgericht hat sich dazu nicht geäußert und das (vorliegend föderalistisch motivierte) Legalitätsprinzip dürfte auch nicht Gegenstand der Rechtsschriften gewesen sein. Das Beispiel zeigt aber, dass es an sich nicht Aufgabe der Rechtsanwendung sein kann, die vielfältigen Interessen koordinativ gegeneinander abzuwägen, sondern es gestützt auf Art. 164 Abs. 1 lit. f BV Aufgabe des Gesetzgebers wäre, Voraussetzung und Grenzen der Pflicht zur Anpassung von Bewilligungen an geänderte Verhältnisse festzulegen. Dies gilt umso mehr, als nunmehr in sämtlichen Kantonen bereits sanierte Strassen geprüft werden müssen, wollen die Kantone weitere solche Verfahren vermeiden. Gleiches gilt auch, wenn sich ein privater Drittbetroffener und ein privater Anlagebetreiber gegenüberstehen und namentlich die Grundrechtsschranken gemäss Art. 36 Abs. 1 BV zu berücksichtigen sind.

⁵⁰ KIENER, Individuum, S. 445 ff.

VI. Literaturverzeichnis

- BACHMANN GREGOR, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Bern 2019
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. ... N ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, Der Schweizerische Bundesstaat und seine Verfassung, ZSR 142/2023 II, S. 5 ff. (zit. BIAGGINI, Bundesstaat)
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Kommentar BV, Art. ... N ...)
- GOSSWEILER ADRIAN, Strassenlärmsanierung bei Kantons- und Gemeindestrassen nach Ablauf der lärmschutzrechtlichen Sanierungspflicht, URP 2018, S. 600 ff.
- GRIFFEL ALAIN, Strassenverkehrslärm: Anspruch auf Wiedererwägung einer Lärmsanierungsverfügung, Auszug aus dem Bundesgerichtsurteil 1C_574/2020 und Anmerkung, URP 4/2023, S. 392 ff. (zit. GRIFFEL, Anmerkung)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020
- HÄNER ISABELLE, Verfahrensrechtliche Aspekte der laufenden Aufsicht, in: dies./Waldmann Bernhard (Hrsg.), Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Zürich 2019, S. 77 ff.
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KIENER REGINA, Grundrechte in der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz (3 Bde.), Zürich 2020, S. 1193 ff. (zit. KIENER, Grundrechte in der BV)
- KIENER REGINA, Individuum und Staat, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 445 ff. (zit. KIENER, Individuum)
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013
- SEILER HANSJÖRG, Rechtsbeständigkeit und Änderung von Verfügungen, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Brennpunkt Verfügung, Bern 2022, S. 121 ff.
- TANNER MARTIN, Wiedererwägung. Revision von ursprünglich fehlerhaften und Anpassung von nachträglich fehlerhaft gewordenen Verwaltungsverfügungen, Zürich 2021
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BV, Art. ... N ...)
- ZIMMERMANN KONRAD, Besitzsstandsgarantie im öffentlichen Recht, Zürich 2023
- ZÜRCHER ALEXANDER, Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz, Zürich 1996

Nichtige Verwaltungsverfügungen: Untote im öffentlichen Recht

*Pierre Tschannen**

Inhaltsverzeichnis

I.	Wiederkehrende Geisterstunde ...	448
II.	Grundformel	449
A.	Wenn Mangel besonders schwer sowie offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ...	449
B.	... dann absolute Unwirksamkeit, sofern Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet ...	450
C.	... und zu beachten jederzeit durch jede Behörde von Amts wegen	451
D.	Erstes Zwischenergebnis	451
III.	Fehlertypen	452
A.	Zuständigkeitsfehler	452
B.	Verfahrensfehler	453
C.	Inhaltsfehler	453
D.	Zweites Zwischenergebnis	454
IV.	Seitenblicke	454
A.	Unverjährbare und unverzichtbare Grundrechte: Eine Spielart der Nichtigkeit	454
B.	Bundesrechtswidrige Erlasse der Kantone: Von der Nichtigkeit zur Anfechtbarkeit	455
C.	Nichtigkeit in Lehre und Praxis: Hier prominent, dort marginal	455
D.	Drittes Zwischenergebnis	456
V.	Auswege	456
A.	Nur Verfügung ist Verfügung, und Verfügung bleibt Verfügung	456
B.	Nichtigkeit im Stammverfahren	457
C.	Nichtigkeit in Folgeverfahren	458
D.	Viertes Zwischenergebnis	459
VI.	... und keine Aussicht auf ein schickliches Begräbnis	459
VII.	Literaturverzeichnis	459

* Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern.

I. Wiederkehrende Geisterstunde ...

Untote sind lästige Gesellen. Sie existieren nicht wirklich, mischen sich hin und wieder aber doch unter die Lebenden; man bekommt sie kaum zu fassen. Zur Klasse der Untoten zählt auch die nichtige Verwaltungsverfügung. Eine Steuerbehörde erlässt eine Ermessensveranlagung, ohne dem Steuerpflichtigen zuvor Gelegenheit gegeben zu haben, eine – selbst leere – Steuererklärung einzureichen: Ein krasser Verfahrensfehler, die Veranlagungsverfügung daher null und nichtig – aber als Akt zur Unterbrechung der Veranlagungsverjährung doch rechtswirksam.¹ Ein Gericht schliesst wegen fehlender Sachzuständigkeit der Verwaltungsbehörde auf Nichtigkeit, also rechtliche Inexistenz der angefochtenen Verfügung: Eintreten unmöglich (es fehlt ein gültiges Anfechtungsobjekt) – diesen Schluss aber kann nur ziehen, wer sich zuvor auf die Sache selbst eingelassen hatte.²

Derlei Verrenkungen sind nur schwer zu verstehen. Gleichwohl halten Literatur und Praxis unbeirrt an der Nichtigkeitslehre fest. Zwar hat es vereinzelte Entsorgungsversuche gegeben. Nichtigkeitsfolgen, so lautet ein erstes Raisonement, dürfe nur das Gesetz vorsehen; Verwaltungs- und Justizbehörden seien dazu nicht berechtigt.³ Eine solche (man muss sagen: legalistische) Sicht wirkt wenig überzeugend. Sie negiert das materielle Problem – nämlich die Frage, wie mit grössten Verfügungsfehlern grundsätzlich umzugehen ist. Eine zweite, prozessual operierende Argumentationslinie geht so: Zur Behebung schwerer Fehler sei der Griff zum Nichtigkeitsaxiom wenig hilfreich und ausserdem auch überflüssig; die üblichen Wiedererwägungs- und Revisionsmechanismen genügen vollauf.⁴ Diese Auffassung hat den Vorteil, sich um Integration der Nichtigkeit in etablierte Kategorien zu bemühen. Allerdings, so liest man, werde sie heute «kaum noch vertreten».⁵ Das mag sein. Trotzdem bleibt die nichtige Verwaltungsverfügung ein Ärgernis, und von Ärgernissen sollte man sich so gut es geht befreien.

Sehen wir also näher hin. Vorab geht es um eine Bestandsaufnahme (II, III). Alsdann folgen relativierende Seitenblicke (III) und die Suche nach möglichen Auswegen (IV). Ein schickliches Begräbnis der Nichtigkeitsfigur – so viel sei schon jetzt gesagt – will leider nicht gelingen, immerhin aber eine gewisse Banalisierung auf ein erträglicheres Niveau (V).

¹ BGE 137 I 273 E. 3.4.1 und 3.4.3.

² BGE 132 II 342 E. 2.2 und 2.3.

³ GIACOMETTI, S. 428 ff.

⁴ SALADIN, S. 554 f.

⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1097. Kritik auch bei MOOR/POLTIER, S. 368.

II. Grundformel

Nichtigkeit kann vom Gesetz selbst vorgesehen sein⁶ – allerdings müsste noch feststehen, dass «nichtig» wirklich nichtig meint.⁷ Ansonsten gilt die «Evidenztheorie». Das Bundesgericht fasst sie in folgende Worte (die Formeln können geringfügig variieren):

«Nichtigen Verfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nur ausnahmsweise nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird.»⁸

Auf Stichworte reduziert zerfällt die Evidenztheorie in drei Elemente: Wenn Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar (A), dann absolute Unwirksamkeit, sofern Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet (B), und zu beachten jederzeit durch jede Behörde von Amtes wegen (C).

A. Wenn Mangel besonders schwer sowie offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ...

Fehlerhafte Verfügungen sind auf dem ordentlichen Rechtsweg zu korrigieren, allenfalls später durch Wiedererwägung und Widerruf des Verwaltungsakts oder Revision des Beschwerdeentscheids. Im Übrigen bleiben sie – schon aus Gründen der Rechtssicherheit – unbesehen ihrer Fehlerhaftigkeit rechtswirksam; sie sind nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar (besser: aufhebbar).⁹ Die dramatische, alle Rechtswirksamkeit negierende Nichtigkeitsfolge kann nur nach Fehlern eintreten, deren *Bestehenlassen rechtsstaatlich geradezu unerträglich* wäre; verlangt ist grösste und ins Auge springende Fehlerhaftigkeit. Konkrete Nichtigkeitsmängel sind später zu erörtern (III). Vorerst interessiert die abstrakte Umschreibung der Schlüsselbegriffe.

«*Besonders schwer*» ist besonders schwer – oder anders: Die Eintrittsschwelle zur Nichtigkeit erfährt in einschlägigen Urteilen kaum je materielle Erläuterung. Meist bleibt es bei der eingangs zitierten Generalformel, gelegentlich ergänzt durch allerdings nur wenig hilf-

⁶ Vgl. BGE 148 II 564 E. 7.2; 130 II 249 E. 2.4; 122 I 97 E. 3a/aa.

⁷ TANQUEREL, N 911. Am Beispiel von Art. 36 BüG (Nichtigkeit der erschlichenen Einbürgerung): MOECKLI, S. 385 ff.; sowie – noch zum alten BüG – UHLMANN, S. 206 ff.

⁸ BGE 139 II 243 E. 11.2. Ähnlich neben vielen anderen BGE 138 II 501 E. 3.1; 137 I 273 E. 3.1; 132 II 342 E. 2.1.

⁹ Statt vieler BGE 145 III 436 E. 4 und 132 II 21 E. 3.1. Zur Terminologie GRIFFEL, N 213a; SALADIN, S. 541.

reiche Einschränkungen wie «nicht leichthin»¹⁰ oder «lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire».¹¹

Der Zusatz «*offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar*» soll Zweifelsfälle ausschliessen. Massgeblich ist das Erkenntnisvermögen eines (immerhin verständigen und aufmerksamen) «juristischen Laien».¹² Dass die Vergabe eines kommunalen Monopols zum Plakataushang nicht ohne Ausschreibung erfolgen durfte, war ebenso offensichtlich wie die Tatsache, dass die Vereinbarung der Zürcher Behörden mit einer privaten Sterbehilfeorganisation jeder gesetzlichen Grundlage entbehrte.¹³ Über die Rechtsnatur des Schwarzfahrerzuschlags dagegen herrschte lange Zeit selbst in Fachkreisen Unsicherheit; wenn in einem konkreten Fall der öffentlich-rechtliche Weg beschritten wurde, so war das zwar falsch (der Zuschlag fällt unter das Privatrecht), aber angesichts seinerzeit noch ungeklärter Rechtslage nicht offensichtlich falsch.¹⁴

B. ... dann absolute Unwirksamkeit, sofern Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet ...

Nichtigkeit bedeutet «*absolute Unwirksamkeit*».¹⁵ Ein nichtiger Verwaltungsakt gilt als juristisches Nichts von Anfang an (ex tunc), «censé n'avoir jamais existé»,¹⁶ «dénué d'effets»,¹⁷ kurzum bar jeder juristischen Normativität.

Bleibt die Nichtigkeit vorerst unbemerkt, mutiert das tatsächliche Sein mitunter zum rechtlichen Schein: Auch die nichtige Verfügung ist körperlich fassbar, und sei es nur auf Papier; also kann sie *Folgehandlungen* auslösen. In solchen Fällen mag Unwirksamkeit ex tunc wegen konkreter Vertrauensschutzinteressen unangebracht erscheinen.¹⁸ Auch abstrakte Rechtssicherheitsinteressen können einer Nichtigkeit widersprechen: so im Strassenverkehr (der nicht unterzeichnete Führerausweisentzug war lediglich Nachvollzug einer als missraten kommunizierten Probefahrt; Nichtigkeit des Entzugs hätte der allgemeinen Verkehrssicherheit geschadet) oder in der Raumplanung (die Publikation einer Planänderung nur am «Schwarzen Brett» war in kleinen Gemeinden üblich; Nichtigkeit des Plans hätte zahlreiche

¹⁰ BGE 130 III 430 E. 3.3.

¹¹ BGE 149 IV 9 E. 6.1; 148 II 564 E. 7.2; 130 II 249 E. 2.4.

¹² WIEDERKEHR/RICHLI, N 1622.

¹³ BGE 148 II 564 E. 7.5; 136 II 415 E. 3.1 und 3.2.

¹⁴ BGE 136 II 489 E. 3.3.

¹⁵ BGE 137 I 273 E. 3.4.3; 132 II 21 E. 3.1; 116 Ia 215 E. 2c.

¹⁶ ZEN-RUFFINEN, N 27.

¹⁷ BGE 122 I 97 E. 3a.

¹⁸ DUBEY/ZUFFEREY, N 1020.

abgewinkelte Bauverfahren in Frage gestellt).¹⁹ In mehreren Fällen wurde der Bestand überwiegender Rechtssicherheitsinteressen dagegen ausdrücklich verworfen.²⁰

C. ... und zu beachten jederzeit durch jede Behörde von Amts wegen

Die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung zeigt sich aus Behördensicht als *omnipräsentes Befolungsverbot*; daher die Leitbegriffe «jederzeit», «jede Behörde», «von Amts wegen».²¹

Dass die behauptete Nichtigkeit einer Verfügung im unmittelbar anschliessenden Rechtsmittelverfahren thematisiert werden kann, versteht sich von selbst (Näheres in V.B).²² Zu beachten ist sie aber auch – vorfrageweise – von Drittbehörden in etwaigen Folgeverfahren: im Vollstreckungsverfahren, im Rechtsöffnungsverfahren, im Baubewilligungsverfahren (V.C).²³ Stets bleibt vorausgesetzt, dass die Behörde prozessual korrekt – insbesondere fristgerecht – befasst wird; weder berechtigen noch verpflichten «jederzeit» und «jede Behörde» zum beliebigen Intervenieren ausserhalb jeden Verfahrens.²⁴

Vergleichbares gilt für den Formelteil «von Amts wegen»: Die Behörde ist nicht gehalten, von sich aus «die ganzen Akten nach allfälligen nichtigen Verfügungen zu durchforschen»; agieren muss sie nur, wenn sie im Zuge des Verfahrens «auf eine nichtige Handlung tatsächlich aufmerksam» wird.²⁵

D. Erstes Zwischenergebnis

Dogmatische Konstrukte sollen Sicherheit vermitteln oder zumindest Hilfestellungen bieten. Dies bedingt klare Voraussetzungen mit klaren Rechtsfolgen; man muss Sachverhalte sicher zuordnen und sicher beurteilen können. Nichts davon trifft auf die Nichtigkeitsfigur zu. Dass die Rechtsfolge der «absoluten Unwirksamkeit» unter Vorbehalt gegenläufiger Rechtssicherheitsinteressen steht, wäre noch zu verschmerzen; Ähnliches kennt man auch anderswo, zum Beispiel im Vertrauensschutz (hier können Gesetzmässigkeitsinteressen vor-

¹⁹ BGE 138 II 501 E. 3.2.3; 116 Ia 215 E. 2c. Für weitere Beispiele BGE 148 IV 445 E. 1.4.2; 133 II 366 E. 3.4; 128 IV 184 E. 4.3.

²⁰ BGE 148 II 564 E. 7.6; 137 III 217 E. 2.4.3; 132 II 342 E. 2.2; 127 II 32 E. 3g.

²¹ Neben vielen anderen BGE 139 II 243 E. 11.2; 138 II 501 E. 3.1; 133 II 366 E. 3.1.

²² BGE 137 III 217 E. 2.4.3; 136 II 415 E. 1.2; 132 II 342 E. 2.1.

²³ BGE 106 Ia 383 E. 3a (Vollzugs- oder Bestätigungsakt); 133 II 366 E. 3.1 (Rechtsöffnung); 115 Ia 1 E. 3 (Baubewilligung).

²⁴ BGE 147 III 226 E. 3.1.2 («jede Behörde, die mit der Sache befasst ist»); BGer, 1C_301/2019 vom 1. November 2019, E. 4.2.

²⁵ BGE 94 III 65 E. 2.

gehen). Wenigstens die Eintrittsschwelle zur Nichtigkeit müsste aber stabil sein – doch sie ist es nicht. «Besonders schwer» bedingt Wertungen («nur schwere» Fehler führen lediglich zur Aufhebbarkeit); «offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar» differiert von Einzelfall zu Einzelfall (nichts ist offensichtlich, wenn man Akteure und Umstände nicht kennt). Ausserdem ist Nichtigkeit nichts Selbsttätiges; sie muss amtlich aufgefunden und amtlich erkannt werden. Alles in allem verspricht das Nichtigkeitsdogma mehr, als es halten kann.

III. Fehlertypen

Nichtigkeitsmängel rühren durchwegs von ursprünglichen Verfügungsfehlern her; nachträglich eintretende Nichtigkeit lässt sich kaum denken. Zu unterscheiden sind Zuständigkeitsfehler (A), Verfahrensfehler (B) und Inhaltsfehler (C). Allemaal müssen die eben erwähnten Grundvoraussetzungen (II) erfüllt sein.

A. Zuständigkeitsfehler

Örtliche Unzuständigkeit (die Behörde entscheidet über Dinge ausserhalb ihres territorialen Zugriffsbereichs) setzt kaum je einen Nichtigkeitsgrund – wohl deshalb, weil sich die Frage praktisch nur in unübersichtlichen, oft auch grenzüberschreitenden Konstellationen stellt.²⁶

Sachliche Unzuständigkeit dagegen (die Behörde entscheidet über Dinge ausserhalb ihres gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereichs) hat im Grundsatz Nichtigkeit zur Folge: Das Bundesamt für Justiz hatte kein Recht, über ein bestimmtes Auskunftsgesuch zu befinden; MeteoSchweiz wurde von der Wettbewerbsbehörde abgemahnt, obwohl das Kartellgesetz aus organisationsrechtlichen Gründen noch gar nicht anwendbar war.²⁷ Jedoch entfällt Nichtigkeit trotz mangelnder Sachzuständigkeit, wenn der Behörde «auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt» zukommt²⁸ – dann dürfte es nämlich an der prinzipiell geforderten «Offensichtlichkeit» fehlen.

Vergleichbar verhält es sich bei *funktioneller Unzuständigkeit* (trotz gegebener örtlicher und sachlicher Zuständigkeit agiert die falsche Behörde): Die Justizdirektion entscheidet in einer Angelegenheit, die sie dem Gericht hätte überweisen müssen; die Gemeinde erteilt eine Bewilligung, obwohl die kantonale Zustimmung fehlt.²⁹ Auch hier übrigens gilt der Vorbehalt der «allgemeinen Entscheidungsgewalt».³⁰

²⁶ BGE 118 Ia 336 E. 2b.

²⁷ BGE 132 II 342 E. 2.2; 127 II 32 E. 3g.

²⁸ BGE 129 V 485 E. 2.3; 127 II 32 E. 3g.

²⁹ BGE 137 III 217 E. 2.4.3; 111 Ib 213 E. 5b.

³⁰ BGE 145 III 436 E. 4.

B. Verfahrensfehler

Missachtete *Auslandspflichten* bewirken Nichtigkeit allein «in besonders schwerwiegenden Fällen», wozu insbesondere die «Verfolgung persönlicher Interessen» zählt; im Übrigen bleibt es bei blosser Anfechtbarkeit.³¹

Schon eher haben *Verfahrensfehler im engeren Sinn* Nichtigkeit zur Folge: Eine freihändige Auftragsvergabe, wo man hätte ausschreiben und verfügen müssen; eine Ermessensveranlagung, obwohl der Pflichtige keine Steuererklärung erhalten hatte; ein Säumnisurteil nach öffentlicher Ladung, wenngleich der Wohnort des Betroffenen bekannt war; eine kantonale Nutzungsplanung, die in völliger Missachtung der bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften erging.³²

In die Klasse der Verfahrensfehler fallen schliesslich auch *Form- und Eröffnungsfehler*. Unterlassene Eröffnung lässt die Verfügung vorderhand als Nicht-Urteil erscheinen.³³ Fehlende Unterschrift kann – muss aber nicht – zur Nichtigkeit führen.³⁴ Nichtig ist die Verfügung, die sich an ein nicht mehr existierendes Rechtssubjekt richtet; ebenso die Verfügung, die den Adressaten nicht namentlich nennt, ausser die Identität lasse sich sonst wie eruieren.³⁵ Fehlende Begründung und fehlende Rechtsmittelbelehrung dagegen stiften keinen Nichtigkeitsgrund.³⁶

C. Inhaltsfehler

Bildet Nichtigkeit schon grundsätzlich die Ausnahme, so gilt dies erst recht bei *materiellen Fehlern*: Sie ziehen «nur ausnahmsweise», «nur in seltenen Ausnahmefällen» absolute Unwirksamkeit nach sich.³⁷ Beispiele sind rar. Die bereits erwähnte Vereinbarung über Sterbehilfe versties gegen das Strafrecht und das Betäubungsmittelrecht; allerdings fehlte es schon an der gesetzlichen Grundlage und somit an der sachlichen Zuständigkeit.³⁸ Was sonst noch erwähnt wird, ist eher theoretischer Natur: Als nichtig gelten Verfügungen, die einen «unmöglichen Inhalt» haben, «unklar oder unbestimmt» lauten, den «Kerngehalt der Grundrechte» betreffen oder «sittenwidrig» sind.³⁹

³¹ BGE 136 II 383 E. 4.1; 120 IV 226 E. 7b.

³² BGE 148 II 564 E. 7.7; 137 I 273 E. 3.4.3; 129 I 361 E. 2.2; 114 Ib 180 E. 2a.

³³ BGE 142 II 411 E. 4.2; 129 I 361 E. 2.1; 122 I 97 E. 3a/bb.

³⁴ BGE 148 IV 445 E. 1.4.2; 138 II 501 E. 3.2.3.

³⁵ BVGE 2013/38 E. 4.4; BGE 149 IV 9 E. 6.4.

³⁶ Vgl. BGE 104 V 162 E. 3.

³⁷ BGE 145 III 436 E. 4; 132 II 21 E. 3.1; 118 Ia 336 E. 2a. Vgl. auch TANQUEREL, N 912 («très largement théorique»).

³⁸ BGE 136 II 415 E. 3.1. Ähnlich auch BGE 111 Ib 213 E. 5b: Nichtigkeit einer kompetenzwidrig erteilten kommunalen Baubewilligung auch wegen eklatanter Verletzung von Art. 24 RPG.

³⁹ Vgl. BGER, 8C_242/2020 vom 9. September 2020, E. 6.2.

D. Zweites Zwischenergebnis

Blickt man auf die einzelnen Fehlertypen, verschwimmen die Konturen der ohnehin schon unscharfen Nichtigkeitsfigur vollends. Fehler um Fehler sieht sich begleitet von Einschränkungen wie «sofern dies und das» oder «wenn nicht jenes und anderes». Juristische Argumentationsschleifen dieser Art sind zwar nicht unüblich. Hier aber passen sie nur schlecht zum kapitalen Anspruch, wonach grobe Verfügungsfehler prinzipiell ins rechtliche Nichts führen müssen.

IV. Seitenblicke

Nach alledem (II, III) steigt die Lust, der Nichtigkeitslehre den terminalen Schlag zu versetzen. Zuvor aber gebieten sich zur näheren Einordnung drei Seitenblicke. Die zugehörigen Stichwörter lauten «unverjähbare und unverzichtbare Grundrechte» (A), «bundesrechtswidrige Erlasse der Kantone» (B) sowie «Nichtigkeit in Lehre und Praxis» (C).

A. Unverjähbare und unverzichtbare Grundrechte: Eine Spielart der Nichtigkeit

Die Rechtmässigkeit einer rechtskräftigen Verfügung kann in nachfolgenden Vollzugs- oder Bestätigungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt werden, «es sei denn, der Beschwerdeführer rüge die Verletzung unverzichtbarer und unverjählbarer Rechte oder mache geltend, die Verfügung sei geradezu nichtig».⁴⁰ Die Formulierung lässt an zwei unterschiedliche Rügegründe denken. In Tat und Wahrheit aber deckt sich die «Verletzung unverzichtbarer und unverjählbarer Rechte» mit dem Nichtigkeitstatbestand schwerer Inhaltsfehler. Die Hürde sei «speziell hoch anzusetzen» und es müssten «fundamentale Aspekte der Persönlichkeit oder der Menschenwürde» in Frage stehen: rechtsstaatliche Ungeheuerlichkeiten wie «Körperstrafe oder ... Schuldverhaft»,⁴¹ aber auch sonstige Verletzungen grundrechtlicher Kerngehalte.⁴² Die *Konvergenz zur Lehre von der nichtigen Verfügung* ist Thema auch in der Literatur;⁴³ im Grunde, so der naheliegende Schluss, könne man die unverzichtbaren und unverjählbaren Grundrechte als eigenständige Rügekategorie aufgeben.⁴⁴ Ja, das ist wohl so.

⁴⁰ BGE 106 Ia 383 E. 3a. Vgl. auch BGE 116 Ia 207 E. 3a sowie (ohne Erwähnung der Nichtigkeitsrüge) 105 Ia 15 E. 3 und 104 Ia 172 E. 2b.

⁴¹ BGE 118 Ia 209 E. 2c.

⁴² RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1012.

⁴³ MÜLLER, S. 161.

⁴⁴ Vgl. BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Kap. 8 N 20 a.E.

B. Bundesrechtswidrige Erlasse der Kantone: Von der Nichtigkeit zur Anfechtbarkeit

Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV). «Entgegenstehendes» kantonales Recht widerspiegelt in der Regel – wenn auch nicht immer – einen Kompetenzkonflikt. Damit ist die Situation gemeint, dass der Kanton Rechtsetzungsbefugnisse beansprucht, die nach der verfassungsrechtlichen Aufgabenteilung dem Bund zugewiesen sind. Überschreitet der Kanton auf diese Weise seine Verbandskompetenz, fehlt ihm auch die entsprechende Sachkompetenz. Was zur Nichtigkeit einer Verwaltungsverfügung führt, müsste folglich – Zuständigkeitsfehler ist Zuständigkeitsfehler – auch das «entgegenstehende» kantonale Recht mit Nichtigkeit belegen. Über Jahre war dies in der Tat die herrschende Meinung; man begegnet ihr auch heute noch.⁴⁵ Das Bundesgericht geht längst andere Wege: Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (Art. 82 Bst. b BGG) pflegt es einen bundesrechtswidrigen kantonalen Erlass förmlich «aufzuheben» (was bei Nichtigkeit nicht nötig wäre, denn ein Nichts kann man nicht aufheben),⁴⁶ im Zuge der konkreten Normenkontrolle fällt bei erwiesener Bundesrechtswidrigkeit der Norm nur der Anwendungsakt, ohne dass noch Worte zur etwaigen Nichtigkeit der Verfügungsgrundlage folgen würden;⁴⁷ und unangefochten gebliebene Anwendungsakte auf bundesrechtswidriger Grundlage bleiben (bis auf Widerruf) aus Gründen von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz ohnehin bestehen.⁴⁸ Für diesen unaufgeregten Pragmatismus – *Nichtanwendbarkeit statt Nichtigkeit* – gibt es gute Gründe: nicht zuletzt die Einsicht, dass die Kompetenzwidrigkeit kantonalen Erlasse nur selten klar zutage liegt.⁴⁹

C. Nichtigkeit in Lehre und Praxis: Hier prominent, dort marginal

Die nichtige Verwaltungsverfügung zählt seit Jahrzehnten zum *eisernen Bestand eines jeden Lehrbuchs*.⁵⁰ Über Seiten und in nahezu gleichbleibenden Worten lesen wir unverändert alles über Evidenztheorie, Nichtigkeitsgründe, Nicht-Nichtigkeitsgründe und Verfahrensfragen;⁵¹ Widerspruch erhebt sich kaum.⁵²

⁴⁵ AUBERT, Nr. 643. Vgl. u.a. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1178 («nichtig») und N 1185 («ungültig»); RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 754 («nichtig», «ungültig»).

⁴⁶ BGE 148 I 210 E. 4.7; 145 I 26 E. 8.4; 138 I 435 E. 3.5.6; 137 I 257 E. 6.4; 135 I 28 E. 5.5.

⁴⁷ BGE 143 I 352 E. 4 und 5; 138 I 356 E. 5.4.6.

⁴⁸ TANQUEREL, N 912.

⁴⁹ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N 1140 ff.

⁵⁰ Siehe schon MAYER, S. 94 f. (1924); FLEINER, S. 203 ff. (1928).

⁵¹ Aus der aktuellen Literatur: DUBEY/ZUFFEREY, N 1012 ff.; GRIFFEL, N 213 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1096 ff.; KARLEN, S. 212 f.; MOOR/POLTIER, S. 364 ff.; TANQUEREL, N 908 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, Kap. 4 N 86 f.

⁵² Vgl. die eingangs zitierten Stimmen von GIACOMETTI und SALADIN (Fn. 3 und 4).

Wie anders die Praxis! Basierend auf dem Sachregister der BGE-Jahrgänge 111 bis 149 findet man rund drei Dutzend Entscheide zur Nichtigkeit von Verfügungen. Möglicherweise kämen andere Autoren auf andere Zahlen, die Grössenordnung jedoch stimmt. Gelegentlich erscheint die Nichtigkeit nur nebenher. Wo sie konkretes Prozessthema bildete (in 26 Fällen), ging es hauptsächlich um Zuständigkeitsfehler (10) und Verfahrensfehler (14, davon 2 betr. Ausstand und 6 betr. Form und Eröffnung). Inhaltsfehler waren soweit ersichtlich nur 2-mal zu beurteilen (und beide Mal fehlte es schon an der Zuständigkeit). Auf Nichtigkeit erkannte das Gericht während der untersuchten fast 40 Jahre gerade in neun Fällen.⁵³ Zwar kann man daraus keine seriöse Statistik ableiten: Noch wären die «übrigen» – nicht amtlich publizierten – Urteile zu sichten, von der kantonalen Gerichtspraxis ganz zu schweigen. Aber ein Bild ergibt sich doch: nämlich das einer Randerscheinung.

D. Drittes Zwischenergebnis

Die nichtige Verwaltungsverfügung als Randerscheinung: Das muss nicht schlecht sein; immerhin scheinen grobe Misstritte nicht zum administrativen Alltag zu gehören. Aber man wird fragen dürfen, ob eine Randerscheinung eine eigene Dogmatik verdient – oder ob sich selbst grösste Verfügungsfehler nicht doch auf gewohnten Wegen abwickeln lassen: Davon nun das Folgende.

V. Auswege

Die Nichtigkeitslehre arbeitet mit einer materiellen Fiktion («absolute Unwirksamkeit») und einem prozessualen Privileg («jederzeit», «jede Behörde», «von Amts wegen»). Die Fiktion ist unnütz (A), das Privileg weitgehend entbehrlich (B, C).

A. Nur Verfügung ist Verfügung, und Verfügung bleibt Verfügung

Verfügungen basieren auf den Strukturmerkmalen «Anordnung einer Behörde, Einseitigkeit und Verbindlichkeit, Einzelfall, Regelung eines Rechtsverhältnisses, gestützt auf öffentliches Recht»; nicht eines davon darf fehlen.⁵⁴ Damit fallen einige Akte, die sich als

⁵³ Zuständigkeitsfehler: 5 Fälle (BGE 137 III 217; 136 II 415; 132 II 342; 127 II 32; 111 Ib 213); Verfahrensfehler: 4 Fälle (BGE 148 II 564; 137 I 273; 129 I 361; 114 Ib 180). Ausserdem Inhaltsfehler in 2 Fällen, wobei es dort schon an der Zuständigkeit mangelte (BGE 136 II 415 und 111 Ib 213; beide unter «Zuständigkeitsfehler» mitgezählt).

⁵⁴ Statt vieler (mit Nuancen) GRIFFEL, N 30; WALDMANN/WIEDERKEHR, Kap. 4 N 15; sowie die Legaldefinition in Art. 5 VwVG.

«nichtige Verfügung» titulieren, von vornherein weg: Anordnungen einer Nicht-Behörde, Anordnungen über tatsächlich Unmögliches, Unleserliches erst recht. Dieses sind nicht nichtige, sondern von vornherein *keine Verfügungen* (wer will, kann von «Scheinverfügungen» sprechen).⁵⁵ Im Zweifel helfen die üblichen Feststellungsmöglichkeiten.

Allerdings gilt auch das Umgekehrte: Bei erfüllten Strukturmerkmalen liegen *immer Verfügungen* vor, so fehlerhaft sie auch sein mögen (ein verbrannter Kuchen bleibt ein Kuchen, ein zusammengefallenes Soufflée ein Soufflée). Eröffnungsfehler hemmen nur den Eintritt der Rechtswirksamkeit; nichtig sind solche Verfügungen allein deswegen noch lange nicht (die korrekte Eröffnung lässt sich nachholen). Im Übrigen ist die behauptete Nichtigkeit einer Verfügung eine Frage der Verfügungsqualität, nicht des Verfügungsbegriffs; die beiden Dinge darf man – anders als es die Nichtigkeitslehre tut – nicht verkoppeln. Wer dieser einfachen Einsicht folgt, muss bei Beschwerden gegen angeblich nichtige Verfügungen auch keine verfahrensrechtlichen Kapriolen mehr vollführen. Ein Anfechtungsobjekt liegt sehr wohl vor; die etwaige Fehlerhaftigkeit wiederum erweist sich erst nach materieller Prüfung des Anfechtungsobjekts.⁵⁶ Sind die übrigen Prozessvoraussetzungen gegeben, lautet der Ablauf folglich: Eintreten, Beurteilen, Aufheben – bei prozessual aufgeschobener Rechtswirksamkeit *ex nunc*, und sonst *ex tunc*, was bei ursprünglich fehlerhaften Verwaltungsakten grundsätzlich immer möglich ist.⁵⁷ Auf dieser Grundlage ist im Folgenden nach Art der verfahrensrechtlichen Konstellation – Stammverfahren oder Folgeverfahren – zu differenzieren.

B. Nichtigkeit im Stammverfahren

Stammverfahren meint an dieser Stelle das *Verwaltungsverfahren* auf Erlass der angeblich nichtigen Verfügung mit dem daran *anschliessenden Beschwerdeverfahren*. Es reicht vollkommen, die Fehlerhaftigkeit binnen Frist als Verletzung des anwendbaren Rechts zu rügen.⁵⁸ Ob die Fehlerhaftigkeit nach tradierter Lehre Nichtigkeitshöhe erreicht, wird sich zeigen; *iura novit curia*. Die Privilegien («jederzeit», «jede Behörde», «von Amts wegen») werden in dieser Konstellation nicht beansprucht. Allerdings muss man dazu bereit sein, die angeblich nichtige Verfügung – wie soeben postuliert (A) – als Anfechtungsobjekt zu akzeptieren.

Gleiches gilt in etwaigen *Aufsichts- oder Widerrufsverfahren*: Sie beziehen sich unmittelbar auf das ursprüngliche Verwaltungsfahren, auch wenn sie auf andere Weise einsetzen (teils von Amts wegen, teils – z.B. weil die Fehlerhaftigkeit erst hinterher entdeckt wurde – auf-

⁵⁵ Vgl. HANGARTNER, S. 1054.

⁵⁶ In diese Richtung auch MOOR, S. 47 f.; TANQUEREL, N 922.

⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1283.

⁵⁸ Vgl. MOOR/POLTIER, S. 364; TANQUEREL, N 922.

grund eines Gesuchs um Wiedererwägung).⁵⁹ Abermals ist der Griff zur Nichtigkeitslehre unnötig.

Es bleiben *zwei störende Sonderfälle*, wie könnte es anders sein. Nämlich erstens Nichtigkeitsfehler ausserhalb des Streitgegenstands (A wendet sich nur gegen eine Bewilligungsaufgabe, dabei erkennt die Beschwerdebehörde, dass schon die Bewilligung als solche an krassen Fehlern leidet);⁶⁰ und zweitens Nichtigkeitsrügen prozessual nicht zugelassener Beschwerdeführer (B rekurriert gegen einen angeblich nichtigen Akt, ist aber nicht beschwerdebefugt oder präsentiert ein unzulässiges Anfechtungsobjekt).⁶¹ Hier wird man verfahrensrechtlich etwas schwindeln müssen; Eintreten fällt ja mangels funktionaler Zuständigkeit ausser Betracht. Aber nichts hindert das Gericht daran, zum ansonsten verpönten Mittel des obiter dictums zu greifen – gekoppelt mit dem Appell an die Sachbehörde oder die Aufsichtsbehörde, einen Widerruf zu prüfen. Es gibt nun einmal Situationen, die sich dem prozeduralen Korsett entziehen, aber aus rechtsstaatlichem Respekt material irgendwie bewältigt werden müssen. Wer nach einem Rechtfertigungstitel sucht: Immerhin kennt unsere Rechtsordnung das Legalitätsprinzip.

C. Nichtigkeit in Folgeverfahren

Wenn das prozessuale Privileg («jederzeit», «jede Behörde», «von Amts wegen») eine Bedeutung hat, dann in Folgeverfahren: beispielsweise bei *Betreibungen*, in der *Planverwirklichung* oder aus Anlass einer *Vollstreckung*. Doch auch dann kommt man ohne das Vorrecht aus – ganz abgesehen davon, dass sich die ans Bundesgericht gelangten Fälle dieser Art an einer Hand abzählen lassen.⁶² Laut Nichtigkeitslehre darf die Behörde eines Folgeverfahrens die Unwirksamkeit der ursprünglichen, jetzt umzusetzenden Verfügung aus dem Stammverfahren vorfrageweise prüfen und gegebenenfalls die entsprechenden Konsequenzen für den Ausgang des Folgeverfahrens ziehen. Das mag prozessökonomisch einleuchten. Die Konstruktion krankt aber daran, dass sie zu Fremddiagnosen ermächtigt – oder deutlicher: Die Vollstreckungsbehörde, die Betreibungsbehörde, die Baubewilligungsbehörde erhält die Kompetenz, über die Gültigkeit von Verwaltungsakten ganz ausserhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit zu befinden. Kann sie das? Ja, wenn man der Evidenztheorie vertraut (evident ist evident). Aber wie man weiss, ist nichts evident in der Juristerei. Besser

⁵⁹ Vgl. BGE 111 Ib 213 E. 5b (aufsichtsrechtliche Intervention); MOOR/POLTIER, S. 365, und TANQUEREL, N 921 (Wiedererwägungsgesuch).

⁶⁰ Ein passender Beleg war nicht aufzufinden. Vergleichbar BGE 127 II 32 E. 2 (Streitobjekt nur die Eintretensfrage; Nichtigkeit geprüft und bejaht in E. 3).

⁶¹ Vgl. BGE 136 II 383 E. 2.6 (fehlende Legitimation; Nichtigkeit geprüft und verneint in E. 4.5); 136 II 415 E. 1.1 (unzulässiges Anfechtungsobjekt; Nichtigkeit geprüft und bejaht in E. 3.2).

⁶² BGE 129 I 361 E. 2.2 und 2.3 (Betreibung in der Folge eines nichtigen Säumnisurteils); 114 Ib 180 E. 2a und 4 (Baubewilligung auf der Grundlage eines nichtigen Nutzungsplans); 111 Ib 213 E. 5b und 6 (Abbruchverfügung im Nachgang zu einer nichtigen Baubewilligung).

wäre es, das Folgeverfahren zu sistieren und die Behörden des Stammverfahrens aufzufordern, den Widerruf zu prüfen. Ein Zeitverlust, gewiss. Aber immerhin bewegt man sich dann wieder in regulären Bahnen; und dank der Sistierung geschieht der im Folgeverfahren involvierten Partei kein unbedachter Schaden.

D. Viertes Zwischenergebnis

Bleibt Wesentliches zurück? Die Antwort lautet kurz gefasst: Nein. Dürfen wir die Evidenztheorie, dürfen wir die nichtige Verwaltungsverfügung also ad acta legen? Erneut nein – allerdings nicht aus Überzeugung, sondern aus Resignation.

VI. ... und keine Aussicht auf ein schickliches Begräbnis

Untote haben Übung im Ab- und Auftauchen. Das gilt leider auch für die nichtige Verwaltungsverfügung und ihren Mentor, die Evidenztheorie. Hinzu kommt ihr Status als dogmatisches Denkmal; kein Lehrbuch wird sich dafür hergeben, die Nichtigkeitslehre auf den Müll zu kippen. Aber es wäre schon viel erreicht, wenn eine angefochtene und angeblich nichtige Verfügung von der Beschwerdebehörde prozessrechtlich als Verfügung entgegengenommen und bei erkannter Nichtigkeit förmlich aufgehoben würde (V.B) – und entsprechend: wenn bei vorfrageweise vermuteter Nichtigkeit das Verfahren sistiert und die Angelegenheit zur Klärung der Nichtigkeitsfrage an die ursprünglich zuständige Sachbehörde überstellt würde (V.C). Damit wären wir das lästige Thema zwar noch immer nicht los; aber vielleicht hätten wir etwas Ordnung hinzugewonnen.

VII. Literaturverzeichnis

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz I, Basel/Frankfurt a.M. 1991
BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD/MOLINARI EVA, Grundrechte I – Allgemeine Grundrechtslehren, Zürich/Basel/Genf 2012
DUBÉY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Basel 2014
FLEINER FRITZ, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928
GIACOMETTI ZACCARIA, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Bd. I, Zürich 1960
GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich/Genf 2022
HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020

- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020
- HANGARTNER YVO, Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von Scheinverfügungen, AJP 2003, S. 1053 ff.
- KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht – Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse I, 4. Aufl., Bern 2021
- MAYER OTTO, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1924 (unveränderter Nachdruck, Berlin 2004)
- MOECKLI DANIEL, «Auf unehrliche Weise in unseren Staatsverband eingeschlichen» – Die Nichtigkeitsklärung der Einbürgerung, ZSR 2019/I, S. 381 ff.
- MOOR PIERRE, «La nullité doit être constatée en tout temps et par toute autorité», in: Rüpssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 41 ff.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif II, 3. Aufl., Bern 2011
- MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- SALADIN PETER, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Haller Walter/Kölz Alfred/Müller Georg/Thürer Daniel (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 539 ff.
- TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2018
- UHLMANN FELIX, Die Schweizermacher – Widerruf und Nichtigkeit einer Verwaltungsverfügung, recht 1995, S. 203 ff.
- WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2019
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts I, Bern 2012
- ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, Le réexamen et la révision des décisions administratives, in: Bohnet François (Hrsg.), Quelques actions en annulation, Neuenburg 2007, S. 195 ff.

Zur Respektierung des Beschleunigungsgebots

Von Maximaldauern, überlasteten Strafbehörden und der Wiederherstellung des Rechtsfriedens im Spannungsverhältnis von Verteidigung und Privatklägerschaft

*Andreas Donatsch/Mirko Roš**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	461
II.	Grundlagen zum Beschleunigungsgebot	462
	A. Gesetzliche Regelung und Praxis	462
	B. Sinn und Zweck des Beschleunigungsgebots im Allgemeinen	464
	C. In Strafverfahren im Besonderen	465
	1. Die Perspektive der beschuldigten Person	465
	2. Die Perspektive des Opfers bzw. der geschädigten Person	466
III.	Das Beschleunigungsgebot im Spannungsverhältnis mit Strafverfolgungskapazitäten sowie anderen Rechten und Interessen	467
	A. Strafverfolgungskapazitäten	467
	B. Legalitätsprinzip/Opportunitätsprinzip	468
	C. Verteidigung	469
	D. Privatklägerschaft	469
IV.	Schlussfolgerungen	470

I. Einleitung

Der Erstautor kennt Regina Kiener schon seit vielen Jahren – als Staatsrechtlerin der differenzierten Art, die nicht nur mitten in ihrer Wissenschaft, sondern auch über dieser steht; ein eigenständiger Mensch mit grossem Verantwortungsbewusstsein. Die mit ihr und Mark E. Villiger organisierten Seminare in Strassburg zur Umsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention sind ihm in bester Erinnerung. Auch die Thematik, welche Gegenstand der nachstehenden Abhandlung bildet, weist einen Bezug zur EMRK auf – wie auch die Dissertation des Zweitautors (Die unmittelbare Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention).

* Prof. em. Dr. iur. ANDREAS DONATSCH, Rechtsanwalt, Zürich; Dr. iur. LL.M. (Harvard) MIRKO ROŠ, Rechtsanwalt, Zürich.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts verfasste der französische Schriftsteller Marcel Proust einen siebenbändigen Romanzyklus mit dem Titel «A la recherche du temps perdu». Diese Überschrift könnte das Motto für nachfolgende Abhandlung betreffend die Umsetzung des Anspruchs Rechtsunterwerfener auf Erledigung von staatlichen Verfahren innert angemessener Frist (Beschleunigungsgebot) sein. Die folgenden Ausführungen befassen sich primär mit dem strafprozessualen und nur am Rande mit dem zivilverfahrensrechtlichen Aspekt dieses Anspruchs.

II. Grundlagen zum Beschleunigungsgebot

A. Gesetzliche Regelung und Praxis

Gestützt auf das Beschleunigungsgebot gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK (und Art. 14 Ziff. 2 lit. c IPBPR) hat die beschuldigte Person einen konventionsrechtlichen Anspruch darauf, dass das Strafverfahren innert angemessener Frist zum Abschluss gebracht wird. Im Verfahren ist ohne unnötige Verzögerungen («within a reasonable time», «dans un delai raisonnable»¹) über ihre Schuld oder Unschuld zu entscheiden.

Derselbe Anspruch ist in Art. 29 Abs. 1 BV sowie in Art. 5 StPO verankert.

Nach der Praxis des Bundesgerichts geht der konventionsrechtlich garantierte Anspruch auf ein beschleunigtes Verfahren inhaltlich jedenfalls nicht über die entsprechende verfassungsrechtliche Garantie hinaus.²

Anspruchsberechtigt ist im Strafverfahren grundsätzlich die beschuldigte Person. In Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche gilt dieser konventionsrechtliche Anspruch auch für die Privatküglerschaft, welche im Strafverfahren zivilrechtliche Ansprüche geltend macht (Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO),³ nicht aber für diejenige, welche ausschliesslich die Verfolgung und Bestrafung der tatverdächtigen Person verlangt (Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO). Art. 29 Abs. 1 BV gesteht das Recht auf den Abschluss von Verfahren innert angemessener Frist «jedermann»⁴ zu.

¹ Art. 14 Ziff. 2 lit. c: «(...) everyone shall be entitled (...) to be tried without undue delay», «toute personne (...) a droit (...) à être jugée sans retard excessif».

² BGE 113 Ia 412 E. 3a; 117 Ia 193 E. 1c; 119 IV 107 E. 1; 130 I 269 E. 2.2; BGer, 6B_499/29017 vom 6. November 2017, E. 1.2.1; BGer, 6B_592/2022 vom 8. Dezember 2022, E. 2.

³ Vgl. z.B. EKMR vom 11. Mai 1994, Carla Maria dos Santos Cardiga c. Portugal, Nr. 16080/90, Ziff. 39; EGMR vom 3. April 2004, Sousa Marinho und Marinho Meireles Pinto c. Portugal, Nr. 50775, Ziff. 24 f.

⁴ Vgl. z.B. BGE 143 IV 373 E. 1.3.1.

In der Folge wird der Schwerpunkt der Ausführungen auf das Strafverfahren und damit auf den Anspruch der beschuldigten Person auf Abschluss des Verfahrens innert angemessener Frist gelegt.

Nach der Praxis des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK beginnt die zur Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer massgebende Frist im Strafverfahren mit dem Zeitpunkt, in welchem einer Person mitgeteilt wird bzw. in dem sie davon erfährt, ihr gegenüber werde der Vorwurf einer strafbaren Handlung erhoben.⁵ Abgeschlossen ist das Verfahren mit dem Entscheid über den Tatvorwurf; dieser kann gegebenenfalls erst im Rechtsmittelverfahren, einschliesslich den Rückweisungen, erfolgen.⁶ Das Bundesgericht stellt auf dieselben Eckpunkte ab.⁷

Was die Dauer des Verfahrens betrifft, so ist deren Angemessenheit unter Verzicht auf starre Regeln in jedem Einzelfall unter Würdigung aller konkreten Umstände zu prüfen.⁸ Unter anderem sind der Grad der Komplexität der Angelegenheit, die Bedeutung, die der Rechtsstreit für den Betroffenen (wie auch für die Gesellschaft insgesamt⁹) hat, sowie das Verhalten des Betroffenen und der zuständigen Behörden (längere Phasen der Inaktivität ohne Förderung des Verfahrens¹⁰) massgebend.¹¹ Es wird – analog zum Titel des Werkes von Proust – nach der verlorenen Zeit gesucht. Rechnung zu tragen ist auch den Interessen des Opfers bzw. der geschädigten Person,¹² insbesondere auch der Privatklägerschaft.

Eine mangelhafte Organisation der Justiz oder strukturelle – nicht nur vorübergehende¹³ – Überlastungen können eine lange Verfahrensdauer nicht rechtfertigen.¹⁴

⁵ Z.B. EGMR vom 16. Juli 1971, Ringeisen c. Österreich, Nr. 2614/65, Ziff. 110; EGMR vom 27. Februar 1980, Deweer gegen Belgien, Nr. 6903/75, Ziff. 42; EGMR vom 10. September 2010, Mc Farlane c. Irland, Nr. Nr. 31333/06, Ziff. 143.

⁶ Z. B. EGMR vom 27. Juni 1968, Neumeister c. Österreich, Nr. 1936/63, Ziff. 19; EGMR vom 27. Juni 1968, Wemhoff c. Bundesrepublik Deutschland, Nr. 2122/64, Ziff. 18 ff.; EGMR vom 28. Juni 1978, König c. Bundesrepublik Deutschland, Nr. 6232/73, Ziff. 98.

⁷ Z. B. BGE 117 IV 124 E. 3; 119 I 269 E. 2.2.; 130 I 269 E. 2.2.

⁸ Z. B. BGE 130 I 312 E. 5.2; 143 IV 373 E. 1.3.1; EGMR im Fall Wemhoff (Fn. 6), Ziff. 19 f.; EGMR im Fall Ringeisen (Fn. 5), Ziff. 110; EGMR vom 15. Juli 1982, Eckle c. Bundesrepublik Deutschland, Nr. 8130/78, Ziff. 80 ff.; EGMR vom 7. Juni 2018, O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd c. Irland, Nr. 44460/16, Ziff. 144.

⁹ EGMR vom 23. Juni 1993, Ruiz-Mateos c. Spanien, Nr. 12952/87, Ziff. 52.

¹⁰ EGMR vom 16. Februar 1991, Adiletta u.a. c. Italien, Nr. 13978/88, Ziff. 17.

¹¹ Z.B. BGE 130 I 312 E. 5.2; 143 IV 373 E. 1.3.1.

¹² Z.B. BGE 117 IV 124 E. 4e; 143 IV 373 E. 1.4.1.

¹³ EGMR vom 29. Mai 1986, Deumeland c. Bundesrepublik Deutschland, Nr. 9384/81, Ziff. 82; EGMR vom 25. Juni 1987, Milasi c. Italien, Nr. 10527/83, Ziff. 18.

¹⁴ Z.B. BGE 122 IV 103 E. 1.4; 107 Ib 160 E. 3c; 130 I 312 E. 5.2; EGMR vom 13. Juli 1983, Zimmermann und Steiner c. Schweiz, Nr. 8737/79, Ziff. 29 ff.; EGMR vom 7. Juli 1989, Unión Alimentaria S.A. c. Spanien, Nr. 11681/85, Ziff. 41.

Auf die Fixierung einer maximal zulässigen Verfahrensdauer haben sowohl der EGMR als auch das Bundesgericht bisher verzichtet. Einzelne Urteile des EGMR lassen immerhin darauf schliessen, dass das Verfahren vor einer Instanz im Prinzip in der Regel nicht länger als ein Jahr dauern darf.¹⁵

Als angemessen erscheinen fünf Jahre und zwei Monate bei einem komplexen Betrugs- und Konkursverfahren mit komplizierten Rechtshilfeaspekten¹⁶ oder sieben Jahre und vier Monate in einem hochkomplexen Verfahren mit vielen Anklagepunkten und einer Vielzahl von Personen sowie mit erheblichen Problemen im Zusammenhang mit den Bemühungen um internationale Rechtshilfe¹⁷.

Im Falle einer Verletzung des Beschleunigungsgebots fallen neben der Feststellung der Verletzung eine Strafreduktion und ganz ausnahmsweise bzw. in Extremfällen sogar der Verzicht auf Strafe in Betracht.¹⁸

B. Sinn und Zweck des Beschleunigungsgebots im Allgemeinen

Fragt man nach dem Sinn des Beschleunigungsgebots, so dürfte allgemein anerkannt sein, dass die zügige Durchführung von – prozessordnungskonformen – staatlichen Verfahren geeignet ist, das Vertrauen in die Justiz zu fördern bzw. zu bewahren. Jahre- bzw. gar jahrzehntelange und insbesondere wegen Verjährung eingestellte Verfahren lassen rechtstreue Bürger an der allgemeinen Geltung staatlicher Normen zweifeln und können bei diesen die Tendenz fördern, sich selbst nicht mehr an die Gesetze zu halten.

Weiter ist zu beachten, dass sich die Abklärung des dem staatlichen Entscheid zugrunde zu legenden Sachverhalts als umso schwieriger erweist, je grösser die zeitliche Distanz zu den prozessrelevanten Ereignissen wird. In dieser Hinsicht liegt das Beschleunigungsgebot im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit.

Insgesamt dient die Respektierung des Beschleunigungsgrundsatzes auf diese Weise der Erhaltung des Rechtsfriedens und – international gesehen – dem Vertrauen in die schweizerische Gerichtsbarkeit.

¹⁵ EGMR vom 8. Februar 2005, *Panchenko c. Russland*, Nr. 45100/98, Ziff. 117; EGMR vom 26. November 2009, *Nazarov c. Russland*, Nr. 13591/05, Ziff. 126.

¹⁶ EGMR im Fall *Ringeisen* (Fn. 5), Ziff. 110.

¹⁷ EGMR im Fall *Neumeister* (Fn. 6), Ziff. 21.

¹⁸ Z.B. BGE 133 IV 158 E. 8; 135 IV 12 E. 3.6; 143 IV 373 E. 1.4.1.

C. In Strafverfahren im Besonderen

1. Die Perspektive der beschuldigten Person

Während die beiden soeben angeführten Gesichtspunkte für alle tatsächlich und potenziell von einem staatlichen Verfahren Betroffenen Geltung haben, sind bei beschuldigten Personen weitere Aspekte von Bedeutung.

Diese sollen nämlich den besonderen Belastungen, welche ein Strafverfahren mit sich bringt, nur so lange wie unbedingt erforderlich ausgesetzt sein. Von einer besonderen Qualität ist diese Belastung, weil die Eingriffe in die Rechtsgüter beschuldigter Personen häufig von schwerer Natur sind. Daran vermag die Geltung der Unschuldsvermutung¹⁹ in keiner Weise etwas zu ändern.

Zudem ist der Ausgang jedes staatlichen Verfahrens kaum mit Sicherheit voraussehbar. Die mit einem Strafverfahren verbundene Ungewissheit und die mit einem solchen Verfahren verbundenen Auswirkungen auf die private und berufliche Situation erweisen sich deshalb regelmässig als besonders gravierend.

Schliesslich liegt eine Besonderheit bei Strafverfahren darin, dass diese als Reaktion auf den Rechtsbruch gelten und mit spezial- sowie generalpräventive Zielsetzungen verbunden sein sollen.

Was die Generalprävention, also die Abschreckung der Allgemeinheit, angeht, inskünftig Straftaten zu verüben und die Geltung des strafrechtlichen Schutzes gewisser Rechtsgüter zu bekräftigen,²⁰ so lässt sich diese vor allem dann umsetzen, wenn der Staat auf begangene Rechtsbrüche möglichst rasch und konsequent reagiert. Die Bekanntmachung von Urteilen zu Straftaten, welche vor vielen Jahren begangen worden sind, und an welche sich die Öffentlichkeit kaum noch erinnert, erzielt wohl weniger Wirkung als Bekanntmachungen über das Strafverfahren und das Urteil zu Ereignissen, welche sich vor nicht allzu langer Zeit zugetragen haben.

Mit dem Schuldvorwurf und der Sanktion wird dem Straftäter ein Übel zugefügt, um den Bestand der betreffenden Norm zu bekräftigen und um einen Rückfall möglichst zu verhindern. Die Rede ist in diesem Zusammenhang vom Strafzweck der Spezialprävention.²¹ Auch die Einwirkung auf den Täter soll möglichst zeitnah nach der Tat erfolgen. Es kann sogar kontraproduktiv sein, auf diesen Jahre nach seiner Tat und seitdem möglicherweise gar untadeligem Verhalten bessernd einwirken zu wollen.

¹⁹ Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 14 Ziff. 2 IPBPR, Art. 10 Abs. 1 StPO.

²⁰ Z.B. STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 2 N 20 ff.

²¹ Z.B. STRATENWERTH (Fn. 20), § 2 N 16 ff.

Ähnliche Überlegungen dürften übrigens auch dem Institut der Verfolgungsverjährung gemäss Art. 97 f. StGB zugrunde liegen. Sofern der Rechtsfrieden zufolge Zeitablaufs vermutlich – zumindest weitgehend – wiederhergestellt ist, erübrigt sich eine Bestrafung des Täters. Und wenn seit der Tat eine lange Zeit verstrichen ist, muss weder auf den Täter eingewirkt werden, um diesen wegen der in der Vergangenheit liegenden Tat von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten, noch muss die Unverbrüchlichkeit der betreffenden Norm im Verhältnis zur Allgemeinheit bekräftigt werden.

2. Die Perspektive des Opfers bzw. der geschädigten Person

Generell soll mit der Bestrafung des Täters der durch die Straftat gestörte Rechtsfrieden durch ein rechtsstaatlich vorgegebenes Verfahren und einen normkonformen Vollzug der Sanktion wieder hergestellt werden. Auch die Wiederherstellung des Rechtsfriedens soll möglichst zeitnah, mithin das Beschleunigungsgebot respektierend, erfolgen.

Zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens sind nicht nur der Täter und der Staat, sondern gegebenenfalls auch – und insbesondere – das Opfer der Straftat bzw. die geschädigte Person miteinzubeziehen. Während Jahrhunderten kämpfte der Staat um das Justizmonopol. Dieses verbietet der Bürgerin und dem Bürger, namentlich dem Opfer und der geschädigten Person, im Falle eines Angriffs auf deren schützenswerte Rechtsgüter die Selbsthilfe. Im Gegenzug verpflichtet es den Staat, dem Verdacht auf eine Straftat nachzugehen und eine allfällige Schuld festzustellen (Justizgewährungspflicht). Wird die Justizgewährungsfunktion ungenügend bzw. nur mit grosser Zeitverzögerung wahrgenommen, besteht die ernstzunehmende Gefahr, dass die Bürger oder gar einzelne gesellschaftliche Gruppen das Recht selbst in die Hand nehmen, um den Rechtsfrieden bzw. ihre Vorstellung vom Rechtsfrieden wiederherzustellen. Daraus erhellt, dass die Justizgewährungspflicht zu Recht als zentrales Institut des Rechtsstaates und des friedlichen Zusammenlebens seiner Einwohnerinnen und Einwohner gilt. Dazu gehört untrennbar, dass das Opfer und die geschädigte Person als Subjekte im Strafverfahren teilnehmen können und als solche ernstgenommen werden. Genau dies wird in der Strafprozessordnung durch das Institut der Privatklägerschaft ermöglicht. Es versteht sich von selbst, dass auch die Privatklägerschaft gestützt auf Verfassungsrecht (diejenige, welche adhäsionsweise privatrechtliche Ansprüche geltend macht, gestützt auf Konventions- und Verfassungsrecht) – analog den zuvor angeführten Argumenten – ein berechtigtes Interesse an einer beförderlichen Durchführung «ihres» Strafverfahrens haben.

III. Das Beschleunigungsgebot im Spannungsverhältnis mit Strafverfolgungskapazitäten sowie anderen Rechten und Interessen

A. Strafverfolgungskapazitäten

Häufig wird als Grund für die Verletzung des Beschleunigungsgebots geltend gemacht, für die Bewältigung der Strafverfahren innert angemessener Frist würden die vorhandenen Strafverfolgungskapazitäten nicht ausreichen. Wie bereits ausgeführt, vermag diese Begründung überlange Verfahren gemäss Praxis des EGMR grundsätzlich – Ausnahmen vorbehalten – nicht zu rechtfertigen.²²

Aus diesem Grund erscheint es naheliegend und dürfte es häufig auch erforderlich sein, die Strafverfolgungskapazitäten weiter auszubauen.

Immerhin stellt sich auch die Frage, ob die vorhandenen Kapazitäten ökonomisch genutzt werden. In der jüngeren Vergangenheit sind mehrere Schritte in diese Richtung gemacht worden. So können mit Strafbefehlen (Art. 352 ff. StPO) ohne vertiefte Abklärungen des Sachverhalts bis zu 180 Tagessätze oder Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten verhängt werden; bis zum Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung waren es im Kanton Zürich 90 Tagessätze und drei Monate Freiheitsstrafe.²³ Diese Neuerung wie etwa auch die Einführung des abgekürzten Verfahrens gemäss Art. 358 ff. StPO haben zur Entlastung der Strafbehörden beigetragen. Forschungsergebnisse über die derzeitige Auslastung der Strafbehörden und aktuelle, wissenschaftlich fundierte Verbesserungsvorschläge sind nicht bekannt.

In der Praxis lässt sich feststellen, dass die Anforderungen an die Begründung von Entscheidungen in den vergangenen Jahren wesentlich verschärft worden sind. Als Beispiel sei die Anforderung des Bundesgerichts erwähnt, bei einer Vielzahl von Delikten trotz Anwendung des Asperationsprinzips für jedes einzelne dieser Delikte eine Strafe festzulegen und erst am Schluss eine Gesamtstrafe zu bilden²⁴. Das führt etwa bei zehn Einbruchdiebstählen dazu, dass zehnmal eine Einzelstrafe begründet und danach gestützt auf diese Einzelstrafen eine Gesamtstrafe festgelegt werden muss.

Zu prüfen wäre weiter, ob der durch die Strafbehörden betriebene Aufwand in formeller Hinsicht durchwegs gerechtfertigt ist. So fragt sich etwa, ob jeder Polizeirapport, der von einem Polizeibeamten erstellt worden ist, durch dessen Vorgesetzten daraufhin überprüft werden muss, ob er in perfektem Deutsch abgefasst ist, oder ob die Aktennotizen, welche

²² Vgl. vorne, bei Fn. 14.

²³ § 317 Abs. 1 Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919.

²⁴ BGE 142 IV 265 E. 2.4.3; 144 IV 217 E. 3.

vom Staatsanwalt über das Telefongespräch mit einem Verfahrensbeteiligten erstellt wird, wirklich mindestens zwei Seiten lang sein müssen.

Es ist selbstverständlich, dass beim Verdacht einer vorsätzlichen Tötung sehr intensiv ermittelt wird, jedoch kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass bei kleineren Delikten entweder kaum ermittelt oder aber ein sehr hohes Mass an Strafverfolgungskapazitäten eingesetzt wird. Die Gründe für derart unterschiedliche Mitteleinsätze sind unklar. Durch diesbezügliche Leitlinien und Vorgaben wäre es wohl nicht ausgeschlossen, auch in dieser Hinsicht Mittel einzusparen.

Erhebliche Mittel bindet schliesslich etwa das Siegelungsverfahren. Das Problem liegt darin begründet, dass die Menge der Aufzeichnungen in den letzten Jahren wegen der Möglichkeit ihrer elektronischen Speicherung exponentiell gestiegen ist. In diesem Bereich einfache Lösungen zu finden, erscheint schwierig. Denkbar wäre etwa, die Menge der zu durchsuchenden Aufzeichnungen in einem Mobiltelefon oder auf dem Server eines Unternehmens durch die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft einzugrenzen, gestützt auf den konkreten Tatverdacht eine klare Liste von Stichworten zu erstellen, nach welchen zu suchen ist.

Keinen Einfluss hat die Schweiz auf die Speditivität der Behandlung von Rechtshilfeersuchen durch ausländische Behörden.

Beim Versuch, Mittel einzusparen ist ganz besonders darauf zu achten, dass dadurch die Fairness im Verfahren nicht beeinträchtigt wird. Unter anderem muss die beschuldigte Person in die Lage versetzt werden, den Prozess zu verstehen; sie muss als Verfahrenssubjekt respektiert und ernstgenommen werden. Nur wenn dies gewährleistet ist, kann die spezialpräventive Funktion des Strafrechts seine Wirkung entfalten. Ähnliches gilt im Übrigen auch für die Generalprävention, da Urteile in der Allgemeinheit vor allem dann auf Akzeptanz stossen, wenn sie als gerecht empfunden werden.

B. Legalitätsprinzip/Opportunitätsprinzip

Grundsätzlich gilt im Strafverfahren das Legalitätsprinzip. Offizialdelikte sind von Amtes wegen zu verfolgen.

Das Opportunitätsprinzip kann gemäss Art. 8 StPO nur in sehr eingeschränktem Umfang zur Anwendung gelangen. Dieses Prinzip erlaubt es grundsätzlich nicht, dass sich die Strafbehörde bei einer Vielzahl von Tatvorwürfen auf einige schwere und zentrale potenzielle Straftaten beschränkt. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der EGMR in einem seiner Entscheide erwogen hat, er behalte sich die Prüfung der Frage vor, ob die Schwierigkeiten bzw. die lange Verfahrensdauer nicht daher rühren, dass bei einer Vielzahl von Einzelfällen in einer Wirtschaftsstrafsache einzelne Verfahren gestützt auf das Opportunitätsprinzip hätten eingestellt werden sollen.²⁵

²⁵ EGMR im Fall Eckle (Fn. 8), Ziff. 84.

Es fragt sich, ob es angemessen erscheint, ein ganzes Strafverfahren mit einer Vielzahl von Tatvorwürfen verjähren zu lassen oder ob doch anzustreben ist, rechtzeitig vor dem Eintritt der Verfolgungsverjährung nur – aber immerhin – einzelne, besonders gravierende Tatvorwürfe beim Gericht anzuklagen und im Gegenzug das Verfahren mit Bezug auf die weniger wichtigen Tatvorwürfe einzustellen.

Diese Beschränkung auf wesentliche Tatvorwürfe erweist sich dann als besonders heikel, wenn Interessen der jeweiligen Privatklägerschaft diesem Vorgehen widersprechen. Sie ist aber auch unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit (Rechtsgleichheit im Sinne der Gleichheit in der Reihe) nicht einfach zu begründen.

C. Verteidigung

Die Respektierung des Beschleunigungsgebots einerseits sowie der Verteidigungsrechte andererseits stehen häufig in einem Spannungsverhältnis. Eine extensive Auslegung der Verteidigungstätigkeit und eine intensive Nutzung der Verteidigungsrechte führen regelmässig zu einer Verlängerung des Verfahrens. Da der Anspruch auf ein rasches Verfahren als Recht der Verteidigung zu qualifizieren ist, kann er grundsätzlich – ausser etwa im Fall unzähliger Beschwerden und Rechtsmitteleingaben, der Ablehnung der meisten Vertreter der Strafbehörden, verbunden mit der Wiederholung von Verfahrensabschnitten etc.²⁶ – kaum als Begründung für eine Einschränkung der Verteidigungsrechte dienen.

Auch wenn es sich bei den Rechten der Verteidigung gemäss EMRK um Mindestrechte handelt, ist trotzdem zu prüfen, ob darüber hinausgehende Rechte tatsächlich im Sinne der Fairness notwendig sind.

Zudem ist im Falle der Privatklägerschaft, welche adhäsionsweise privatrechtliche Ansprüche geltend macht, auch deren konventions- und verfassungsrechtlicher Anspruch auf Beschleunigung des Verfahrens zu respektieren.

D. Privatklägerschaft

Ohne Berücksichtigung der Interessen der Privatklägerschaft, also der durch die fragliche Straftat unmittelbar in ihren Rechtsgütern verletzten Person (Art. 115 Abs. 1 und 118 Abs. 1 StPO), lässt sich der Rechtsfrieden regelmässig kaum wieder herstellen. Für diese Personen ist es häufig sehr wichtig, dass der Täter bestraft und der verursachte Schaden bezahlt wird.

Die Privatklägerschaft verfügt über verschiedene Verfahrensrechte und insbesondere auch über das Recht, ihre Ansprüche aus der Straftat in einem Adhäsionsverfahren geltend zu machen (Art. 122 ff. StPO).

²⁶ EGMR Fall Ringeisen (Fn. 5), Ziff. 110; EGMR im Fall Eckle (Fn. 8), Ziff. 82.

Die Rechte der Privatklägerschaft stehen oftmals im Widerspruch zu denjenigen der beschuldigten Person. Insbesondere ist die Privatklägerschaft an einer sorgfaltsgemässen Abklärung des für ihre zivilrechtlichen Ansprüche wichtigen Sachverhalts und an der beförderlichen Erledigung des Verfahrens interessiert, was den Interessen der beschuldigten Person zuwiderlaufen kann, die im Extremfall auf den Eintritt der Verfolgungsverjährung spekuliert.

Da das Beschleunigungsgebot gemäss EMRK – wie auch die Verteidigungsrechte – primär Ansprüche der beschuldigten Person begründen, musste der EGMR mit seiner Rechtsprechung bisher kaum deren Interessen und die Interessen der Privatklägerschaft gegeneinander abwägen.

Das Bundesgericht folgt mit seiner Praxis zu Art. 29 Abs. 1 BV grundsätzlich der Rechtsprechung des EGMR zum Anspruch der beschuldigten Person auf Abschluss des Verfahrens innert angemessener Frist – auch mit Bezug auf den entsprechenden Anspruch der Privatklägerschaft. Das kann tendenziell zur Folge haben, dass die Interessen der Privatklägerschaft ungenügend berücksichtigt werden.

IV. Schlussfolgerungen

Die Respektierung des Anspruchs der beschuldigten Person auf einen Entscheid über den Tatvorwurf innert angemessener Frist ist als wichtiger Rechtsgrundsatz zu erachten, welcher der Wiederherstellung des durch die mutmassliche Tat gestörten Rechtsfriedens dient und die Verfolgung der Strafrechtszwecke der Spezial- sowie der Generalprävention unterstützt; die beschuldigte Person soll während einer möglichst kurzen Dauer den Unsicherheiten und Belastungen ausgesetzt sein, welche mit einem Strafverfahren verbunden sind.

Der verfassungsmässig verankerte Beschleunigungsgrundsatz dient aber auch der Wahrung der Interessen der Privatklägerschaft; für die Privatklägerschaft, welche im Strafverfahren ihre Zivilansprüche geltend macht, gilt der entsprechende Schutz auch gemäss Konventionsrecht.

Ohne den genügenden Einbezug der Privatklägerschaft ins Strafverfahren kann der Rechtsfrieden nicht wieder hergestellt werden. Ihr soll es innert einer vernünftigen Frist möglich sein, gestützt auf ihre Rechte auf die Bestrafung des mutmasslichen Täters hinzuwirken und insbesondere ihre Schadenersatzansprüche wirksam geltend zu machen.

In der Praxis zeigt sich zunehmend, dass – vor allem komplizierte – Strafverfahren nicht innert der vom EGMR vorgegebenen Frist abgeschlossen werden. Dadurch werden – wie aufgezeigt – nicht nur die Rechte der beschuldigten Person sowie diejenigen der Privatklägerschaft in erheblichem Ausmass beeinträchtigt. Vielmehr werden auch die mit dem Strafrecht verfolgten spezial- und generalpräventiven Zielsetzungen untergraben.

Bei dieser Sachlage sind Abklärungen zu treffen, ob im Rahmen der geltenden Gesetze Massnahmen der Effizienz in der Strafverfolgung möglich sind und gegebenenfalls, wie diese ausgestaltet sein könnten. Soweit erforderlich sind zudem die Effizienz steigernde gesetzliche Anpassungen zu prüfen. Falls sich dies als nötig erweist, müssen zur Umsetzung des Beschleunigungsgrundsatzes die vorhandenen Strafverfolgungskapazitäten weiter ausgebaut werden.

Oberstes Ziel bei all diesen Massnahmen muss es sein, sowohl der beschuldigten Person als auch der Privatklägerschaft weiterhin ein faires Verfahren zu garantieren, um auf diese Weise den Rechtsfrieden wiederherzustellen und das Vertrauen des Bürgers in die Justiz zu bekräftigen.

Die Verfahrensakte als Objekt der Akteneinsicht

Abschied vom Kriterium der «potenziellen Entscheidrelevanz»

*Lorena Bur/Markus Müller**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	474
II.	Die «Verfahrensakte» als Einsichtsobjekt	475
A.	Legaldefinitionen	475
B.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	477
1.	Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts	477
a.	Kriterium der «potenziellen Entscheidrelevanz»	477
b.	Verwaltungsexterne Akten	478
2.	Geltungsbereich der Aktenführungspflicht	479
C.	Lehre	480
1.	Umfassender Begriff der Verfahrensakte	480
2.	Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts	481
a.	Materieller und formeller Ansatz	481
b.	Kritik an den verwaltungsinternen Akten	481
3.	Geltungsbereich der Aktenführungspflicht	482
III.	«Potenzielle Entscheidrelevanz» als materielles Leitkriterium	483
A.	Problemfelder	483
1.	Begriff der Verfahrensakte und Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts	483
a.	Unvereinbarkeit mit Zweck und Grundidee des Akteneinsichtsrechts	483
b.	Untauglichkeit aufgrund prognostischer Unsicherheit	484
c.	Unvereinbarkeit mit der formellen Natur	485
2.	Geltungsbereich der Aktenführungspflicht	486
3.	Schlussfolgerung und Überleitung	487
B.	Lösungsansatz	488
1.	«Verfahrensakzessorietät» als formelles Leitkriterium	488
a.	... für die Aktenqualität	488
b.	... für den Umfang des Akteneinsichtsrechts	491
2.	Geltungsbereich der Aktenführungspflicht	491
IV.	Schluss	493
V.	Literaturverzeichnis	494
VI.	Materialienverzeichnis	495

* Lorena Bur, MLaw, Rechtsanwältin, ist Doktorandin am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern; Prof. Dr. Markus Müller ist Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und öffentliches Verfahrensrecht an der Universität Bern.

I. Einleitung

Das Akteneinsichtsrecht stellt einen Grundpfeiler der rechtsstaatlichen Verfahrensfairness dar. Es bildet Dreh- und Angelpunkt eines Prozesses: Ohne Einsicht in die von den Behörden angelegten Verfahrensakten kann sich eine Partei nicht wirksam zur Sache äussern. Mit der Anzeige der Mandatsübernahme durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt ist deshalb regelmässig ein Gesuch um Akteneinsicht verbunden.

Die Grundlage für das Akteneinsichtsrecht findet sich (immerhin implizit) in der Bundesverfassung; es bildet Teilgehalt des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV¹. Der Anwendungsbereich dieser verfassungsrechtlichen Bestimmung erstreckt sich auf alle Verfahren der Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechtspflege vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden auf Bundes- und Kantonsebene.² Zusätzlich ist das Akteneinsichtsrecht in zahlreichen eidgenössischen und kantonalen Verfahrenserlassen (explizit) verankert.

Eine Definition der Verfahrensakte findet sich weder in der Bundesgesetzgebung noch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Dies erstaunt, stehen Aktenqualität und Akteneinsichtsrecht doch in einem unmittelbaren Zusammenhang: Wird für eine Aufzeichnung³ die Aktenqualität bejaht, unterliegt sie grundsätzlich – d.h. vorbehaltlich überwiegender gegenläufiger Interessen – der Akteneinsicht. Fällt hingegen eine Aufzeichnung gar nicht unter den Begriff der Verfahrensakte, wird sie vom Einsichtsrecht nicht erfasst. Die Akteneinsicht kann diesfalls ohne Interessenabwägung verweigert werden.⁴

Die Ansicht des Bundesgerichts, wonach sich das Akteneinsichtsrecht nur auf Aktenstücke erstreckt, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden, mithin «potenzielle Entscheidsrelevanz» aufweisen,⁵ mag im ersten Moment nachvollziehbar klingen. Bei näherem Hinsehen melden sich allerdings Zweifel. Der vorliegende Beitrag möchte diesen Zweifeln nachgehen und darlegen, wieso das materielle Kriterium der potenziellen Entscheidsrelevanz aufzugeben und durch das formelle Kriterium der «Verfahrensakzessorietät» zu ersetzen ist.

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).

² Vgl. etwa BIAGGINI, OFK BV, Art. 29 N 3, m.w.H.

³ Unter Aufzeichnungen werden hier sämtliche analog oder digital festgehaltenen Informationen verstanden, z.B. durch Schrift, Bild und/oder Ton.

⁴ Siehe dazu etwa DUBACH, S. 9; HUBER, S. 67 f.

⁵ Vgl. hinten II.B.1.a.

II. Die «Verfahrensakte» als Einsichtsobjekt

Was sind Verfahrensakte? Diese Frage beantwortet die Gesetzgebung kaum. Einzig in wenigen kantonalen Erlassen finden sich entsprechende Legaldefinitionen (A.). Auch das Bundesgericht hat (bisher) lediglich den Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts sowie der Aktenführungspflicht abgesteckt und den Begriff der Verfahrensakte insoweit nur indirekt definiert (B.). Demgegenüber hat sich die Lehre vermehrt mit dem Begriff der Verfahrensakte auseinandergesetzt (C.).

A. Legaldefinitionen

Art. 29 Abs. 2 BV stellt in Bezug auf das Akteneinsichtsrecht gewisse Mindestanforderungen, der Inhalt des Einsichtsrecht wird allerdings primär durch das anwendbare Verfahrensrecht umschrieben.⁶ Eine Legaldefinition der Verfahrensakte wird jedoch in den Rechtsquellen des Verwaltungsverfahren des Bundes (VwVG, VGG, BGG)⁷ – geschweige denn in der BV – vergebens gesucht.⁸ Immerhin nennt Art. 26 Abs. 1 VwVG enumerativ und nicht abschliessend einige Einsichtsgegenstände:⁹ Darunter fallen Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (lit. a), alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (lit. b) und Niederschriften eröffneter Verfügungen (lit. c). Ferner gibt es spezialgesetzliche Bestimmungen, welche das Akteneinsichtsrecht bereichsspezifisch einschränken.¹⁰

Im Gegensatz zu solch enumerativen Umschreibungen im Bundesrecht bestehen in einzelnen kantonalen Erlassen Legaldefinitionen der (Verfahrens-)Akte:

- Im Kanton Thurgau wird der Begriff der «Akte» im Archiv- und nicht im Verfahrensgesetz definiert.¹¹ Eine explizite und ausführliche Definition der «Verfahrensakten» findet sich hingegen auf Verordnungsstufe: Danach «gehören alle im Verfahren her-

⁶ WALDMANN, BSK BV, Art. 29 N 54. Zur Wechselwirkung von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 26 ff. VwVG siehe etwa WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 10 und 31.

⁷ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021); Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32); Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

⁸ Vgl. ferner die Begriffsdefinition der «Unterlagen» nach Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Archivierung (Archivierungsgesetz, BGA) vom 26. Juni 1998 (SR 152.1).

⁹ Vgl. WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 59.

¹⁰ Vgl. etwa Art. 57 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1) / der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 (u.a. publiziert in der Solothurner Gesetzesammlung, BGS 721.532).

¹¹ Gemäss § 2 Ziff. 4 des Gesetzes über Aktenführung und Archivierung (ArchivG) des Kantons Thurgau vom 20. Mai 2020 (RB 432.10) wird eine «Akte» wie folgt definiert: «Zusammen-

gestellten und eingereichten Urkunden wie Aktenverzeichnisse, Verfahrens- und Verhandlungsprotokolle, Gutachten, Amtsberichte, Vernehmlassungen, prozessleitende Verfügungen, Vorladungen, Empfangsbescheinigungen und ähnliche Belege sowie die getroffenen Entscheide, die von den Parteien eingereichten Eingaben und Rechtschriften sowie Plädoyernotizen und die von den Parteien eingereichten Beweisurkunden sowie die beigezogenen Akten» dazu.¹² Dabei wird auch explizit erwähnt, was *nicht* Bestandteil der Verfahrensakten ist: «Nicht zu den Verfahrensakten gehören Entwürfe, Referate, Aktenzirkulationslisten und andere gerichtsinterne Papiere sowie Postbordereaux und ähnliche Unterlagen.»¹³

- Im Kanton Luzern findet sich auf Verordnungsstufe eine ausdrückliche Beschreibung der «Gerichtsakten»: «Als Gerichtsakten gelten die im Verfahren aufgelegten, beigezogenen oder hergestellten Urkunden (wie Rechtsschriften, Eingaben, Plädoyernotizen, Verfahrens-, Verhandlungs- und Einvernahmeprotokolle, Beweisurkunden, Gutachten, Amtsberichte, Aktenverzeichnisse, Verfügungen, Entscheide, Urteile).»¹⁴
- Ferner findet sich in verschiedenen Verordnungen des Kantons Zürich eine einheitliche Definition der «Akten»: «Akten im Sinne dieser Verordnung sind schriftliche, elektronische und andere Aufzeichnungen, Augenscheinobjekte und andere Gegenstände oder Werte, die in einem Verfahren vom Gericht entgegengenommen, beigezogen oder erstellt worden sind.»¹⁵

fassung aller Unterlagen, die bei der Erledigung einer Aufgabe entstehen und für deren Fortführung benötigt werden».

¹² § 65 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege (ZSRV) des Kantons Thurgau vom 27. Mai 2010 (RB 271.11). Vgl. im Übrigen auch die kürzere Aktendefinition in § 2 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Information in Zivil- und Strafgerichtungsverfahren und die Akteneinsicht durch Dritte (Informationsverordnung) des Kantons Thurgau vom 24. Oktober 2006 (RB 271.31).

¹³ § 65 Abs. 2 ZSRV/TG.

¹⁴ § 108 Abs. 1 der Verordnung zum Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (Justizverordnung, JusV) des Kantons Luzern vom 26. März 2013 (SRL 262).

¹⁵ § 1 der Akturierungsverordnung des Kantons Zürich vom 12. Mai 2010 (LS 212.513); § 9 der Informations- und Akteneinsichtsverordnung der obersten kantonalen Gerichte (IAV) des Kantons Zürich vom 12. Juli 2021 (LS 211.15). In diesem Sinne auch § 3 der Verordnung der obersten kantonalen Gerichte über die Archivierung von Verfahrensakten (Archivverordnung der obersten Gerichte) des Kantons Zürich vom 16. März 2001 (LS 211.16).

B. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

1. Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts

a. Kriterium der «potenziellen Entscheidrelevanz»

Das Bundesgericht hat den Begriff der (Verfahrens-)Akte bisher nicht ausdrücklich definiert,¹⁶ hingegen besteht eine langjährige und sich ständig weiterentwickelnde Rechtsprechung zum Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts nach Art. 29 Abs. 2 BV. Um diesen festzulegen (oder: abzustecken), bedient sich das Bundesgericht regelmässig des Kriteriums der «potenziellen Entscheidrelevanz». Damit äussert sich das Gericht zwar nicht direkt zum Begriff der Verfahrensakte. Es beantwortet aber indirekt die Frage, welche der Verfahrensakten der Einsicht unterstehen, nämlich die «potenziell entscheidrelevanten».

In seiner früheren Rechtsprechung hat das Bundesgericht das (verfahrensrechtliche) Akteneinsichtsrecht noch auf «alle für den Entscheid wesentlichen Akten, d.h. auf jene Akten, die Grundlage einer Entscheidung bilden», beschränkt.¹⁷ Dabei hat es die «potenzielle Geeignetheit»¹⁸ von Akten, Grundlage des Entscheids zu bilden, teilweise genügen lassen.¹⁹ Grundlegend hat es sich schliesslich in BGE 132 V 387 geäussert:

«Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden [*potenzielle Relevanz; Anm. der Verfassenden*]. Die Akteneinsicht ist demnach auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann demnach nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos [*tatsächliche Relevanz; Anm. d.V.*]. Es muss vielmehr dem Betroffenen selber überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen [*subjektive Relevanz; Anm. d.V.*] (...)»²⁰

Diese etwas gelockerte Ansicht hat sich durchgesetzt, weshalb sich das Akteneinsichtsrecht gemäss heutiger höchstrichterlicher Rechtsprechung auf alle Akten erstreckt, «die geeignet sind, Grundlage für die spätere Entscheidung zu bilden, d.h. entscheidrelevant sind oder

¹⁶ Vgl. immerhin BVGer, A-1221/2020 vom 21. Februar 2022, E. 3.3.2.

¹⁷ BGE 129 V 472 E. 4.2.2; 121 I 225 E. 2a; BGer, 1P.391/2004 vom 13. September 2004, E. 5.1; 2P.50/2003 vom 7. August 2003, E. 4; 1A.56/2003 vom 25. April 2003, E. 2; 1P.117/2001 vom 1. Juni 2001, E. 3a; 2P.58/2001 vom 9. November 2001, E. 2c. Vgl. auch BGE 129 I 249 E. 3; 103 Ia 490 E. 8; BGer, 2A.108/2000 vom 2. Oktober 2000, E. 2a/aa und bb (nicht publiziert in BGE 126 II 409).

¹⁸ BGer, 1C_241/2021 vom 17. März 2022, E. 2.3.1 (nicht publiziert in BGE 148 II 359), wo ausdrücklich das Wort «potenziell» verwendet wird.

¹⁹ Siehe bereits BGE 125 II 473 E. 4c/cc. Vgl. auch BGE 119 Ib 12 E 6b.

²⁰ BGE 132 V 387 E. 3.2.

sein könnten».²¹ In jüngerer Zeit verzichtet das Bundesgericht bisweilen auf eine explizite Bezugnahme auf das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz:

«Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Akten eines Verfahrens, die für dieses erstellt oder beigezogen wurden, ohne dass ein besonderes Interesse geltend gemacht werden müsste (...) und unabhängig davon, ob aus Sicht der Behörde die fraglichen Akten für den Ausgang des Verfahrens bedeutsam sind (...)».²²

Ob diese modifizierte Formulierung einen ersten Schritt hin zur definitiven Abkehr vom Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz bedeutet, ist allerdings ungewiss.²³

b. Verwaltungsexterne Akten

Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur auf Akten mit «verwaltungsexterner» Wirkung. Diese fehlt Akten, denen kein Beweischarakter zukommt, weil sie beispielsweise ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege, usw.). Solche «verwaltungsinterne Akten» fallen demzufolge nicht unter das Akteneinsichtsrecht.²⁴ Sie erfüllen gemäss Bundesgericht das für das Einsichtsrecht massgebende Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz nicht. Für die Grenzziehung zwischen Akten mit verwaltungsinterner und verwaltungsexterner Wirkung orientiert sich das Bundesgericht dementsprechend grundsätzlich am Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz.²⁵

Die Kategorie der verwaltungsinternen Akten ist in der Literatur auf heftige Kritik gestossen.²⁶ Das Bundesgericht hat diese teilweise berücksichtigt, indem es bereits früh präzi-

²¹ Siehe etwa BGer, 2C_520/2020 vom 18. November 2020, E. 2.2.4; 2C_989/2020 vom 29. April 2021, E. 4.2; 2C_63/2011 vom 20. Oktober 2011, E. 3.2.4; 1C_100/2009 vom 22. November 2009, E. 3.1.

²² BGer, 2C_576/2023 vom 18. Januar 2024, E. 5.2.1. Vgl. auch BGE 144 II 427 E. 3.1.1; 2D_28/2023 vom 21. März 2024, E. 3.1; 9C_634/2022 vom 19. April 2023, E. 4.1; 2C_717/2018 vom 24. Januar 2020, E. 2.1.1; 2C_807/2015 vom 18. Oktober 2016, E. 2.4.1.

²³ Das Bundesverwaltungsgericht verbindet in seiner jüngeren Rechtsprechung diese modifizierte Formulierung des Bundesgerichts mit der älteren, etablierten höchstrichterlichen Version, welche an das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz anknüpft (siehe etwa BVGer, C-3444/2023 vom 6. November 2023, E. 2.3; B-4285/2020 vom 18. März 2021, E. 2.4).

²⁴ BGE 125 II 473 E. 4a; 115 V 297 E. 2g/aa; BGer, 1C_159/2014 vom 10. Oktober 2014, E. 4.3. Siehe auch § 14 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) des Kantons Thurgau vom 23. Februar 1981 (RB 170.1): «Die Einsichtnahme in ein Aktenstück kann verweigert werden, soweit es ausschliesslich verwaltungsinternem Gebrauch dient [...]». Entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut wird der verwaltungsinterne Gebrauch in der kantonalen Rechtsprechung nicht als Einschränkungsground des Akteneinsichtsrechts verstanden (vgl. auch hinten III.B.1.a.), sondern die verwaltungsinternen Akten werden ganz von diesem ausgenommen (vgl. TVR 2016 Nr. 6 E. 2.2.2).

²⁵ Vgl. grundlegend BGE 115 V 297 E. 2g/aa und bb. Ferner BGE 139 II 489 E. 3.3; 125 II 473 E. 4c/cc.

²⁶ II.C.2.b.

sierte, dass der Umfang des Akteneinsichtsrechts sich nach der objektiven Bedeutung eines Aktenstücks für die Feststellung der entscheidungswesentlichen Tatsachen bestimme.²⁷ Die Klassifizierung der Verwaltung als «internes Papier» spiele keine Rolle.²⁸ Das Gericht hat damit den Kreis der verwaltungsinternen Akten tendenziell etwas enger gezogen.²⁹ An der Unterscheidung verwaltungsintern-verwaltungsextern hielt es aber trotz vieler kritischer Stimmen fest.

In einem jüngeren steuerrechtlichen Entscheid hat es nun seine Rechtsprechung zu den verwaltungsinternen Akten abermals präzisiert. Danach scheint es neuerdings mehr auf die *Hilfsfunktion* als auf die potenzielle Entscheidrelevanz einer Aufzeichnung abzustellen:

«Nicht dem Akteneinsichtsrecht unterliegen aber namentlich rein interne Meinungsäusserungen der Veranlagungsbehörde oder der Gerichtsbehörden, die diese in Handakten oder anderen Dokumenten festhalten [...]. Unter die nicht zwingend einsichtspflichtigen Aktenstücke fallen insbesondere Entwürfe, Anträge, Notizen, Skizzen, Zeitungsartikel, Mitberichte, Hilfsbelege usw. [...]. Hinsichtlich solcher Schriftstücke besteht kein Akteneinsichtsrecht, es sei denn, das Gesetz ordne dies ausdrücklich an [...]».³⁰

«Entscheidend kann einzig sein, ob die Schriftstücke in qualitativer Hinsicht als eigentliche Bestandteile des einsichtspflichtigen Dossiers zu gelten haben [...] oder lediglich als Hilfsbelege, die aufgrund der minderen Bedeutung und des rein intern-informativen Charakters nicht einsichtspflichtig sind [...]. Zur Beantwortung dieser Frage bestehen keine allgemeingültigen Grundsätze. Die Abgrenzung ist im Einzelfall vorzunehmen, wozu die das individuell-konkrete Veranlagungsverfahren charakterisierenden Umstände heranzuziehen sind.»³¹

Ob es sich dabei um einen singulären Entscheid handelt, oder ob das Bundesgericht damit «eine Richtungsänderung» einschlagen will, lässt sich im heutigen Zeitpunkt nicht beurteilen.³²

2. Geltungsbereich der Aktenführungspflicht

Die aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete behördliche Aktenführungspflicht stellt eine Vorbedingung für die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts dar. Akten vermitteln den Prozessparteien Kenntnis über den Verfahrensgang, dienen der verfahrensleitenden Behörde als Gedächtnisstütze und setzen die Rechtsmittelinstanz in die Lage, den angefochtenen Entscheid

²⁷ Vgl. BGE 115 V 297 E. 2g/bb und cc.

²⁸ Vgl. BGE 115 V 297 E. 2g/bb.

²⁹ Vgl. ferner GRIFFEL, Kommentar VRG/ZH, § 8 N 14, m.w.H.

³⁰ BGer, 2C_629/2021 vom 19. Oktober 2021, E. 2.2.4. Im Gegensatz zum verfahrensrechtlichen Akteneinsichtsrecht erstreckt sich der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch gemäss Bundesgericht auch auf interne Akten (BGE 125 II 473 E. 4b).

³¹ BGer, 2C_629/2021 vom 19. Oktober 2021, E. 2.2.6.

³² Vgl. allerdings BGer, 2C_328/2022 vom 3. Oktober 2022, E. 4.1, wo für die Qualifikation von verwaltungsinternen Akten wiederum auf den Beweischarakter und somit auf das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz einer Aufzeichnung abgestellt wird.

zu überprüfen.³³ Wo sich das Bundesgericht zur Tragweite der Aktenführungspflicht äussert, spricht es sich gleichzeitig zur «Aktenqualität» aus. Nach seiner langjährigen Rechtsprechung haben Behörden «alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört».³⁴ Das Bundesgericht orientiert sich somit in Bezug auf die Aktenanlage am Kriterium des «Sachzusammenhangs».³⁵ Regelmässig verbindet es das Kriterium des Sachzusammenhangs mit demjenigen der potenziellen Entscheidrelevanz, das wie gesehen zur Bestimmung des Umfangs des Akteneinsichtsrechts entwickelt wurde.³⁶

«Die Behörden haben alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann».³⁷

Die beiden Kriterien – Sachzusammenhang und potenzielle Entscheidrelevanz – sind beide materieller Natur. Sodann kennt das Bundesgericht eine behördliche Orientierungspflicht für gewisse Fälle der Aktenergänzungen: Danach müssen die Beteiligten über die Aufnahme neuer *entscheidungswesentlicher* Akten ins Verfahrensdossier informiert werden, sofern sie diese nicht kennen und auch nicht kennen können.³⁸

C. Lehre

1. Umfassender Begriff der Verfahrensakte

Im Gegensatz zum Bundesgericht äussert sich die Lehre vermehrt zur «Aktenqualität». Dabei besteht Einigkeit, dass der Begriff der Verfahrensakte insbesondere mit Blick auf die *Form der Akten* umfassend zu verstehen ist. Danach soll allen Informationsträgern, unbesehen ihrer Beschaffenheit, Aktenqualität zugestanden werden, sofern sie von der Behörde in einem konkreten Verfahren angelegt, erstellt oder beigezogen werden.³⁹

Lediglich ein kleiner Teil der Lehre macht bereits den Aktenbegriff vom materiellen Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz abhängig.⁴⁰ Mehrheitlich wird dieses Kriterium erst im Zusammenhang mit der Festlegung des inhaltlichen Geltungsbereichs des Einsichts-

³³ Vgl. etwa BGE 142 I 86 E. 2.2. Vgl. auch GRETER, S. 55 ff., mit Bezug auf die Funktionen einer Strafakte.

³⁴ BGE 138 V 218 E. 8.1.2; 124 V 372 E. 3b; 115 Ia 97 E. 4c; BGer, 5A.20/2003 vom 22. Januar 2004, E. 2.4.1.

³⁵ Siehe dazu auch GRETER, S. 49 f.

³⁶ Vgl. dazu II.B.1.a.

³⁷ BGE 130 II 473 E. 4.1 f.; BGer, 9C_634/2022 vom 19. April 2023, E. 4.1; 2C_516/2020 vom 2. Februar 2021, E. 6.2; 2C_444/2017 vom 19. Februar 2018, E. 4.3.

³⁸ BGE 132 V 387 E. 6.2.

³⁹ Vgl. HUBER, S. 69; BRUNNER, VwVG Kommentar, Art. 26 N 32; WALDMANN/OESCHGER, Praxis-kommentar VwVG, Art. 26 N 58; KÖLZ et al., N 494; JÖRGER, S. 481; WIEDERKEHR et al., OFK VwVG, Art. 26 N 15 f.

⁴⁰ MÜLLER/SCHEFER, S. 874; RAMELET, N 149; TAG/STAUDINGER, S. 409.

rechts angewandt. Damit wird der Aktenbegriff aber auch hier – wenn auch nur indirekt – über das materielle Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz definiert.

2. Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts

a. Materieller und formeller Ansatz

Im Schrifttum verfolgt eine Mehrheit der Autorenschaft einen *materiellen* Ansatz. Danach bestimmt sich der Geltungsbereich des Einsichtsrechts nach dem vom Bundesgericht entwickelten Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz. Demnach erstreckt sich die Akteneinsicht auf sämtliche Aufzeichnungen, die geeignet sind, Grundlage des angestrebten Entscheides zu bilden.⁴¹ Dabei wird das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz im Vergleich zum Bundesgericht grundsätzlich breiter verstanden.⁴² Nach einer weiteren Lehrmeinung soll zudem nicht bereits die Eignung, sondern erst die faktische Kenntnisnahme durch die Entscheidbehörde (und die Tatsache, dass sie möglicherweise Einfluss auf den Entscheid hat) ausschlaggebend sein.⁴³

Demgegenüber wird von einem Teil der Autorenschaft ein *formeller* Ansatz vertreten. Danach unterstehen grundsätzlich alle von den Behörden im Hinblick auf einen konkreten Entscheid gesammelten Informationen dem Einsichtsrecht.⁴⁴ Ausschlaggebend ist mithin einzig der formelle Akt der Erhebung von Informationen anlässlich eines konkreten Verfahrens.⁴⁵

b. Kritik an den verwaltungsinternen Akten

Der formelle Ansatz ist mit der vom Bundesgericht entwickelten Unterscheidung in Akten mit interner und solchen mit externer Wirkung offensichtlich unvereinbar.⁴⁶ Der materielle Ansatz, der sich des bundesgerichtlichen Kriteriums der potenziellen Entscheidrelevanz bedient, erscheint zwar auf den ersten Blick als passendes Pendant zur bundesgerichtlichen

⁴¹ Vgl. KIENER et. al, Grundrechte, § 41 N 62; ALBERTINI, S. 226 ff.; KÖLZ et al., N 494; KIENER et. al, Verfahrensrecht, N 631; MOSER et al., N 3.91 f.; WIEDERKEHR/PLÜSS, N 450; WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 60; WIEDERKEHR et al., OFK VwVG, Art. 26 N 1 und 12; HUBER, S. 70 f. und 112 f.; DAUM, Kommentar VRPG/BE, Art. 23 N 2; THURNHERR, N 405; COTTIER, S. 122; MEYER, N 101.

⁴² Vgl. dazu II.C.2.b.

⁴³ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 876.

⁴⁴ SCHEFER, S. 552; MALINVERNI et al., N 1462. Ähnlich auch STEINMANN et al., St. Galler Kommentar BV, Art. 29 N 67.

⁴⁵ Teilweise einen formellen Ansatz verfolgt auch die gesetzliche Definition der Strafsakte: Gemäss Art. 100 Abs. 1 lit. b der Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0) enthält die Strafsakte u.a. «die von der Strafbehörde zusammengetragenen Akten» (siehe dazu auch GRETER, S. 46).

⁴⁶ Vgl. II.B.1.b und II.C.2.a.

Unterscheidung, zumal diese sich wie gezeigt auf dasselbe Kriterium stützt.⁴⁷ Dennoch wird die bundesgerichtliche Differenzierung in verwaltungsinterne und -externe Akten von einer Mehrheit der Autorenschaft abgelehnt.⁴⁸ Wenige halten zwar an der Kategorie der verwaltungsinternen Akten fest, verstehen den Begriff jedoch restriktiver und begrenzen ihn namentlich auf persönliche Arbeitsnotizen und Entwürfe.⁴⁹ Insoweit fassen sowohl die Vertreter des formellen als auch jene des materiellen Ansatzes den Umfang des Akteneinsichtsrechts im Ergebnis – wenn auch mit unterschiedlichen Ausprägungen – breiter als das Bundesgericht.

Gegen die Kategorie der verwaltungsinternen Akten wird von der Lehre insbesondere eingewendet, die Behörde könne ihren Entscheid (bewusst oder unbewusst) auf eine Grundlage stützen, welche den Parteien nicht zugänglich sei. Es obliege jedoch den Parteien, die Entscheidungsrelevanz der betreffenden Akte zu beurteilen. Weiter habe seit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips (auf Bundesebene im Jahr 2006) grundsätzlich jedermann die Möglichkeit, die Meinungsbildung der Verwaltung zumindest ex post nachzuvollziehen; das BGÖ⁵⁰ kenne keine generelle Ausnahme für eine Kategorie verwaltungsinterner Akten. Ferner würden Koordinationsprobleme mit dem (personenbezogenen) datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht bestehen, welches nicht auf entscheidungsrelevante Daten beschränkt sei.⁵¹

3. Geltungsbereich der Aktenführungspflicht

In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vertritt die herrschende Lehre, dass von der Behörde alles in den Akten festzuhalten ist, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann. Dies bedeutet, dass etwa schriftliche Eingaben, Stellungnahmen, Gutachten, Tonaufnahmen, Augenscheine sowie Zeugeneinvernahmen aktenmässig festzuhalten sind.⁵² Bezüglich der behördlichen Orientierungspflicht im Fall von Aktenergänzungen macht die h.L. die Orientierung im Wesentlichen von der potenziellen Entscheidungsrelevanz der hinzugefügten Aufzeichnungen abhängig.⁵³

⁴⁷ Vgl. II.B.1.b.

⁴⁸ DUBACH, S. 10 ff.; ALBERTINI, S. 228 ff.; BRUNNER, VwVG Kommentar, Art. 26 N 39 f.; KÖLZ et al., N 495; WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 66; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, N 11. Kritisch auch MOSER et al., N 3.91a.

⁴⁹ Vgl. RAMELET, N 79 ff. und 151; GRIFFEL, Kommentar VRG/ZH, § 8 N 15; KÖLZ et al., N 495.

⁵⁰ Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 17. Dezember 2004 (SR 152.3).

⁵¹ Vgl. zum Ganzen etwa WIEDERKEHR et al., OFK VwVG, Art. 26 N 21; BRUNNER, VwVG Kommentar, Art. 26 N 39 f.; WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 66.

⁵² Anstatt vieler siehe etwa WIEDERKEHR et al., OFK VwVG, Art. 26 N 25, m.w.H.

⁵³ Vgl. zum Ganzen etwa WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar VwVG, Art. 26 N 72 ff., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Fn. 232); HÄUSLER/FERRARI-VISCA, N 14.

III. «Potenzielle Entscheidrelevanz» als materielles Leitkriterium

Die bisherigen Darlegungen haben gezeigt, dass das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz im Kontext des Akteneinsichtsrechts in der Lehre und Rechtsprechung eine herausragende Bedeutung einnimmt. Im Folgenden soll dieses materielle Leitkriterium kritisch hinterfragt werden. Dabei geht es als erstes darum, die mit ihm einhergehenden Problemfelder zu identifizieren und zu analysieren (A.). Sodann sollen in einem nächsten Schritt Lösungsansätze entworfen und diskutiert werden (B.).

A. Problemfelder

1. Begriff der Verfahrensakte und Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts

Das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz erweist sich sowohl für die Aktenqualität (Aktenbegriff) als auch für den Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts unter verschiedenen Gesichtswinkeln als problematisch: Zunächst widerspricht es dem Zweck und der Grundidee des Akteneinsichtsrechts (a.). Sodann erweist sich die potenzielle Entscheidrelevanz sowohl als Merkmal des Aktenbegriffs als auch als Bedingung des Einsichtsrechts als untauglich (b.) Und schliesslich ist sie mit der formellen Natur des Akteneinsichtsrechts kaum zu vereinbaren (c.). Die verschiedenen Problemunkte begründen alles in allem ernsthafte Zweifel an der Sachgerechtigkeit des Kriteriums.

a. Unvereinbarkeit mit Zweck und Grundidee des Akteneinsichtsrechts

Das Akteneinsichtsrecht ist ein Eckpfeiler rechtsstaatlicher Verfahrensfairness.⁵⁴ Seine Zwecksetzung und Grundidee ist es, den Parteien vorbehaltlos Kenntnis von den «Entscheidgrundlagen» zu vermitteln⁵⁵ und dadurch im Ergebnis dem Äusserungsrecht (rechtliches Gehör i.e.S.) zum Durchbruch zu verhelfen.⁵⁶ Erst durch Akteneinsicht kann eine Partei aus eigener Sicht beurteilen, welche Aufzeichnungen sie im Hinblick auf den Entscheid für potenziell relevant erachtet und sich anschliessend informiert dazu äussern.⁵⁷ Das Äusserungsrecht ist wiederum Voraussetzung für fast alle weiteren prozeduralen Mitwirkungsrechte.⁵⁸ Deshalb wird das Akteneinsichtsrecht auch als Vorbedingung («Prius»)

⁵⁴ Vgl. ALBERTINI, S. 225; KIENER et al., Grundrechte, § 41 N 33; WALDMANN, BSK BV, Art. 29 N 40; BIAGGINI, OFK BV, Art. 29 N 17; Botsch. VwVG, 1354.

⁵⁵ Vgl. BGE 129 I 249 E. 3; BGer, 1A.278/2005 vom 23. Januar 2006, E. 2.1.

⁵⁶ Vgl. BGE 126 I 7 E. 2b; MÜLLER/SCHEFER, S. 871.

⁵⁷ Vgl. BVGer, B-7949/2015 vom 16. Mai 2017, E. 5.1; A-7021/2007 vom 21. April 2008, E. 6.6.

⁵⁸ SUTTER, VwVG Kommentar, Art. 30 N 1.

in Bezug auf die praktische Wirksamkeit des rechtlichen Gehörs i.e.S. – und folglich aller damit zusammenhängenden Mitwirkungsrechte – bezeichnet.⁵⁹ Diese korrelative Funktion bedingt notwendigerweise ein umfassendes Akteneinsichtsrecht. Die Begrenzung auf potenziell entscheidungsrelevante Aufzeichnungen läuft der Grundidee des Akteneinsichtsrechts zuwider.

Zudem kann die Akteneinsicht in sämtliche Verfahrensakte – unabhängig der potenziellen Entscheidungsrelevanz – zur Erhöhung der Entscheidakzeptanz⁶⁰ beitragen: Verfügt eine Partei in Bezug auf ein konkretes, laufendes Verfahren über denselben Wissensstand wie die Behörde, erhöht dies die Chance, dass sie sich ernst genommen und fair behandelt fühlt. Die Partei wird dadurch in die Lage versetzt, die potenzielle Relevanz aller Aktenstücke selbst zu beurteilen. Dem im Rahmen von Verwaltungs(justiz)verfahren bisweilen auftretenden Gefühl des Kontrollverlusts kann dadurch wirksam begegnet werden.⁶¹

Im Übrigen weisen auch die Systematik (innerhalb der Rechtsnorm) und der Wortlaut von Art. 26 VwVG darauf hin, dass der Anwendungsbereich des Akteneinsichtsrechts nicht auf potenziell entscheidungsrelevante Aufzeichnungen zu beschränken ist: Art. 26 Abs. 1 lit. b VwVG knüpft am Kriterium des Beweishabens bzw. der Entscheidungsrelevanz an, indem er «alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke» dem Akteneinsichtsrecht unterstellt. Diese Kategorie wird weit verstanden und gilt für alle Aktenstücke, die potenziell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen. Diese Kategorie ist jedoch gemäss Art. 26 VwVG nicht die einzige, welche dem Einsichtsrecht unterliegt. Vielmehr nennt die besagte Norm – nicht abschliessend – noch weitere dem Akteneinsichtsrecht unterliegende Aufzeichnungen. Art. 26 VwVG führt nur aus, in welche Aufzeichnungen *mindestens* Einsicht zu gewähren ist.⁶²

b. Untauglichkeit aufgrund prognostischer Unsicherheit

Die Grenze zwischen potenziell entscheidungsrelevanten und nicht entscheidungsrelevanten Aufzeichnungen ist häufig unscharf. Sie kann sich im Laufe eines Verfahrens auch verschieben. So ist beispielsweise denkbar, dass eine bisher als nicht relevant eingestufte Akte durch das Bekanntwerden neuer Tatsachen potenzielle Entscheidungsrelevanz erlangt. Oder es präsentiert sich die potenzielle Entscheidungsrelevanz eines Aktenstücks durch eine parteiiche Stellungnahme unvermittelt in einem ganz neuen Licht. Der prognostische Entscheid über die potenzielle Entscheidungsrelevanz ist somit stets mit beträchtlicher Unsicherheit behaftet.⁶³

⁵⁹ Vgl. BGE 115 Ia 293 E. 5a; ALBERTINI, S. 225.

⁶⁰ Zur Akzeptanz von Entscheiden siehe MÜLLER, Akzeptanz, S. 57 ff.

⁶¹ Vgl. dazu etwa MÜLLER, Psychologie, S. 39 ff. Ferner Botsch. BV, 8, wo auf die Unerlässlichkeit der Transparenz zur Schaffung des Vertrauens des Bürgers in den Staat hingewiesen wird. Siehe auch LANTER, S. 172 f., mit Bezug auf das Replikrecht und das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Justiz.

⁶² Vgl. auch BRUNNER, VwVG Kommentar, Art. 26 N 33 und 39.

⁶³ Vgl. ferner WIEDERKEHR et al., OFK VwVG, Art. 26 N 12, welche aufgrund der mit Unsicherheit behafteten Entscheidung dafür plädieren, die fragliche Aufzeichnung, allerdings nur sofern ein Einfluss auf den Verfahrensgang nicht ausgeschlossen werden kann, dem Anwendungsbereich des Akteneinsichtsrechts zu unterstellen.

Diese sollte nicht auf dem Rücken der Verfahrensfairness und der Partizipationsrechte der Parteien ausgetragen werden. Die potenzielle Entscheidrelevanz taugt insoweit schlecht als Kriterium für das Einsichtsrecht.

c. Unvereinbarkeit mit der formellen Natur

Gemäss ständiger Lehre und Rechtsprechung ist das rechtliche Gehör und somit auch dessen Teilgehalt des Akteneinsichtsrechts formeller Natur.⁶⁴ Dies bedeutet, dass die Verletzung des Akteneinsichtsrechts in jedem Fall zur Aufhebung des Entscheids führt.⁶⁵ Ob die Akteneinsicht am Inhalt des Entscheids überhaupt etwas zu ändern vermöchte, spielt keine Rolle. Massgebend ist einzig und allein die korrekte Abwicklung des Verfahrens.

Die formelle Rechtsnatur des Akteneinsichtsrechts muss sich zwangsläufig auf dessen inhaltlichen Geltungsbereich auswirken. Ihn vom Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz abhängig zu machen, widerspricht seiner materiellen Voraussetzungslosigkeit, sprich: seiner formellen Natur.⁶⁶ Auch unter diesem Gesichtswinkel erweist sich das materielle Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz als problematisch. Eine Relativierung der formellen Natur mit Blick auf den inhaltlichen Anwendungsbereich des Akteneinsichtsrechts erscheint jedenfalls nicht angezeigt.⁶⁷

Bisweilen kommt zwar auch bei anderen Teilgehalten des rechtlichen Gehörs die potenzielle Entscheidrelevanz als Kriterium ins Spiel. So etwa, wenn der Anspruch auf Abnahme rechtzeitig und formrichtig angebotener Beweismittel von deren potenzieller Entscheidrelevanz abhängig gemacht wird.⁶⁸ Dieser Einbruch in das Prinzip der formellen Natur ist nur aufgrund der begrenzten Tragweite ebendieses Teilgehalts zu rechtfertigen. Für das Akteneinsichtsrecht – der Vorbedingung wirksamer prozeduraler Mitwirkung (Stichwort: «Prius»)⁶⁹ – kann dies nach hier vertretener Ansicht nicht gelten.⁷⁰

⁶⁴ GRETER, S. 31 f., m.w.H. Während das Bundesgericht die formelle Rechtsnatur kaum näher begründet, bestehen in der Lehre verschiedene Erklärungsansätze (vgl. anstatt vieler: SCHINDLER, S. 178 ff. m.w.H.). Vereinzelt wird die formelle Rechtsnatur des rechtlichen Gehörs – insbesondere mit Blick auf die Figur der Heilung – aber auch kritisiert (siehe etwa SEILER, S. 377 ff.).

⁶⁵ Anstatt vieler siehe etwa BGE 132 V 387 E. 5.1.

⁶⁶ Für das Akteneinsichtsrecht bestehen einzig zwei *prozessuale Voraussetzungen*: Parteistellung und das Einreichen eines Gesuchs.

⁶⁷ In Bezug auf den *zeitlichen* Anwendungsbereich des Akteneinsichtsrechts wird die formelle Rechtsnatur relativiert, da das Einsichtsrecht nur während hängiger Verfahren voraussetzungslos besteht (zum Anspruch auf Akteneinsicht ausserhalb eines Verfahrens vgl. etwa BGE 129 I 249 E. 3).

⁶⁸ Vgl. dazu etwa BGE 144 II 427 E. 3.1.

⁶⁹ Vgl. III.A.1.a.

⁷⁰ Vgl. allgemein BRUNNER, VwVG Kommentar, Art. 26 N 41 f. A.M. BGE 132 II 485 E. 3.4. Im Übrigen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die potenzielle Entscheidrelevanz massgebend für das bedingte Replikrecht, das in Verfahren vor Verwaltungsbehörden Anwendung finden solle. Dieses gewähre das Recht, sich zu allen Eingaben zu äussern, die materiell geeignet seien, den Entscheid zu beeinflussen. Im Gegensatz dazu gelte gemäss bundesgerichtlicher

Aus der formellen Natur des Akteneinsichtsrechts folgt u.E. somit, dass das Einsichtsrecht vom potenziellen materiellen Einfluss der Verfahrensakte losgelöst und insofern verselbstständigt werden muss.⁷¹ Mit anderen Worten: Das Akteneinsichtsrecht besteht unabhängig vom Inhalt der Verfahrensakte.⁷²

Folglich verkennt das Bundesgericht die Wirkungsweise der formellen Natur, wenn es eine Verletzung der Akteneinsicht verneint, sofern sich nachträglich (z.B. im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens) herausstellt, dass das fragliche Aktenstück im vorinstanzlichen Verfahren objektiv als Entscheidungsgrundlage gar nicht in Frage kam.⁷³ Die potenzielle Entscheidungsrelevanz kann nur dort Bedeutung erlangen, wo es um die Frage der Heilung einer Verletzung des Akteneinsichtsrechts geht: Davon ist immer dann abzusehen, wenn eine erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Verletzung Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte.⁷⁴

2. Geltungsbereich der Aktenführungspflicht

Die Aktenführungspflicht ist wie bereits erwähnt die zentrale Vorbedingung für eine wirksame Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts. Sie dient dazu, das behördliche Handeln nachvollziehbar zu machen.

Gemäss Lehre und Praxis bestimmt sich die Aktenführungspflicht wie vorne dargelegt nach den beiden Kriterien des Sachzusammenhangs und der potenziellen Entscheidungsrelevanz.⁷⁵ Durch die Kombination dieser zwei Kriterien wird allerdings das Kriterium des Sachzusammenhangs obsolet: Jede Vorkehrung, die entscheidungsrelevant sein könnte, weist auch einen Sachzusammenhang auf. Hingegen erfüllt nicht jede Vorkehrung mit einem Sachzusammenhang das Kriterium der potenziellen Entscheidungsrelevanz. Ohnehin schiesst das Kriterium des Sachzusammenhangs über das Ziel hinaus: Müsste *alles* in den Akten festgehalten werden, was zur Sache gehört, bestünde die Gefahr, dass die Akten zu einem kaum überschaubaren Konvolut anwachsen würden.⁷⁶ Eine solch strenge Aktenführungspflicht ist weder erforderlich noch der Sache dienlich.

Rechtsprechung das unbedingte Replikrecht, welches das Recht einräume, sich zu sämtlichen Eingaben – unabhängig von deren Entscheidungsrelevanz – zu äussern, nur in Gerichtsverfahren (vgl. BGE 138 I 154 E. 2.3 und 2.5). Zu Recht kritisiert die Lehre dabei die unterschiedliche Ausprägung des Replikrechts bei Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden (siehe dazu etwa WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 31 N 13 f. und 21 ff.).

⁷¹ Vgl. ferner REINHARDT, S. 151, mit Bezug auf das rechtliche Gehör.

⁷² Vgl. ferner LANTER, S. 169, mit Bezug auf das Recht auf Stellungnahme.

⁷³ BGer, 1C_560/2008 vom 6. April 2009, E. 2, mit Verweis auf ALBERTINI, S. 228. Siehe auch BVerfG, B-4285/2020 vom 8. März 2020, E. 2.7.

⁷⁴ Vgl. THURNHERR, N 453.

⁷⁵ II.B.2 und II.C.3.

⁷⁶ GRETER, S. 55.

Das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz hingegen, wonach alles zu dokumentieren ist, was entscheidungswesentlich sein kann, erscheint auf den ersten Blick plausibel.⁷⁷ Bei näherem Hinsehen manifestieren sich die bereits im Zusammenhang mit dem Aktenbegriff und dem Umfang des Akteneinsichtsrechts erwähnten Probleme auch hier.⁷⁸ Insbesondere erweist sich das Kriterium aufgrund seiner prognostischen Unsicherheit als wenig praktikabel und im Ergebnis nicht sachgerecht:

- Werden während einem Verfahren Vorgänge, denen eine Behörde keine Relevanz beigemessen hat, nicht dokumentiert bzw. zu den Akten genommen, besteht das Problem, dass einer Partei möglicherweise Informationen vorenthalten werden, auf die sie sich – hätte sie davon Kenntnis gehabt – für ihren Rechtsstandpunkt berufen würde.⁷⁹ Schliesslich sind auch Parteieingaben, bei welchen von Anfang an feststeht, dass es ihnen an Entscheidrelevanz mangelt, zu den Akten zu nehmen.⁸⁰
- Das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz setzt eigentlich voraus, dass man im Zeitpunkt der Aktenerstellung bereits hinreichend genau abschätzen kann, welche Tatsachen für den Entscheid relevant sein könnten. Dies ist aber häufig nicht der Fall. Wie bereits dargelegt kann sich die potenzielle Relevanz im Laufe des Verfahrens aufgrund verschiedener Umstände ändern.⁸¹ Wird fälschlicherweise auf eine aktenmässige Dokumentierung verzichtet, kann der Fehler später in der Regel nicht mehr oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand korrigiert werden.⁸² Mit anderen Worten stellt diese (in der Lehre oft wiederholte) Formel der potenziellen Entscheidrelevanz eine Regel ohne Gehalt dar.⁸³

3. Schlussfolgerung und Überleitung

Die vorangehenden Darlegungen haben gezeigt, dass sich das materielle Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz weder zur Definition der Verfahrensakte noch zur näheren Bestimmung des Einsichtsrechts und der Aktenführungspflicht bewährt. Zum einen verträgt

⁷⁷ Vgl. auch die Aktenführungspflicht für Sozialversicherungsverfahren nach Art. 46 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1), wonach der Versicherungsträger «alle Unterlagen, die massgeblich sein können», zu erfassen hat. Siehe dazu allerdings KIESER, SK ATSG, Art. 46 N 17, wonach grundsätzlich jede Unterlage in die Akten aufzunehmen ist, da prospektiv eben gerade nicht feststeht, welches die entscheiderelevanten Unterlagen sein werden.

⁷⁸ Vgl. III.A.1.

⁷⁹ Eine ähnliche Situation wird erwähnt in BGE 144 II 427 E. 3.2.1, wobei die Behörde dort nur die von ihr als wesentlich eingeschätzten Akten auf CD-Rom speicherte und die CD-Rom dem Beschwerdeführer zur Verfügung gestellt wurde. Die übrigen Akten waren jedoch im Verfahrensdossier vorhanden, in welches der Beschwerdeführer ebenfalls Einsicht hatte.

⁸⁰ Vgl. WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 31 N 13.

⁸¹ III.A.1.b.

⁸² DUBACH, S. 96.

⁸³ DROESE, S. 41.

es sich nicht mit dem Zweck und der Grundidee des Akteneinsichtsrechts. Zum andern taugt es aufgrund seiner prognostischen Unsicherheit nicht als Kriterium und erscheint überdies im Lichte der formellen Natur des Akteneinsichtsrechts fragwürdig. Vieles spricht dafür, sich von diesem Kriterium zu verabschieden und nach Alternativen zu suchen. Ein Schritt, den die Praxis und eine Mehrheit der Lehre bis heute (noch) nicht getan haben.

Um sicherzustellen, dass die Parteien – wie von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangt – die Relevanz eines Aktenstücks selbst beurteilen können (subjektive Relevanz),⁸⁴ ist es zwingend, dem Akteneinsichtsrecht sämtliche im Rahmen eines konkreten Verfahrens angelegten Akten zu unterstellen und dies unabhängig von jeder potenziellen Entscheidungsrelevanz. Immerhin lässt sich in einer höchstrichterlichen Formulierung aus jüngerer Zeit eine gewisse Distanz zum Kriterium erkennen.⁸⁵ Auch der verstärkte Fokus des Bundesgerichts auf die Hilfsfunktion der sog. verwaltungsinternen Akten (und nicht den Beweischarakter bzw. die potenzielle Entscheidungsrelevanz) deutet eine wünschbare Richtungsänderung an.⁸⁶ Im Folgenden sollen entsprechende Lösungsansätze skizziert werden.

B. Lösungsansatz

1. «Verfahrensakzessorietät» als formelles Leitkriterium

a. ... für die Aktenqualität

Nach hier vertretener Auffassung eignet sämtlichen (analogen oder digitalen) Aufzeichnungen, welche die verfahrensleitende Behörde anlässlich eines konkreten Verfahrens erstellt oder beizieht,⁸⁷ die mithin «Verfahrensakzessorietät»⁸⁸ aufweisen, Aktenqualität. Keine Rolle spielt die Beschaffenheit des Informationsmediums (z.B. Schriftstücke, Pläne, Ton- oder Bildaufzeichnungen sowie andere Datenträger) und vor allem auch nicht die potenzielle oder tatsächliche Entscheidungsrelevanz. Mit anderen Worten: Verfahrensakten sind Informationen, die aufgrund eines Verfahrens festgehalten wurden⁸⁹ und somit das Kriterium der Verfahrensakzessorietät erfüllen. Der Begriff der Verfahrensakte bestimmt sich

⁸⁴ Vgl. II.B.1.a.

⁸⁵ Vgl. II.B.1.a.

⁸⁶ Vgl. II.B.1.b.

⁸⁷ Vgl. auch BVE 2014/38 E. 7, mit Bezug auf den Umfang des Akteneinsichtsrechts. Siehe ferner STEINMANN et al., St. Galler Kommentar BV, Art. 29 N 67, welche den Anspruch auf Akteneinsicht als «prozessorientiert auf ein konkretes und grundsätzlich hängiges Verfahren bezogen» bezeichnen.

⁸⁸ Vgl. THURNHERR, N 492 f. und 496 ff., die den Begriff des «verfahrensakzessorischen Akteneinsichtsrechts» verwendet, wobei die Autorin das Akteneinsichtsrecht an anderer Stelle wiederum vom Kriterium der potenziellen Entscheidungsrelevanz abhängig macht (N 405).

⁸⁹ Vgl. ferner den Begriff der Aufzeichnung in Fn. 3.

u.E. – abgesehen von wenigen Ausnahmen (dazu sogleich) – allein nach diesem formellen Kriterium.

Als *Verfahrensakten* sind demzufolge insbesondere zu erfassen:

- Eingaben der Parteien, Gutachten, Protokolle, eingereichte Plädoyernotizen, behördliche Stellungnahmen, Amtsberichte, Aktenverzeichnisse, Anträge, Mitberichte, behördliche Sachverhaltsabklärungen durch Internetrecherchen⁹⁰ und Zeitungsartikel sowie eröffnete Verfügungen und Urteile.
- Weiter gehören zu den Verfahrensakten Aufzeichnungen, die Aufschluss über die Rechtsanwendungspraxis geben (z.B. Dienstanweisungen, nicht publizierte Verwaltungsverordnungen).⁹¹
- Selbst Aufzeichnungen, die von der Behörde nicht im entsprechenden Verfahrensdossier abgelegt wurden, jedoch objektiv das Kriterium der Verfahrensakzessorietät erfüllen, gelten als Aktenbestandteile.

Nicht den Verfahrensakten zuzurechnen sind hingegen *drei Kategorien* von Aufzeichnungen, selbst wenn sie das Kriterium der Verfahrensakzessorietät erfüllen:⁹²

- *Vorbereitende Hilfsunterlagen*: Der Begriff ist restriktiv zu verstehen, da im Ergebnis alle Unterlagen auf irgendeine Weise zur Vorbereitung des Entscheids dienen. Der Fokus liegt auf der «Hilfsfunktion». Zu denken ist in erster Linie an persönliche Notizen oder rechtliche Vorabklärungen eines Mitarbeitenden. Zu differenzieren ist in Bezug auf E-Mails: Der E-Mail-Verkehr zwischen Mitarbeitenden der verfahrensleitenden Behörde gehört aufgrund seiner vorbereitenden Hilfsfunktion nicht zu den Verfahrensakten.⁹³ Erfolgt der Austausch hingegen zwischen der verfahrensleitenden Behörde und einer Verfahrenspartei und bezieht er sich auf den Verfahrensgegenstand, bildet er grundsätzlich Bestandteil der Verfahrensakten.⁹⁴ Gleiches gilt sinngemäss für Telefongespräche bzw. Telefonnotizen der verfahrensleitenden Behörde. Ist unklar, ob

⁹⁰ Behördliche Sachverhaltsabklärungen durch Internetrecherchen müssen u.E. aktenkundig gemacht werden (vgl. auch BGer, 6B_116/2013 vom 24. September 2013, E. 4 [betreffend das Strafrecht]; JÖRGER, Fn. 25; EICHENBERGER/PRIBNOW, S. 282 f. [betreffend das Sozialversicherungsrecht]. Allgemein zur Zulässigkeit von behördlichen Beweisbeschaffungen im Internet siehe auch MEYER, N 1057 ff.).

⁹¹ Solche Aufzeichnungen sind grundsätzlich ohnehin gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip allgemein zugänglich (vgl. zum Ganzen BRUNNER, VwVG Kommentar, Art. 26 N 37). Vgl. auch BGer, 1P.240/2002 vom 18. Oktober 2002, E. 3.2, mit Bezug auf Einsicht in Dienstanweisungen ausserhalb eines förmlichen Verfahrens.

⁹² Bilden Aufzeichnungen *nicht* Bestandteil der Verfahrensakten, müssen sie in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren auch nicht der Rechtsmittelinstanz eingereicht werden, sondern verbleiben bei der Behörde, die sie ursprünglich angelegt bzw. erstellt hat.

⁹³ Vgl. ferner BGer, 2C_63/2011 vom 20. Oktober 2011, E. 3.2.4 *in fine*, mit Bezug auf verwaltungsinternen E-Mail-Verkehr.

⁹⁴ Ausgenommen sind allerdings Auskünfte, die reine verfahrensadministrative Aspekte betreffen (siehe sogleich, 3. Lemma).

eine Aufzeichnung Bestandteil der Verfahrensakte bildet, ist diese Frage im Zweifelsfall – namentlich bei Notizen – zu bejahen.

- *Dokumente im Entwurfsstadium*: Im Gegensatz zu einem finalisierten Entscheid, der zweifelsohne zu den Verfahrensakten zählt, befindet sich ein Entscheidentwurf erst in der Entstehungsphase.⁹⁵ Gleiches muss auch für Gutachten gelten. Sie gehören ohne Weiteres zu den Verfahrensakten,⁹⁶ dies allerdings nicht bereits im Entstehungsprozess.
- *Administrative Auskünfte*: Betrifft eine Auskunft einzig administrative Belange, wie beispielsweise die zeitliche Verfügbarkeit der Anwaltschaft für eine Gerichtsverhandlung oder den voraussichtlichen Urteilszeitpunkt, muss dieser Austausch mangels Aktenqualität nicht in den Verfahrensakten sichtbar gemacht werden. Dies gilt unabhängig davon, auf welchem Weg die administrative Auskunft erteilt wird (z.B. Telefon, E-Mail).

Vor dem Hintergrund des vorliegend postulierten formellen Verständnisses der Verfahrensakte ist die Kategorie der verwaltungsinternen Akten, die das Bundesgericht vom Anwendungsbereich des Akteneinsichtsrechts ausschliesst,⁹⁷ aufzugeben: Wie gesehen verlangt der Zweck des Akteneinsichtsrechts einen umfassend(er)en Aktenbegriff.⁹⁸ Eine abstrahierende Beschränkung des Einsichtsrechts aufgrund der «Aktenwirkung» (verwaltungsintern vs. verwaltungsextern) erscheint insoweit nicht opportun.⁹⁹

Die Diskussion über den Umgang mit der Kategorie «interner Akten» müsste jedenfalls aus rechtsdogmatischer Sicht auf der vorgelagerten Ebene des Aktenbegriffs und nicht erst derjenigen des Geltungsbereichs des Akteneinsichtsrechts geführt werden.¹⁰⁰ Gleiches gilt für das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz: Sollte entgegen der hier vertretenen Ansicht an diesem Kriterium festgehalten werden, müsste es bei der Definition der Verfahrensakte und nicht – wie es die Mehrheit der Lehre zu tun pflegt – beim Geltungsbereich des Akteneinsichtsrechts Anwendung finden.

Sollte das Bundesgericht an der Kategorie der verwaltungsinternen Akten festhalten, ist Folgendes zu postulieren: Eine Verweigerung der Einsicht in verwaltungsinterne Akten

⁹⁵ A.M. BRUNNER, VwVG Kommentar, Art. 26 N 43, dem zufolge grundsätzlich auch Entscheidentwürfe dem Akteneinsichtsrecht unterliegen, die Einsichtnahme im Einzelfall jedoch gestützt auf Art. 27 Abs. 1 lit. a VwVG meist aufgeschoben werden muss, um der Behörde die freie Willens- und Meinungsbildung zu bewahren.

⁹⁶ Das Bundesgericht unterscheidet allerdings zwischen verwaltungsextern und -intern erstellten Gutachten, wobei erstere generell und letztere nur dann dem Einsichtsrecht unterliegen sollen, wenn sie streitige Sachverhaltsfragen betreffen (vgl. BGE 115 V 297 E. 2g/bb). Diese Praxis ist in der Lehre zu Recht auf Kritik gestossen (ausführlich dazu DUBACH, S. 20 ff.).

⁹⁷ II.B.1.b.

⁹⁸ III.A.1.a.

⁹⁹ Vgl. ferner VPB 1999 S. 416; Kantonsgericht BL, vom 28. Juli 1999, in: BLVGE 1998, E. 3a (betreffend das öffentliche Beschaffungsrecht).

¹⁰⁰ Vgl. auch DROESE, S. 49 ff., der im Ergebnis die internen Akten nicht zu den Verfahrensakten zählt.

ist – abgesehen von den nach hier vertretener Auffassung nicht vom Aktenbegriff erfassten Aufzeichnungen – nur nach erfolgter Interessenabwägung zulässig und entsprechend als Einschränkung des Akteneinsichtsrechts zu qualifizieren.¹⁰¹

b. ... für den Umfang des Akteneinsichtsrechts

Das eben dargelegte umfassende Verständnis der Verfahrensakte als eine verfahrensakzessorische Aufzeichnung hat unmittelbare Auswirkung auf den Umfang des Akteneinsichtsrechts. Letzteres erstreckt sich grundsätzlich auf sämtliche Verfahrensakten, egal, ob sie voraussichtlich für den Entscheid relevant sind, und egal auch, ob sie ihre Wirkungen vor allem innerhalb oder ausserhalb der Verwaltung entfalten. Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰² gehören wie gesehen auch etwa Anträge und Mitberichte dazu.¹⁰³ Selbstverständlich kann die Einsicht in Aktenstücke gestützt auf eine Interessenabwägung und aufgrund überwiegender Geheimhaltungsinteressen (vgl. Art. 27 VwVG) verweigert werden.

Der Umstand, dass amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahrens vom Öffentlichkeitsprinzip auf Bundesebene generell ausgenommen sind (Art. 8 Abs. 1 BGÖ), ändert nichts an deren Zugehörigkeit zu den Verfahrensakten. Eine solche gesetzliche Ausnahme besteht für das verfahrensrechtliche Akteneinsichtsrecht gerade nicht. Im Übrigen gibt es auch Kantone, die eine liberalere Praxis im Bereich des (kantonalen) Öffentlichkeitsprinzips verfolgen, wo etwa Mitberichte in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsprinzips fallen.¹⁰⁴

2. Geltungsbereich der Aktenführungspflicht

Wie bereits gesehen ist das Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz für die Aktenführungspflicht einerseits zu eng und andererseits kaum umsetzbar.¹⁰⁵ Im Gegensatz dazu geht das Kriterium des Sachzusammenhangs wie aufgezeigt zu weit.¹⁰⁶ Nach hier vertretener Auffassung bleibt zwar das materielle Kriterium des Sachzusammenhangs für die Aktenführungspflicht grundsätzlich massgebend, ist jedoch auf «wesentliche Sachzusammenhänge» zu beschränken.

¹⁰¹ Vgl. STEINMANN et al., St. Galler Kommentar BV, Art. 29 N 67; WALDMANN, BSK BV, Art. 29 N 55; JÖRGER, S. 480. Siehe auch Fn. 24.

¹⁰² Vgl. II.B.1.b. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann es immerhin aufgrund der Besonderheiten eines Verfahrens im Einzelfall geboten sein, den Parteien vor Erlass einer Verfügung Einsicht in den Verfügungsantrag der Instruktionsbehörde zu gewähren (BGer, 1C_159/2014 vom 10. Oktober 2014, E. 4.3, m.w.H.).

¹⁰³ Vgl. III.B.1.a.

¹⁰⁴ So etwa der Kanton Bern (vgl. Art. 17 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Bern [KV] vom 6. Juni 1993 [BGS 101.1]; Art. 27 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Information und die Medienförderung [IMG] des Kantons Bern vom 2. November 1993 [BGS 107.1]): Siehe dazu ausführlich NUSPLIGER, S. 150 ff.

¹⁰⁵ III.A.2. Vgl. auch JÖRGER, S. 481.

¹⁰⁶ III.A.2. Vgl. auch GRETER, S. 94, mit Bezug auf den Aktenbegriff.

Es ist nicht jedes Detail, das zu einer Verfahrenssache gehört, in den Akten festzuhalten, sondern nur die wesentlichen Inhalte einer behördlichen Massnahme. Spezialgesetzliche Bestimmungen bleiben vorbehalten.¹⁰⁷ Dabei bezieht sich die Wesentlichkeit nicht auf die potenzielle Entscheide Relevanz; Massstab bildet vielmehr die getroffene Massnahme selbst. Erfolgt etwa eine Befragung oder Einvernahme während eines Prozesses, müssen grundsätzlich die wesentlichen Aussagen der befragten Person – unabhängig davon, ob diese potenziell entscheidungsrelevant sind – festgehalten werden.¹⁰⁸ Mit anderen Worten sind auch jene prozessualen Vorgänge in den Akten sichtbar zu machen, deren potenzielle Entscheidungsrelevanz im Ergebnis zu verneinen ist. Der Prozessgang muss sauber und nachvollziehbar dokumentiert werden. Dies bedeutet auch, dass Akten, die erfasst oder beigezogen wurden, nicht einfach entfernt werden dürfen, wenn sich im Laufe des Verfahrens zeigt, dass sie nicht entscheidungsrelevant sind.¹⁰⁹ Andernfalls würde der Nachvollzug der Verwaltungstätigkeit verhindert.¹¹⁰

Die bisweilen ins Feld geführte Gefahr unnötig anschwellender Verfahrensdossiers durch die Aufnahme voraussichtlich nicht entscheidungsrelevanter Aufzeichnungen¹¹¹ ist nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Es obliegt jedoch der Behörde, Mass zu halten und aktenmässig nur zu erfassen, was einen wesentlichen Sachzusammenhang zum Verfahren aufweist. Auch der Einwand, dass solches für den Entscheid voraussichtlich nicht wesentliches Material häufig Informationen über Drittpersonen beinhaltet, deren Privatsphäre zu schützen ist,¹¹² vermag nicht durchzudringen. Der Privatsphäre Dritter kann im Rahmen einer Interessenabwägung bei der Beurteilung eines Akteneinsichtsgesuchs hinreichend Rechnung getragen werden.

Ergänzend ist zu bemerken, dass konsequenterweise auch die Orientierungspflicht im Fall einer behördlichen Aktenergänzung unabhängig von deren potenziellen Entscheidungsrelevanz zu erfolgen hat: Die Behörde hat die Parteien über die Aufnahme jeglicher neuen Aufzeichnungen ins Verfahrensdossier zu informieren, wenn diese die Aufzeichnungen nicht kennen (können).

Das Akteneinsichtsrecht vermittelt hingegen keinen Anspruch auf Beizug von Akten. Möchte eine Partei, dass die Behörde bestimmte Akten eines anderen Verfahrens beizieht, hat sie einen

¹⁰⁷ Spezielle Regelungen für die Aktenführungspflicht gelten etwa in Strafverfahren: Einerseits bestehen spezifische gesetzliche Aktenführungspflichten (Art. 76 ff., Art. 100 und 103 StPO). Andererseits verlangen die Umstände des Vorverfahrens mit Blick auf die erhobenen Datenmengen bei Durchsuchungs-, Untersuchungs- und Überwachungs massnahmen spezielle Regelungen hinsichtlich vorzeitiger Aussonderung von bestimmten Akten (Triage; vgl. z.B. Art. 247 Abs. 2 StPO; vgl. dazu BGE, 6B_627/2011 vom 30. Januar 2012, E. 3.2; RAMELET, N 171 ff.).

¹⁰⁸ Vgl. auch BGE 142 I 86 E. 2.3, wonach die Ergebnisse eines Augenscheins «ihrem wesentlichen Inhalt nach» zu dokumentieren sind.

¹⁰⁹ Vgl. auch BGE, 2C_779/2019 vom 29. Januar 2020, E. 3.3.1–3.3.4.

¹¹⁰ Vgl. KIESER, SK ATSG, Art. 46 N 18 (betreffend das Sozialversicherungsrecht).

¹¹¹ Vgl. TRECHSEL, S. 1000, mit Bezug auf ergebnislose Ermittlungstätigkeiten im Strafrecht.

¹¹² Vgl. TRECHSEL, S. 1000, mit Bezug auf ergebnislose Ermittlungstätigkeiten im Strafrecht.

entsprechenden Beweisantrag zu stellen. Dieser Anspruch besteht unter den Voraussetzungen des Beweisabnahmerechts als weiterer Teilgehalt des rechtlichen Gehörs. Der Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 12 VwVG) verpflichtet die Behörden nur zum Beizug derjenigen Akten, die zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes notwendig sind. Mit anderen Worten kann ein unterlassener Aktenbeizug durch die Behörde eine Verletzung des Rechts auf Beweisabnahme sowie des Untersuchungsgrundsatzes bewirken, wenn ohne Beizug ebendieser Akten eine rechtsgenügende Feststellung des Sachverhalts nicht möglich ist. Stützt sich die Behörde hingegen in ihrem Entscheid auf eine Aufzeichnung, die sich nicht in den Verfahrensakten befindet, besteht eine Verletzung der Aktenführungspflicht und somit des Akteneinsichtsrechts.

IV. Schluss

Der vorliegende Beitrag hat es unternommen, das im Zusammenhang mit dem Akteneinsichtsrecht etablierte materielle Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz kritisch unter die Lupe zu nehmen. Dabei konnten drei Erkenntnisse gewonnen werden:

- (1) Bevor über die Tragweite des Akteneinsichtsrechts gesprochen wird, muss die *Aktenqualität* einer Aufzeichnung geklärt werden. Die Aktenqualität hängt – abgesehen von wenigen Ausnahmen – einzig davon ab, ob eine Aufzeichnung im Laufe eines Verfahrens von der verfahrensleitenden Behörde erstellt oder beigezogen wurde, sie mit anderen Worten «Verfahrensakzessorietät» aufweist. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die vom Bundesgericht vorgenommene Unterscheidung in Akten mit verwaltungsinterner und solche mit -externer Wirkung.
- (2) Was auf «diesem Weg» ins Verfahrensdossier gelangt, unterliegt dem *Akteneinsichtsrecht*. Dessen Zwecksetzung und formelle Natur verbieten es, den Umfang des Einsichtsrechts mittels dem in Lehre und Praxis etablierten Kriterium der potenziellen Entscheidrelevanz einzuschränken. Im Übrigen ist der Entscheid über die potenzielle Entscheidrelevanz *ex ante* mit beträchtlicher Unsicherheit behaftet, weshalb sie als Kriterium ohnehin nicht praktikabel wäre. Vielmehr ist den Verfahrensbeteiligten grundsätzlich umfassend Einsicht in sämtliche Akten zu gewähren. Einschränkungen bleiben stets möglich, allerdings nur aufgrund einer Interessenabwägung.
- (3) Dieses formelle und entsprechend umfassende Begriffsverständnis der Verfahrensakte birgt die Gefahr, dass die Aktenbestände durch die Aufnahme voraussichtlich nicht entscheiderelevanter Aufzeichnungen ins Unermessliche anschwellen. Um das zu verhindern, hat sich die verfahrensleitende Behörde im Rahmen ihrer *Aktenführungspflicht* strikt am Kriterium des «wesentlichen Sachzusammenhangs» zu orientieren. Dabei geht es darum, die wesentlichen Inhalte einer getroffenen Massnahme aktenmässig festzuhalten und somit den Prozessgang sauber und nachvollziehbar zu dokumentieren. Dadurch kann die verfahrensleitende Behörde gewährleisten, dass die Verfahrensdossiers so schlank wie möglich bzw. so umfangreich wie nötig gehalten werden.

V. Literaturverzeichnis

- ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Bern, Bern 2000
- AUER CHRISTOPH et al. (Hrsg.), VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. BEARBEITER/IN, VwVG Kommentar, Art. ... N ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, OFK BV, Art. ... N ...)
- COTTIER THOMAS, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), Standortbestimmung und Perspektiven, recht 1984, S. 1–13 und 122–128
- DROESE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss. Luzern, Zürich 2008
- DUBACH ALEXANDER, Das Recht auf Akteneinsicht, Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht und seine Querverbindungen zum Datenschutz – unter besonderer Berücksichtigung der elektronischen Datenverarbeitung, Diss. Bern, Zürich 1990
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1–72, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Komm. BV, Art. ... N ...)
- EICHENBERGER SARAH/PRIBNOW VOLKER, Rentengrundlage Facebook-Profil, HAVE 2017, S. 275–283
- GRETER JEAN-PIERRE, Die Akteneinsicht im Schweizerischen Strafverfahren, Diss. Zürich, Zürich 2012
- GRIFFEL ALAIN (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar VRG/ZH, § ... N ...)
- HÄUSLER MARC/FERRARI-VISCA RETO, Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungs- und Justizverfahren, Jusletter vom 8. August 2011
- HERZOG RUTH/DAUM MICHEL (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BEARBEITER/IN, Kommentar VRPG/BE, Art. ... N ...)
- HUBER WILLY, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, Unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und des Kantons Aargau, Diss. St. Gallen, St. Gallen 1980
- JÖRGER ANDREAS, Aktenführungspflicht und Modalitäten der Akteneinsichtnahme im Verwaltungsverfahren, Anwaltsrevue 2019, S. 479–485
- KIENER REGINA et al., Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. KIENER et al., Grundrechte)
- KIENER REGINA et al., Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021 (zit. KIENER et al., Verfahrensrecht)
- KIESER UELI, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich 2020
- KÖLZ ALFRED et al., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013
- LANTER MARKUS, Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen, ZBl 2012, S. 167–182
- MALINVERNI GIORGIO et al., Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021
- MEYER CHRISTIAN, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019
- MOSER ANDRÉ et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl., Basel 2022

- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER MARKUS, Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens, in: Rüssli Markus et al. (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 57–68 (zit. MÜLLER, Akzeptanz)
- DERS., Psychologie im öffentlichen Verfahren, Eine Annäherung, Bern 2010 (zit. MÜLLER, Psychologie)
- NUSPLIGER KURT, Regierungsarbeit und Öffentlichkeitsprinzip, Medialex 2001, S. 150–157
- RAMELET ADRIEN, Le droit de consulter le dossier en procédure administrative, pénale et civile, Étude comparative de droit fédéral, Diss. Lausanne, Bern 2021
- REINHARDT KLAUS, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Diss. Zürich, Zürich 1968
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte der Grundrechte: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001
- SCHINDLER BENJAMIN, Die «formelle Natur» von Verfahrensgrundrechten, Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der «Heilung», ZBl 2005, S. 169–196
- SEILER HANSJÖRG, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 2004, S. 377–385
- TAG BRIGITTE/STAUDINGER SINA, Gedanken zum Umgang mit der Akte, in: Jeanneret Yvan/Sträuli Bernhard (Hrsg.), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani, Zürich 2021, S. 407–423
- THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Habil. Basel, Zürich 2013
- TRECHSEL STEFAN, Akteneinsicht – Information als Grundlage des fairen Verfahrens, in: Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 993–1008
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BV, Art. ... N ...)
- WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) unter Einschluss des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE), 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. BEARBEITER/IN, Praxiskommentar VwVG, Art. ... N ...)
- WIEDERKEHR RENÉ et al., VwVG Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weitere Erlasse, Zürich 2022 (zit. WIEDERKEHR et al., OFK VwVG, Art. ... N ...)
- WIEDERKEHR RENÉ/PLÜSS KASPAR, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2020

VI. Materialienverzeichnis

- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1348 ff.
- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff.

Die Auswirkungen des BGG auf das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht

*Alain Griffel**

Inhaltsverzeichnis

I.	Verfassungsrechtliche Ausgangslage	498
II.	Bundesrechtliche Anforderungen an den kantonalen Instanzenzug	499
A.	Erfordernis eines «oberen Gerichts» als Vorinstanz	499
1.	Erfordernis eines Gerichts	499
2.	Warum ein «oberes» Gericht?	501
B.	Ausnahmen von der Rechtsweggarantie	502
1.	«Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter»	502
2.	Kantonale Ausnahmen?	503
III.	Bundesrechtliche Anforderungen an die Beschwerdelegitimation	504
A.	Grundsatz der Einheit des Verfahrens	504
B.	Mindestanforderungen aufgrund der Rechtsweggarantie	506
IV.	Bundesrechtliche Anforderungen an die Kognition	506
A.	Umsetzung der Rechtsweggarantie	506
B.	Grundsatz der Einheit des Verfahrens	507
V.	Schlussbetrachtung	508
	Literaturverzeichnis	509

Das öffentliche Verfahrensrecht, dessen Bedeutung in der Praxis kaum überschätzt werden kann, ist einer der Forschungsschwerpunkte von Regina Kiener. Während vieler Jahre haben wir parallel die Bachelor-Vorlesung «Öffentliches Verfahrensrecht» an der Universität Zürich gehalten, im Turnus mit Felix Uhlmann. Unnötig zu erwähnen, dass die beliebte Dozentin Regina Kiener stets einen prallvollen Hörsaal hatte, wogegen Felix Uhlmann und ich uns jeweils mit denjenigen Studierenden begnügen mussten, die bei ihr keinen Platz mehr gefunden hatten. All dies sind Gründe genug, die geschätzte Kollegin mit einem Beitrag zum öffentlichen Verfahrensrecht zu ehren. Der Aufsatz geht der Frage nach, weshalb und

* Prof. Dr. iur., Universität Zürich. Für die Recherche und Zusammenstellung des Materials danke ich meinem Assistenten M^{Law} RAPHAEL LINDER.

inwieweit sich das Bundesgerichtsgesetz (BGG)¹ auf das Organisations- und Verfahrensrecht der Kantone auswirkt.

I. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Der Bund verfügt im Bereich des öffentlichen Verfahrensrechts nicht über eine umfassende Rechtsetzungskompetenz, vergleichbar mit jener im Zivilprozessrecht (Art. 122 Abs. 1 BV²) und im Strafprozessrecht (Art. 123 Abs. 1 BV). Er ist lediglich befugt, das Verwaltungs- und das Rechtsmittelverfahren auf Bundesebene zu regeln, ebenso die Behörden- und Gerichtsorganisation des Bundes.³ Auf kantonaler Ebene ist die Regelung des Verfahrens sowie der Behörden- und Gerichtsorganisation deshalb – entsprechend der generellen Kompetenzverteilungsregel von Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV – prinzipiell Sache der Kantone geblieben.⁴ Diese verfügen über Organisations- und Verfahrensautonomie.⁵ Grundsätzlich massgebend ist deshalb *kantonales Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsverfahrenrecht*.

Der Bundesgesetzgeber ist nur dann befugt, in die kantonale Organisations- und Verfahrensautonomie einzugreifen, wenn ihn entweder die Bundesverfassung dazu ermächtigt (wie im Bereich des Zivil- und des Strafprozessrechts) oder wenn dies aus anderen verfassungsrechtlichen Gründen notwendig ist, namentlich zur Sicherstellung der richtigen und rechtzeitigen Umsetzung des Bundesrechts.⁶ In diesem Fall muss der Eingriff überdies verhältnismässig sein.⁷ Dass eine einheitliche Regelung bloss wünschbar oder zweckmässig wäre, genügt jedoch nicht.⁸ Bundesrechtliche Vorgaben in Bezug auf den kantonalen Rechtsschutz bedürfen mithin einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

¹ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

³ Vgl. Art. 177 Abs. 3, Art. 187 Abs. 1 lit. d und Art. 188–191c BV.

⁴ Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung sah der Bundesrat «keine zwingenden Gründe», daran etwas zu ändern (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., S. 518).

⁵ Die Organisationsautonomie wird in Art. 47 Abs. 2 Satz 1 BV ausdrücklich erwähnt.

⁶ BGE 128 I 254, E. 3.8.2; vgl. auch MARTENET, CR Cst., Art. 47 N 29; THURNHERR, Einheitlichkeit und Vielfalt, S. 80; DIES., Spannungsfeld, S. 220.

⁷ BGE 128 I 254, E. 3.8.2, m.w.H.; vgl. auch BELSER/MASSÜGER, BSK BV, Art. 47 N 11, 15; BIAGGINI, Art. 47 N 8.

⁸ Dies verkannte der Bundesrat in seiner Botschaft vom 21. Juni 2023 zum sog. Beschleunigungserlass, einer Änderung des Energiegesetzes, welche die Beschleunigung der kantonalen bzw. kommunalen Verfahren im Zusammenhang mit der Planung und Bewilligung von Energieanlagen anstrebt (BBl 2023 1602, S. 23 f.). Die Bundesverfassung ermächtigt den Bund nicht, diese Verfahren zu regeln; und eine Straffung und Vereinheitlichung dieser Verfahren ist zwar wünschbar, zur Umsetzung des Bundesrechts jedoch nicht zwingend erforderlich. Zur eher largen Praxis des Bundes im Allgemeinen vgl. EGLI, St. Galler Komm. BV, Art. 47 N 21.

Eine solche kann sich insbesondere aus der *Rechtsweggarantie* (Art. 29a BV) ergeben, weil das Bundesgericht selbst nicht in der Lage ist, sie zu erfüllen; dies in Anbetracht seiner sehr stark eingeschränkten Sachverhaltskognition (vgl. Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG) und seiner grundsätzlich auf das Bundesrecht beschränkten Rechtskontrolle (vgl. Art. 95 lit. a BGG). Die Rechtsweggarantie muss deshalb im vorangehenden Verfahren gewährleistet werden; wenn sich dieses gegen Akte kantonaler oder kommunaler Behörden richtet, also im kantonalen.^{9, 10}

Das BGG wirkt sich deshalb in dreifacher Hinsicht auf das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht aus: auf den kantonalen Instanzenzug (II.), auf die Beschwerdelegitimation im kantonalen Verfahren (III.) und auf die Kognition der kantonalen Rechtsmittelinstanzen (IV.). Der zweite und der dritte Aspekt werden allerdings auch durch den Grundsatz der Einheit des Verfahrens stark beeinflusst.¹¹

II. Bundesrechtliche Anforderungen an den kantonalen Instanzenzug

A. Erfordernis eines «oberen Gerichts» als Vorinstanz

1. Erfordernis eines Gerichts

Das BGG statuiert zunächst Anforderungen an den kantonalen Instanzenzug: Es verpflichtet die Kantone, als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts grundsätzlich «obere Gerichte» einzusetzen (Art. 86 Abs. 2 BGG), in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten also den Rechtsmittelweg an ein oberes kantonales Gericht vorzusehen. Dies ist wie dargelegt notwendig, um im kantonalen Verfahren der Rechtsweggarantie Genüge zu tun, weil das Bundesgericht diese selbst nicht erfüllen kann. Dementsprechend gilt diese Anforderung

⁹ Vgl. aber die systemwidrige Ausnahme in Art. 33 lit. i des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG; SR 173.32), wonach Verfügungen kantonaler Instanzen im Sinn von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) zunächst beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können, sofern ein Bundesgesetz dies vorsieht.

¹⁰ Mit Blick auf den Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie erachtete der Bundesrat allerdings – über das Gebot der Umsetzung der Rechtsweggarantie hinausgehend – eine verfassungsrechtliche Grundlage (Art. 191b BV) als erforderlich, soweit den Kantonen die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch im Bereich des kantonalen Rechts vorgeschrieben wird (Botschaft BV [Fn. 4], S. 496, 540 f.). Auch dies wird jedoch hinreichend von der Rechtsweggarantie erfasst, so dass eine explizite bzw. weitere Grundlage im organisationsrechtlichen Teil der Verfassung zwar wünschbar, aber nicht zwingend war (ebenso BIAGGINI, Art. 191b N 1; a.M. VERNIORY, CR Cst., Art. 191b N 5, 9; WALDMANN, BSK BV, Art. 191b N 4).

¹¹ Vgl. zu diesem Grundsatz KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 110 ff., sowie hinten III.A. und IV.B.

überall dort, wo die Rechtsweggarantie greift, namentlich bei Beschwerden gegen *Entscheide* in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts nach Art. 82 lit. a BGG.

Bei *Erlassanfechtungen* gemäss Art. 82 lit. b BGG gilt das Erfordernis eines oberen Gerichts ebenfalls, allerdings nur dann, wenn und soweit die Kantone gegenüber kantonalen und kommunalen Erlassen die abstrakte Normenkontrolle vorsehen (Art. 87 Abs. 2 BGG). Dazu sind sie aufgrund der Rechtsweggarantie nicht verpflichtet, weil der Erlass einer Rechtsnorm noch keine «Rechtsstreitigkeit» im Sinn von Art. 29a BV darstellt.

In kantonalen *Stimmrechtssachen* gemäss Art. 82 lit. c BGG haben die Kantone «ein Rechtsmittel» vorzusehen (Art. 88 Abs. 2 Satz 1 BGG), wobei das Bundesgericht präzisiert hat, dass es sich um ein Rechtsmittel an ein Gericht handeln muss.¹² Dadurch ist die Rechtsweggarantie gewährleistet,¹³ soweit sie im Zusammenhang mit der Ausübung politischer Rechte überhaupt zum Tragen kommt.¹⁴ Dies ist insofern fraglich, als die Rechtsweggarantie *individuelle*, schutzwürdige Rechtspositionen schützt,¹⁵ im Zusammenhang mit politischen Rechten jedoch die *Organfunktion* der Stimmberechtigten im Vordergrund steht (mit einer dementsprechend viel weiteren Legitimationsumschreibung in Art. 89 Abs. 3 BGG, die gerade nicht auf ein persönliches Betroffensein und ein schutzwürdiges Interesse abstellt, wogegen besonders betroffene Nichtstimmberechtigte nicht zur Stimmrechtsbeschwerde legitimiert sind).¹⁶ Dessen ungeachtet scheinen Literatur und Rechtsprechung den Schutzbereich der Rechtsweggarantie auch auf die Ausübung politischer Rechte auszudehnen, zumeist ohne dies kritisch zu hinterfragen.¹⁷ So leitet das Bundesgericht aus Art. 29a und Art. 29 Abs. 1 BV (Anspruch auf ein faires Verfahren) über die Regelung im BGG hinaus sogar einen Anspruch auf Überprüfung der «Regularität» einer eidgenössischen Volksabstimmung ab, wenn nachträglich eine massive Beeinflussung der Stimmberechtigten zutage tritt.¹⁸ – Von der Verpflichtung, in kantonalen Stimmrechtssachen ein Rechtsmittel vorzusehen, sind Akte

¹² BGer, 1P.338/2006, 1P.525/2006 vom 12. Februar 2007, E. 3.10 (ZBl 2007 313 ff.), bestätigt in BGer, 1C_185/2007 vom 6. November 2007, E. 1.2.

¹³ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1916; vgl. auch BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 4.1 (BGE-Publ.).

¹⁴ Bejahend KIENER, S. 250; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1709, unter Hinweis auf die Justiziabilität von Stimmrechtssachen (was indes allein noch nicht genügt). Der Bundesrat hat dies bewusst «der zukünftigen Auslegung der Rechtsweggarantie überlassen» (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202 ff., S. 4327).

¹⁵ BGE 143 I 336, 4.1; BIAGGINI, Art. 29a N 6; GRODECKI, CR Cst., Art. 29a N 28; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 200; KRAUSE, N 16; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 427.

¹⁶ Vgl. KRAUSE, N 311 ff.

¹⁷ KRAUSE verneint die Anwendbarkeit der Rechtsweggarantie, wenn ein Beschwerdeführer im Rahmen einer Stimmrechtsbeschwerde ausschliesslich öffentliche Interessen geltend macht (N 326 f.). Der Anwendungsbereich von Art. 29a BV sei aber dennoch «stets eröffnet», weil regelmässig auch private Interessen zumindest mitverfolgt werden dürften (N 328). Der Autor folgert daraus abgestufte Anforderungen an zulässige Ausnahmen von der Rechtsweggarantie (N 405 ff.).

¹⁸ BGE 138 I 61, E. 4.3; 145 I 207, E. 1.1 (Pra 2019 Nr. 74); vgl. auch BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 4.3 (BGE-Publ.).

der kantonalen Parlamente und Regierungen ausgenommen (Art. 88 Abs. 2 Satz 2 BGG). Diese können direkt beim Bundesgericht angefochten werden, wenn das kantonale Recht keine Anfechtungsmöglichkeit vorsieht (vgl. Art. 88 Abs. 1 lit. a BGG).¹⁹ Gegen Rekurs- bzw. Beschwerdeentscheide der Regierung oder des Parlaments muss jedoch ein kantonales Rechtsmittel an ein Gericht bestehen (nicht aber gegen Einspracheentscheide).²⁰

Das Erfordernis eines «oberen Gerichts» als Vorinstanz gilt nicht nur dann, wenn die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Verfügung steht, sondern – kraft Verweisung – auch im Anwendungsbereich der *subsidiären Verfassungsbeschwerde* (Art. 114 BGG).

Übergangsrechtlich hatten die Kantone nach dem Inkrafttreten des BGG am 1. Januar 2007 zwei Jahre Zeit, ihre Gerichtsorganisation und ihre Zuständigkeitsordnung den Vorgaben des BGG anzupassen (Art. 130 Abs. 3 BGG).

Weitere Anforderungen an den kantonalen Instanzenzug statuiert das BGG nicht – und es dürfte dies auch nicht tun, weil es zur Implementierung der Rechtsweggarantie nicht notwendig wäre. So verlangt das BGG keinen doppelten kantonsinternen Instanzenzug, schreibt den Kantonen nicht vor, ein einheitliches Gericht für sämtliche öffentlich-rechtlichen Materien zu schaffen, und macht auch keine Vorgaben bezüglich der Benennung und Besetzung des oberen Gerichts sowie der Grösse des Spruchkörpers. Dies alles verbleibt weiterhin in der Autonomie der Kantone. Hingegen setzt das Erfordernis eines oberen Gerichts nach Lehre und Rechtsprechung voraus, dass das Gericht für das *ganze Kantonsgebiet* zuständig und hierarchisch *keiner anderen Gerichtsinstanz unterstellt* ist.²¹ Kann gegen die Entscheide des infrage stehenden Gerichts noch ein ordentliches Rechtsmittel an eine andere kantonale Instanz erhoben werden, so ist diese Voraussetzung nicht erfüllt.²²

2. Warum ein «oberes» Gericht?

Fraglich ist indessen, ob der Gesetzgeber befugt war, den Kantonen die Einsetzung eines «oberen» Gerichts als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts vorzuschreiben.²³ Dies wird vereinzelt bejaht und mit der Befugnis des Bundes zur Regelung der Prozessvoraus-

¹⁹ Für den Bundesrat war «der überwiegend politische Charakter in diesen Angelegenheiten unbestreitbar gegeben», so dass eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie gerechtfertigt sei (Botschaft Bundesrechtspflege [Fn. 14], S. 4327). Vgl. auch KIENER, S. 250; KRAUSE, N 165 ff.

²⁰ BGE 143 I 426, E. 3.1; BGer, 1C_223/2023 vom 22. Mai 2024, E. 4.1 (BGE-Publ.).

²¹ BGE 135 II 94, E. 4.1; TOPHINKE, BSK BGG, Art. 86 N 14a.

²² Dabei ist massgebend, dass die Entscheide des Gerichts generell und nicht bloss im betreffenden Sachbereich nicht an eine höhere kantonale Instanz weitergezogen werden können (BGE 135 II 94, E. 4.1; TOPHINKE, BSK BGG, Art. 86 N 14a).

²³ Zum Vorbehalt in Art. 86 Abs. 2 BGG, wonach auch eine untere richterliche Behörde als Vorinstanz eingesetzt werden kann, wenn ein anderes Bundesgesetz dies vorsieht, vgl. TOPHINKE, BSK BGG, Art. 86 N 15; die dort erwähnte BGG-Revision ist inzwischen gescheitert.

setzungen im Verfahren vor dem Bundesgericht gemäss Art. 188 Abs. 2 BV begründet.²⁴ Das vermag jedoch nicht zu überzeugen. Es ist für das Bundesgericht gewiss angenehm, nur «hochwertige» Gerichtsinstanzen als Vorinstanzen zu haben; die *Rechtsweggarantie* kann jedoch auch von mittleren Gerichtsinstanzen wie z.B. dem Baurekurs- oder dem Steuerrekursgericht des Kantons Zürich erfüllt werden. Das allein ist der Massstab für die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Organisationsautonomie der Kantone.²⁵ Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 110 BGG denn auch selbst zum Ausdruck gebracht, dass er sich durchaus bewusst war, dass die Rechtsweggarantie nicht nur durch ein oberes Gericht, sondern auch durch «eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde» umgesetzt werden kann. Kraft Art. 190 BV ist das gesetzliche Erfordernis eines oberen Gerichts aber selbstverständlich massgebend.

Auch Art. 87 Abs. 2 BGG, wonach die Kantone bei *Erlassanfechtungen* – soweit vorgesehen – ein oberes Gericht als Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen müssen, ist durch die Rechtsweggarantie nicht «gedeckt», weil die abstrakte Normenkontrolle von dieser wie erwähnt gar nicht erfasst wird.

B. Ausnahmen von der Rechtsweggarantie

1. «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter»

Art. 29a Satz 2 BV erlaubt es Bund und Kantonen, auf dem Weg der Gesetzgebung «die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen aus[zu]schliessen», also Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorzusehen. Die *Verfassung* nennt jedoch keinerlei Kriterien, wann eine Ausnahme gerechtfertigt ist. Die bundesrätliche Botschaft erwähnt lediglich «mangelnde Justiziabilität (z.B. Regierungsakte, bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen, die einer richterlichen Überprüfung nicht zugänglich sind), spezielle Ausgestaltung der demokratischen Mitwirkungsrechte in einem Kanton und damit verbundene Argumente der Gewaltentrennung (z.B. referendumsfähige Beschlüsse des Parlamentes)».²⁶ Im Vordergrund stehen eigentliche «actes de gouvernement»²⁷, etwa im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit.

²⁴ KISS/KOLLER, St. Galler Komm. BV, 3. Aufl. 2014, Art. 188 N 25; BGer, 4A_546/2013 vom 13. April 2014, E. 3.3.2.

²⁵ Kritisch auch WALDMANN, BSK BV, Art. 191b N 6; LANGER, St. Galler Komm. BV, Art. 191b N 8 f.

²⁶ Botschaft BV (Fn. 4), S. 524. Eine wichtige Ausnahme von der Rechtsweggarantie hat die Verfassung aus Gründen der Gewaltenteilung (so Botschaft BV [Fn. 4], a.a.O.) selbst vorgesehen: Akte der Bundesversammlung und des Bundesrats können – gesetzliche Gegenausnahmen vorbehalten – beim Bundesgericht nicht angefochten werden (Art. 189 Abs. 4 BV).

²⁷ GRODECKI, CR Cst., Art. 29a N 35; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 206; SEILER, HK BGG, Art. 86 N 30. Die «actes de gouvernement» werden allerdings teilweise als *unechte* Ausnahmen qualifiziert, die gar nicht in den Anwendungsbereich von Art. 29a BV fallen (so WALDMANN, BSK BV,

Der *Bundesgesetzgeber* konkretisierte dies in Art. 86 Abs. 3 BGG mit der Formulierung «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter»: Für solche können die Kantone «anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen». Sie können in diesen Fällen also einen rein verwaltungsinternen Instanzenzug vorsehen, der insbesondere beim Regierungsrat endet, oder Beschlüsse der Regierung oder des Kantonsparlaments von der innerkantonalen Anfechtbarkeit ausnehmen.²⁸

Auch der unbestimmte Rechtsbegriff «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter» ist indes sehr offen formuliert. Die Gesetzesmaterialien erläutern ihn nicht näher; die bundesrätliche Botschaft nennt lediglich kantonale Richtpläne als Beispiel.²⁹ Gemäss Literatur und Rechtsprechung ist der Begriff eng auszulegen: Dass eine Angelegenheit – z.B. die Erteilung einer Wassernutzungskonzession³⁰ – auch eine politische Komponente aufweist oder ein grosses behördliches Ermessen beinhaltet, genügt nicht;³¹ der *politische Charakter* muss vielmehr *klar dominieren*.³² «Der Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung kann wegen des politischen Inhalts eines Entscheids oder seines politischen Umfelds in Frage kommen, etwa weil er von den obersten politischen Behörden (Parlament oder Regierung) getroffen wird, allenfalls unter Mitwirkung des Volks [...]»³³

2. Kantonale Ausnahmen?

Art. 29a Satz 2 BV gestattet es nicht nur dem Bund, sondern auch den Kantonen, auf dem Weg der Gesetzgebung Ausnahmen von der Rechtsweggarantie vorzusehen. Die Meinung des Verfassungsgebers war, dass der kantonale Gesetzgeber nur für das *kantonale Recht* Ausnahmen von der Rechtsweggarantie statuieren kann.³⁴ Es fragt sich indessen, welchen Spielraum die Kantone diesbezüglich (noch) haben.

Bei «Entscheiden in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts» im Sinn von Art. 82 lit. a BGG – also im Rahmen der *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* – ist die Vorinstanzenregelung gemäss Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG massgebend; hier vermögen nur «Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter» eine Ausnahme zu begründen. Fällt ein kantonaler Entscheid in den Ausnahmekatalog von Art. 83 BGG, so kommt die *sub-*

Art. 29a N 23; BIAGGINI, Art. 29a N 10). Unzutreffend BGE 130 I 312, E. 4.2 (Pra 2006 Nr. 37), wo das Bundesgericht die Schranken von Art. 36 BV als massgebend erachtete.

²⁸ Vgl. BGE 136 I 265, E. 1.1, betreffend den kantonalen Richtplan im Kanton Zürich.

²⁹ Botschaft Bundesrechtspflege (Fn. 14), S. 4228, 4327.

³⁰ BGE 136 II 436, E. 1.3.

³¹ Bezüglich Ermessen vgl. BGE 149 I 146, E. 3.4.1 f.

³² BGE 136 I 42, E. 1.5.4 (Pra 2010 Nr. 69).

³³ BGE 147 I 1, E. 3.3.2. Vgl. die kasuistischen Übersichten bei AEMISEGGER, PK BGG, Art. 86 N 40 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1394 ff.; SEILER, HK BGG, Art. 86 N 32 f.; TOPHINKE, BSK BGG, Art. 86 N 20 ff.; WALDMANN, BSK BV, Art. 29a N 26.

³⁴ Botschaft BV (Fn. 4), S. 524.

sidiäre Verfassungsbeschwerde zur Anwendung (Art. 113 BGG); ebenso in Staatshaftungs- und Personalrechtsstreitigkeiten, in denen die Streitwertgrenze gemäss Art. 85 Abs. 1 BGG nicht erreicht ist und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn von Abs. 2 stellt. In diesen Fällen verweist Art. 114 BGG «sinngemäss» auf Art. 86 BGG; die dort vorgesehene Vorinstanzenregelung gilt also auch im Anwendungsbereich der subsidiären Verfassungsbeschwerde.

Das heisst: Art. 86 Abs. 2 und 3 BGG kommen bei allen kantonalen «Entscheiden in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts» zur Anwendung, da sie auf Stufe Bundesgericht entweder mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten oder mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden können. Somit besteht für all diese Fälle eine *umfassende und damit abschliessende bundesrechtliche Regelung*. Mit der Einfügung der subsidiären Verfassungsbeschwerde ins BGG im Lauf des parlamentarischen Verfahrens hat der Gesetzgeber den Kantonen die Möglichkeit genommen, eigene, über Art. 86 Abs. 3 BGG hinausgehende Ausnahmen im Sinn von Art. 29a Satz 2 BV vorzusehen, weil infolgedessen sämtliche kantonalen Entscheide ans Bundesgericht weitergezogen werden können. Die Verfassung schützt die Kantone denn auch nicht vor Einschränkungen des – ohnehin sehr engen – Regelungsspielraums durch den Bundesgesetzgeber.³⁵

III. Bundesrechtliche Anforderungen an die Beschwerdelegitimation

A. Grundsatz der Einheit des Verfahrens

Art. 89 BGG umschreibt in differenzierter, wenn auch nicht ganz abschliessender Weise³⁶ die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Art. 111 Abs. 1 BGG ergänzt dazu: «Wer zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt ist, muss sich am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können.» Soweit auf Bundesebene die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Verfügung steht, ist die im Vergleich zur früheren staatsrechtlichen Beschwerde und zur heutigen subsidiären Verfassungsbeschwerde³⁷ weiter umschriebene Beschwerdelegitimation gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG – wonach kein

³⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 109.

³⁶ So ist die sehr weit gefasste Beschwerdelegitimation bei der *Erlassanfechtung*, wo ein «virtuelles» (gemeint: potenzielles) Interesse – d.h. die minimale Wahrscheinlichkeit, dass der Erlass einmal auf die beschwerdeführende Person angewendet werden könnte – genügt, im Gesetz unverständlichlicherweise nicht geregelt, obwohl der Bundesrat dies in seiner Botschaft explizit festhielt («wie bisher nur virtuell»; Botschaft Bundesrechtspflege [Fn. 14], S. 4329). Vgl. dazu KIENER, S. 263 ff.

³⁷ Vgl. Art. 115 lit. b BGG.

rechtlich geschütztes Interesse mehr erforderlich ist, sondern ein besonderes Berührtsein in schutzwürdigen Interessen ausreicht – also auch im kantonalen Verfahren massgebend. Dies im Sinne einer Mindestanforderung: Die Kantone dürfen die Legitimation zwar weiter fassen – bis hin zur Populärbeschwerde –, aber *nicht enger*.³⁸ Insbesondere dürfen sie kein rechtlich geschütztes Interesse verlangen. Das ist nicht eine Folge der Rechtsweggarantie, zumal diese gar keine Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht vorschreibt, sondern ergibt sich aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens (so auch die Sachüberschrift von Art. 111 BGG). Dessen rechtliche Fundierung liegt auf der Hand: Könnte die Legitimation im kantonalen Verfahren enger gefasst werden, so würde es bundesrechtlich legitimierten Parteien im Differenzbereich verunmöglicht, bis ans Bundesgericht zu gelangen. Dadurch würde Bundesrecht vereitelt, was ein hinreichender Grund für eine Einschränkung der kantonalen Autonomie ist.³⁹

Der Grundsatz der Einheit des Verfahrens – auch als Grundsatz der Verfahrenseinheit bezeichnet⁴⁰ – wurde 1991 für den Anwendungsbereich der damaligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde als Art. 98a Abs. 3 ins OG⁴¹ eingefügt,⁴² das Vorläufergesetz des BGG. Weil mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch kantonale Entscheide angefochten werden können, die sich auf *kantonales oder kommunales Recht* stützen, ist seine Tragweite heute jedoch wesentlich grösser als zuvor.⁴³

Das soeben Ausgeführte gilt auch für die *besonderen Beschwerderechte* gemäss Art. 89 Abs. 2 BGG (Behördenbeschwerderecht⁴⁴, Verbandsbeschwerderecht, Autonomiebeschwerde) sowie für die Legitimation zur *Stimmrechtsbeschwerde* nach Art. 89 Abs. 3 BGG. Auch diese dürfen im kantonalen Verfahren nicht enger gefasst werden.

Der Grundsatz der Einheit des Verfahrens kommt durchgehend vor allen kantonalen Instanzen zum Tragen und bezieht sich auch auf den Parteibegriff. Insoweit – was die *Partei-stellung* anbelangt – ist also bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren der bundesrechtliche Parteibegriff (vgl. dazu Art. 6 VwVG) im Sinne einer Mindestanforderung massgebend.⁴⁵

³⁸ BGE 144 I 43, E. 2.1 (Pra 2018 Nr. 92); BGE 137 II 30, E. 2.2.1.

³⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 107.

⁴⁰ So etwa KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 110 ff.

⁴¹ Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG]) vom 16. Dezember 1943 (BS 3 531).

⁴² AS 1992 288.

⁴³ THURNHERR, Einheitlichkeit und Vielfalt, S. 86; DIES., Spannungsfeld, S. 229; vgl. auch KIENER, S. 248, betreffend die Einsetzung einer richterlichen Vorinstanz.

⁴⁴ Vgl. dazu Botschaft Bundesrechtspflege (Fn. 14), S. 4349 f.

⁴⁵ EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 111 N 4 f.; SEILER, HK BGG, Art. 111 N 6.

B. Mindestanforderungen aufgrund der Rechtsweggarantie

Unabhängig vom Grundsatz der Einheit des Verfahrens limitiert auch die Rechtsweggarantie die Möglichkeit der Kantone, die Beschwerdelegitimation einzuschränken. Den Kantonen ist es untersagt, die Beschwerdelegitimation zu eng zu fassen und den *Zugang zu einem Gericht* dadurch *indirekt zu vereiteln*, auch wenn der Grundsatz der Einheit des Verfahrens nicht greift. So wäre es beispielsweise nicht mit der Rechtsweggarantie vereinbar, zur Verhinderung bzw. Eindämmung missbräuchlicher nachbarlicher Rekurse gegen Bauprojekte die Beschwerdelegitimation von Nachbarn auszuschliessen, soweit diese die Verletzung von kantonalem oder kommunalem Recht rügen (was vor dem Bundesgericht unterhalb der Schwelle der Willkür nicht möglich ist). Auch das Erfordernis eines aktuellen und praktischen Interesses an der Beschwerdeführung kann in einem Spannungsfeld zur Rechtsweggarantie stehen, wenn es zu restriktiv gehandhabt wird.⁴⁶

IV. Bundesrechtliche Anforderungen an die Kognition

A. Umsetzung der Rechtsweggarantie

Die Rechtsweggarantie verlangt, dass im gesetzlich vorgesehenen Instanzenzug mindestens ein Gericht über volle Kognition in Bezug auf den Sachverhalt und die Rechtsanwendung (einschliesslich qualifizierter Ermessensfehler) verfügt.⁴⁷ Weil das Bundesgericht diese Anforderung nicht erfüllt, muss sie im unterinstanzlichen Verfahren erfüllt werden. Dementsprechend statuiert Art. 110 BGG Folgendes: «Soweit die Kantone nach diesem Gesetz als letzte kantonale Instanz ein Gericht einzusetzen haben, gewährleisten sie, dass dieses selbst oder eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde den Sachverhalt frei prüft und das massgebende Recht von Amtes wegen anwendet.» Damit hat der Bundesgesetzgeber den Kantonen passgenau insoweit Vorgaben gemacht, als es nötig ist, um die Rechtsweggarantie umzusetzen. Zu beachten ist, dass die Kantone aufgrund der Rechtsweggarantie frei sind und dementsprechend auch durch Art. 110 BGG nicht eingeengt werden (dürfen), das *oberste* oder ein *tieferstufiges Gericht* mit der erforderlichen Kognition auszustatten. Unterhalb dieses Gerichts müssen alle Instanzen über eine mindestens gleich weite Kognition verfügen, da diese nicht enger sein darf.⁴⁸

⁴⁶ Vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1451 f.

⁴⁷ Nicht erforderlich ist eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle, d.h. eine Kontrolle der einfachen Ermessensausübung.

⁴⁸ EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 110 N 14; SEILER, HK BGG, Art. 110 N 6.

Freie Sachverhaltsprüfung bedeutet, dass umfassend geprüft werden muss, ob der massgebende Sachverhalt richtig und vollständig ermittelt wurde.⁴⁹ Deshalb dürfen dem kantonalen «Rechtsweggarantie-Gericht» auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet werden.⁵⁰

Rechtsanwendung von Amtes wegen bedeutet, dass das kantonale Gericht die sich stellenden Rechtsfragen von sich aus und nicht bloss auf eine entsprechende Rüge hin zu prüfen hat, sofern die Beschwerde hinreichend substantiiert ist und es damit erlaubt, den Streitgegenstand zu bestimmen. Rechtsanwendung von Amtes wegen darf nur innerhalb des Streitgegenstandes erfolgen.⁵¹ Die Pflicht zur Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt auch dann, wenn im nachfolgenden bundesgerichtlichen Verfahren gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG das Rügeprinzip zur Anwendung kommt.⁵² Den Kantonen ist es mithin untersagt, für die mit der Umsetzung der Rechtsweggarantie betraute gerichtliche Instanz ein entsprechendes Rügeprinzip einzuführen.⁵³ Desgleichen gilt die Pflicht zur mindestens einmaligen umfassenden Rechtsanwendung von Amtes wegen, wenn ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid, der nicht vorwiegend politischen Charakter hat, vor dem Bundesgericht nur mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde anfechtbar ist, auch wenn dort nur noch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 116 BGG).⁵⁴

B. Grundsatz der Einheit des Verfahrens

Darüber hinaus verlangt Art. 111 Abs. 3 BGG, dass die *unmittelbare Vorinstanz* des Bundesgerichts – bei kantonalen Entscheiden also die letzte kantonale Instanz – mindestens die Rügen nach den Artikeln 95–98 prüfen können muss, d.h. jene Rügen, die auch vor dem Bundesgericht erhoben werden können. Andernfalls müsste sich das Bundesgericht mit Rügen befassen, die vor der Vorinstanz nicht thematisiert werden konnten.⁵⁵ Dabei reicht die blossе Befugnis, eine Rüge zu prüfen, nicht aus. Würde das Bundesgericht die Rüge in einer vergleichbaren Situation materiell behandeln, so muss dies auch die Vorinstanz tun,⁵⁶ und die Rüge muss frei überprüfbar sein.⁵⁷ Das ergibt sich wiederum aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens und ist auch dann zu beachten, wenn die Vorinstanz – in Angelegenheiten mit vorwiegend politischem Charakter – eine nichtrichterliche ist.⁵⁸ Das Bundesrecht

⁴⁹ EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 110 N 17.

⁵⁰ BGE 135 II 369, E. 3.3.

⁵¹ SEILER, HK BGG, Art. 110 N 15.

⁵² EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 110 N 19; SEILER, HK BGG, Art. 110 N 14.

⁵³ SEILER, HK BGG, Art. 110 N 16.

⁵⁴ Widersprüchlich EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 110 N 21.

⁵⁵ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 110; vgl. BGE 133 III 634, E. 1.1.3.

⁵⁶ BGE 137 I 296, E. 4.1 (Pra 2012 Nr. 25).

⁵⁷ BGE 133 III 687, E. 1.3.

⁵⁸ EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 111 N 3.

lässt «keinen Raum mehr dafür, dass eine letzte kantonale Instanz nur eine eingeschränkte Kognition hat, so dass bezüglich anderer Rügen direkt gegen den Entscheid der unteren Instanz die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig wäre».⁵⁹

In Fällen, die lediglich mit *subsidiärer Verfassungsbeschwerde* ans Bundesgericht weitergezogen werden können, wäre es unter dem Aspekt der Einheit des Verfahrens zumindest theoretisch zulässig, die Kognition der unmittelbaren Vorinstanz auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte zu beschränken.⁶⁰ Wenn die unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts ein Gericht sein muss – also in Angelegenheiten, die keinen überwiegend politischem Charakter aufweisen –, kommt jedoch auch in diesen Fällen Art. 110 BGG zur Anwendung.

V. Schlussbetrachtung

Die Rechtsweggarantie hat, wie dargelegt, weitreichende Auswirkungen auf die Gerichtsorganisation und das Verfahren in den Kantonen. Das kantonale Verfahrensrecht wird aber noch durch andere Faktoren geprägt und vereinheitlicht: durch weitere verfassungsmässige Garantien wie etwa den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV),⁶¹ durch die Verfahrensmaximen, die allen Verfahrensordnungen gleichsam hinterlegt sind, und durch den Grundsatz der Einheit des Verfahrens. Dadurch ist in weiten Teilen eine Art «gemeineidgenössisches öffentliches Verfahrensrecht» entstanden,⁶² ein komplexes, im Kern relativ homogenes System mit zahllosen Differenzierungen an den Rändern. Diese Komplexität ist der Preis für eine ausgeprägt föderalistische Staatsform wie die schweizerische. Eine solche ist nicht nur politisch, sondern auch rechtlich anspruchsvoll – insbesondere für die Studierenden, um den Bogen zur Einleitung zu schlagen. Regina Kiener hat ihnen dieses komplexe System während Jahrzehnten erfolgreich vermittelt und vertraut gemacht. Dafür sind ihr Generationen ehemaliger Studierender dankbar.

⁵⁹ BGE 145 I 121, E. 1.3.3.

⁶⁰ EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 111 N 17.

⁶¹ Vgl. etwa THURNHERR, Einheitlichkeit und Vielfalt, S. 80 ff.

⁶² EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 110 N 6; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 127.

Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017
- EHRENZELLER BERNHARD/EGLI PATRICIA/HETTICH PETER/HONGLER PETER/SCHINDLER BENJAMIN/SCHMID STEFAN G./SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2 Bde., 4. Aufl., Zürich/St. Gallen, Zürich/Genf 2023 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Komm. BV, Art. ... N ...)
- KIENER REGINA, Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Tschannen (Hrsg.), Neue Bundesrechtspflege – Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz (Berner Tage für die juristische Praxis 2006), Bern 2007, S. 219 ff.
- KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- KRAUSE JOSÉ, Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) im Bereich der politischen Rechte – Insbesondere mit Blick auf Probleme bei der Beschwerde in eidgenössischen Stimmrechtssachen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017
- MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Constitution fédérale – Commentaire romand, 2 Bde., Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, CR Cst., Art. ... N ...)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BGG, Art. ... N ...)
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht – Grundlagen und Bundesrechtspflege, 4. Aufl., Basel 2021
- SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS/OBERHOLZER NIKLAUS, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. BEARBEITER/IN, HK BGG, Art. ... N ...)
- SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Bundesgerichtsgesetz (BGG) – Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. BEARBEITER/IN, PK BGG, Art. ... N ...)
- THURNHERR DANIELA, Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – Die kantonale Verfahrensautonomie auf dem Prüfstand, BVR 2015, S. 74 ff. (zit. THURNHERR, Einheitlichkeit und Vielfalt)
- Die Verwaltungsrechtspflege im Spannungsfeld zwischen kantonaler Autonomie und Vereinheitlichung, BJM 2013, S. 217 ff. (zit. THURNHERR, Spannungsfeld)
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BV, Art. ... N ...)

Parallele gerichtliche Zuständigkeiten

Der Bezirksrat und das Bezirksgericht als Instanzen im Kindesschutzverfahren

*Stefanie Bauer-Sigrist/Patrice Martin Zumsteg**

Inhaltsverzeichnis

I.	Die Zürcher Bezirksräte als Gerichte	511
II.	Anspruch auf das gesetzlich geschaffene und zuständige Gericht	512
III.	Parallele gerichtliche Zuständigkeiten im Kindesschutzverfahren	512
IV.	Koordination der Instanzen im Interesse des Kinderwohls	515
	A. Kinderbelange und Kindesschutzmassnahmen	515
	B. Meinungsaustausch	515
	C. Koordination	516
	D. Folgen der Koordination	519
V.	Fazit	520
VI.	Literaturverzeichnis	521

I. Die Zürcher Bezirksräte als Gerichte

Das vielfältige Werk von Regina Kiener hat einen Schwerpunkt im Bereich der Justiz und zeigt gleichzeitig auch dort ein sehr breites Interesse. Die Publikationen reichen von der umfassenden Darstellung der richterlichen Unabhängigkeit in der Habilitationsschrift bis hin zum massgebenden Lehrbuch «Öffentliches Verfahrensrecht». Und auch mit den Zürcher Bezirksräten hat sich Regina Kiener befasst: Kritisch besprach sie das später als BGE 139 III 98 publizierte Urteil des Bundesgerichts, in welchem dieses erkannte, dass der Bezirksrat im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht als Gericht im materiellen Sinn den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt.¹

* Lic. iur. STEFANIE BAUER-SIGRIST, Rechtsanwältin, Juristische Sekretärin beim Bezirksrat Zürich; Dr. iur. PATRICE MARTIN ZUMSTEG, Rechtsanwalt, Dozent an der ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, School of Management and Law, und Bezirksrat beim Bezirksrat Zürich. Die Autorin und der Autor vertreten vorliegend ausschliesslich ihre persönliche Meinung.

¹ KIENER, ZBl 114/2013, passim. Zustimmend hingegen HÄFELI, dRSK, N 7; vermittelnd GFELLER, N 531 ff.

In der praktischen Tätigkeit des Bezirksrats spielt das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – intern nach dem entsprechenden kantonalen Einführungsgesetz «KESR» genannt – eine wichtige Rolle. Dieser ist erste Beschwerdeinstanz für Entscheide der KESB auf dem Gebiet des jeweiligen Bezirks.² Im Rahmen eines solchen Beschwerdeentscheids haben sich die Schreibenden mit dem hier dargestellten Problem befasst.³

II. Anspruch auf das gesetzlich geschaffene und zuständige Gericht

Ausgangspunkt ist der grundrechtliche Anspruch auf Beurteilung einer Sache durch das gesetzlich geschaffene und zuständige Gericht i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁴ Dadurch wird der Gesetzgeber verpflichtet, Zuständigkeit und Organisation der Gerichte im formellen Gesetz zu regeln. Diese generell-abstrakte Zuständigkeitsordnung verhindert die Manipulation von Entscheiden durch Ausnahmegerichte oder andere ad hoc oder ad personam zusammengestellte Gerichte.⁵

Damit in engem Zusammenhang steht die Beurteilung durch das gesetzlich *zuständige* Gericht. «Das Recht auf das zuständige Gericht gewährleistet dem Einzelnen, seine Streitsache von keiner anderen als jener richterlichen Instanz beurteilen zu lassen, welche zur Beurteilung der infrage stehenden Streitigkeit gesetzlich vorgesehen ist.»⁶

Nur – was ist, wenn der Gesetzgeber mit voller Absicht mehr als nur ein Gericht in derselben Sache für zuständig erklärt? Welche Instanz hat sich dann mit dieser zu befassen?

III. Parallele gerichtliche Zuständigkeiten im Kindesschutzverfahren

Diese Fragen sind nicht theoretischer Natur. Vielmehr hat der Bundesgesetzgeber in Art. 315a ZGB bestimmt, dass das Eheschutz- oder Ehescheidungsgericht zwar grundsätzlich über sämtliche Kinderbelange eines gemeinsamen Kindes, auch die nötigen Kindeschutzmassnahmen, entscheiden kann (Kompetenzattraktion).⁷ Gleichzeitig bleibt die

² Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 63 EG KESR/ZH.

³ Bezirksrat Zürich, VO.2023.10, Beschluss und Urteil der Kammer I vom 13. April 2023.

⁴ Vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 256 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 43 N 10 ff.

⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 43 N 10, m.w.H.

⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 43 N 11.

⁷ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 26 ff.

KESB aber befugt, ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen und die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann.⁸

Eine analoge Konstellation ist vor dem Bezirksrat möglich, der in diesem «zivilrechtlichen Bereich» als Gericht tätig wird.⁹ Nämlich dann, wenn ein Entscheid der KESB mittels Beschwerde beim Bezirksrat anhängig gemacht und erst im Laufe dieses Rechtsmittelverfahrens zusätzlich ein Eheschutz- oder Ehescheidungsbegehren beim Zivilgericht eingereicht wird. Der Bezirksrat als Rechtsmittelinstanz bleibt dann grundsätzlich befugt, sein Kindesschutzverfahren weiterzuführen.¹⁰

Diese parallele sachliche Zuständigkeit spiegelt sich in den Verfahrensordnungen, die nicht identisch sind.¹¹ Im eherechtlichen Verfahren ist die ZPO massgebend.¹² Hingegen ist das Verfahren vor der KESB und ihren Beschwerdeinstanzen grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur.¹³

Diese öffentlich-rechtliche Natur wird dadurch relativiert, dass einzelne Vorschriften für das Kindesschutzverfahren direkt im ZGB verankert sind und dieses die sinngemässe Anwendbarkeit der ZPO vorschreibt, «soweit die Kantone nichts anderes bestimmen» (Art. 450f ZGB).¹⁴ Wird das Bundesgericht mit einem Fall auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes befasst, ist Beschwerde in Zivilsachen zu erheben (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG).¹⁵

Die punktuelle Regulierung im ZGB erfasst etwa nicht die Rechtshängigkeit, die Verfahrensleitung, die Vereinigung und Trennung der Verfahren oder die Sistierung.¹⁶ Diesbezüglich kommt, wie erwähnt, das kantonale Verfahrensrecht zur Anwendung.¹⁷ Dieses ist im Kanton Zürich seinerseits komplex – um nicht zu sagen unübersichtlich –, da sich hier der Hang des Zürcher Gesetzgebers zur Technik des Verweisens zeigt.¹⁸ Das EG KESR/ZH

⁸ BREITSCHMID, BSK ZGB, Art. 315–315b N 7 ff.

⁹ BGE 139 III 98 E. 4.4.5 und 4.5.

¹⁰ Obergericht Zürich, LZ190008, Beschluss der I. Zivilkammer vom 27. Juni 2019, E. II.3.4.; BGer, 5A_574/2020 vom 11. Mai 2023, E. 2.5.2.

¹¹ Zu Fragen der örtlichen Zuständigkeit ausführlich AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 41 ff.

¹² Vgl. Art. 23 und Art. 271 ff. ZPO.

¹³ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1046. Zum Zusammenhang mit den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Kind WYTTEBACH, S. 245 ff.

¹⁴ HÄFELI, N 879 ff.; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1050 ff.

¹⁵ Zu Recht sprechen KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 275, deshalb von einem verfahrensrechtlichen Pendeln in derselben Sache, was «unter Umständen wenig sachgerecht» sei.

¹⁶ Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom 28.6.2006, BBl 2006 7001, 7088.

¹⁷ HÄFELI, N 807; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1052.

¹⁸ Vgl. AUER, ZBl 118/2017, *passim*.

enthält einzelne Verfahrensvorschriften, verweist aber ergänzend auf das GOG/ZH.¹⁹ Schliesslich wird – aufgrund von Art. 450f ZGB eigentlich überflüssig – verankert, dass «die Bestimmungen der ZPO sinngemäss» anwendbar sind.²⁰ Wie JAAG letztthin zur sinngemässen Anwendbarkeit zu Recht festgehalten hat, ist damit nicht zwingend verlangt, dass die Normen «eins zu eins» angewandt werden. «Vielmehr sind Besonderheiten zu berücksichtigen, die Abweichungen rechtfertigen oder erfordern können».²¹ Die Natur des materiellen Rechts und dessen Verwirklichung sind massgebend.²²

Bezüglich dieser Natur ist festzuhalten, dass Kinder und Jugendliche einerseits in ihrer Eigenständigkeit zu respektieren sind, andererseits aber auch ein besonderes Schutzbedürfnis besteht.²³ Massgebend bei allen Entscheiden, welche Minderjährige betreffen, ist die Orientierung am Kindeswohl.²⁴ Um dieser Fürsorgepflicht Rechnung tragen zu können, ist das Kindesschutzverfahren von der uneingeschränkten Untersuchungs- und Officialmaxime geprägt und die Rechtsanwendung erfolgt von Amtes wegen.²⁵

Gleichzeitig führt die Respektierung der Eigenständigkeit des Kindes dazu, dass es im Kindesschutz eine eigene Beschwerdelegitimation hat und entsprechend vor Bezirksrat Parteistellung erlangen kann.²⁶ Wenn dies – etwa aufgrund fehlender Urteilsfähigkeit – unterbleibt, ist und bleibt das Kind aber trotzdem unmittelbar von dem Verfahren betroffen und ist ins Rubrum aufzunehmen.²⁷

¹⁹ § 40 Abs. 1 und 2 EG KESR/ZH.

²⁰ § 40 Abs. 3 EG KESR/ZH.

²¹ JAAG, ZBI 124/2023, S. 625.

²² JAAG, ZBI 124/2023, S. 625; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1054.

²³ Art. 11 Abs. 1 BV und dazu WYTENBACH, S. 272 ff., m.w.H.

²⁴ Art. 3 KRK und dazu SCHMAHL, HK KRK, Art. 3 N 1 ff.; BGE 132 III 359 E. 4.4.2. Zu den Ansprüchen aus den UNO-Pakten BUCHER, S. 28 ff.; WYTENBACH, S. 114 ff.

²⁵ § 65 EG KESR/ZH; § 40 Abs. 1 EG KESR/ZH i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB und Art. 446 ZGB; der Grundsatz *iura novit curia* wird im Beschwerdeverfahren dadurch eingeschränkt, dass die Beschwerde zu begründen ist (Art. 314 i.V.m. Art. 450 Abs. 3 ZGB). Vgl. auch HÄFELI, N 882; Obergericht Zürich, PQ190050, Urteil der II. Zivilkammer vom 26. August 2019, E. 2.3, je m.w.H.

²⁶ Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. Zur Prozessfähigkeit ZOGG, FamPra.ch 2017, S. 405 ff.; HÄFELI, N 886 f.

²⁷ Eingängig DIGGELMANN, in: FS Meier, S. 109 f.

IV. Koordination der Instanzen im Interesse des Kinderwohls

A. Kinderbelange und Kindesschutzmassnahmen

Kinderbelange und Kindesschutzmassnahmen sind zu differenzieren. Letztere ergeben sich aus den Art. 307–317 ZGB.²⁸ Demgegenüber ist der Begriff der Kinderbelange weiter und umfasst alle das Kind betreffenden Umstände und Normen, etwa die Obhut, den persönlichen Verkehr und den Unterhalt.²⁹ Zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen ist grundsätzlich die KESB zuständig.³⁰ Bei Einleitung eines eherechtlichen Verfahrens tritt die erwähnte Konstellation ein, in welcher die Kompetenz hinsichtlich sämtlicher Kinderbelange beim Zivilgericht liegt und eine parallele Zuständigkeit im Kindesschutz gegeben ist.³¹

Die Abgrenzung zwischen diesen Zuständigkeiten respektive zwischen Kindesschutz und Kinderbelangen vorzunehmen, kann in der Praxis schwierig sein. So obliegt die Regelung des Besuchsrechts bei scheidungswilligen Eltern dem Gericht.³² Demgegenüber stellen die Anordnung einer Beistandschaft zwecks Regelung der Modalitäten der Besuche («Besuchsrechtsbeistandschaft») oder eine allenfalls gleichzeitig notwendige Besuchsbegleitung Kindesschutzmassnahmen dar.³³ In solchen Konstellationen ist näher zu prüfen, ob ein zweigleisiges Verfahren weiterhin möglich und sinnvoll ist.

B. Meinungsaustausch

Bei Zweifeln ist ein Meinungsaustausch unter den Behörden, deren Zuständigkeit in Frage kommt, das naheliegende Vorgehen.³⁴ Diesbezüglich ist aber eine Regulierungslücke zu konstatieren: Das ZGB beauftragt zwar die Kantone, Vorschriften zur zweckmässigen Zusammenarbeit der Behörden und Stellen auf dem Gebiet des Kindesschutzes aufzustellen.³⁵ Allerdings sieht weder das Bundesrecht noch einer der qua kantonalen Rechts anwendbaren Erlasse einen solchen Meinungsaustausch zwischen Bezirksrat und Bezirksgericht

²⁸ Vgl. die Überschrift zu diesen Normen im ZGB: «C. Kindesschutz». HÄFELI, N 1047, spricht vom zivilrechtlichen Kindesschutz.

²⁹ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 12 und 26.

³⁰ Art. 315 Abs. 1 ZGB; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 8 und 13.

³¹ Vgl. oben III.

³² Art. 133 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 273 ff. ZGB.

³³ Art. 308 sowie Art. 274 und 307 ZGB.

³⁴ So explizit etwa Art. 8 Abs. 2 VwVG oder Art. 4 Abs. 2 VRPG/BE.

³⁵ Art. 317 ZGB und dazu BREITSCHMID, BSK ZGB, Art. 317 N 1 ff.

vor.³⁶ Ein Umstand, der wohl auf die Art der Rechtssetzung durch Verweise zurückgeführt werden kann.³⁷ Jedenfalls ist unseres Erachtens nicht davon auszugehen, dass der kantonale Gesetzgeber die Möglichkeit eines Meinungsaustauschs durch qualifiziertes Schweigen ausschliessen wollte. Es handelt sich um eine echte Lücke.³⁸

Ein Kompetenzkonflikt würde nicht der Verwirklichung des Kindeswohl dienen. Dieses verlangt danach, möglichst rasch, (wieder) eine stabile Situation zu schaffen.³⁹ Insbesondere ist zu vermeiden, dass die Parteien ein neues Verfahren anstrengen müssen, um einen positiven oder negativen Kompetenzkonflikt zu beseitigen; ein Meinungsaustausch muss zulässig sein.⁴⁰ Dieser lässt sich unseres Erachtens hilfsweise auf die Rechtsanwendung und insbesondere die Prüfung der Zuständigkeit von Amtes wegen stützen.⁴¹

C. Koordination

Im Rahmen eines solchen Meinungsaustauschs – hier zwischen dem Bezirksrat und dem Bezirksgericht – sind die Verfahren im Hinblick auf die Kinderbelange und Kindesschutzmassnahmen zu koordinieren. Mit Blick auf das Kindeswohl sind widersprechende Anordnungen und Entscheide ebenso zu vermeiden wie zeitliche Lücken, in welchen die rechtliche oder tatsächliche Situation unklar ist.⁴² Zudem ist das Beschleunigungsgebot zu beachten.⁴³ Konkret schlagen wir zur Koordination der Verfahren vor dem Bezirksrat und dem Bezirksgericht folgendes Vorgehen vor:

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vor beiden Instanzen (weiterhin) gegeben sind, also tatsächlich ein Fall der parallelen Zuständigkeit vorliegt.

An einer parallelen Zuständigkeit dürfte es regelmässig bei Kinderbelangen ohne Kindesschutzmassnahmen fehlen. Mit dem Anhängigmachen eines eherechtlichen Verfahrens oder

³⁶ Art. 444 Abs. 3 ZGB gilt nur für die KESB. Aufgrund des fehlenden Verweises im EG KESR/ZH nicht anwendbar ist zudem § 5 VRG/ZH.

³⁷ Vgl. oben III.

³⁸ Zum Begriff der Lücke statt vieler TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 576 f.

³⁹ Allgemein «ein Umfeld von Kontinuität und Stabilität», vgl. BGE 146 III 313 E. 6.2.2, m.w.H.

⁴⁰ Die Zulässigkeit eines Meinungsaustauschs zwischen KESB und Zivilgericht ergibt sich aus Art. 444 Abs. 3 ZGB; vgl. auch AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 15 f. und 35 f.

⁴¹ § 40 Abs. 3 EG KESR/ZH und Art. 450f ZGB verweisen für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz ergänzend auf die ZPO, hier konkret Art. 59 f. ZPO; vgl. Obergericht Zürich, PQ190056, Beschluss der II. Zivilkammer vom 6. September 2019, E. 2.1. A.A. MARANTA, BSK ZGB, Art. 444 N 5, der hier Art. 444 Abs. 3 ZGB analog zur Anwendung bringen will.

⁴² AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 35 f.

⁴³ Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK und dazu KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 41 N 5 ff. Vgl. auch Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindergerechte Justiz, verabschiedet durch das Ministerkomitee des Europarates am 17. November 2010, Nr. 50.

einer Klage auf Unterhalt geht die Kompetenz zur Regelung von Kinderbelangen nämlich auf das damit befasste Gericht über und der Bezirksrat verliert seine diesbezügliche Entscheidungsbefugnis bzw. Zuständigkeit.⁴⁴

Ebenfalls möglich ist der nachträgliche Wegfall des Rechtsschutzinteresses – etwa, wenn das Bezirksgericht mit einer vorsorglichen Massnahme die Obhut des Kindes entsprechend der vor Bezirksrat umstrittenen Anordnung der KESB regelt.⁴⁵

Fällt eine Prozessvoraussetzung nachträglich weg, etwa die Zuständigkeit oder das Rechtsschutzinteresse, ist das Verfahren abzuschreiben.⁴⁶ Zwar prägt die perpetuatio fori grundsätzlich das öffentliche Verfahrensrecht,⁴⁷ hier ist aber die ZPO anwendbar.⁴⁸ Diese gilt vor dem Zivilgericht ohne weiteres und vor dem Bezirksrat wenigstens sinngemäss.⁴⁹ Letzterer wird im Kindesschutz im «zivilrechtlichen Bereich»⁵⁰ als Gericht tätig und ein vom Zivilgericht unterschiedliches Verständnis würde dem Interesse an der Vermeidung widersprechender Entscheide und der Prozessökonomie zuwiderlaufen.⁵¹ Um die Rechte der Parteien zu wahren, ist ihnen das Ergebnis des Meinungsaustauschs und die Absicht, das eine Verfahren durch Abschreiben zu erledigen, zur Kenntnis zu bringen (etwa mittels einer Aktennotiz) und sie sind einzuladen, von ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör Gebrauch zu machen.⁵²

Gehen keine oder nur zustimmende Stellungnahmen ein, unterstreicht dies den Wegfall des Rechtsschutzinteresses. Will eine Partei an dem Verfahren festhalten, hat sie zu begründen, weshalb ihrer Ansicht nach die Prozessvoraussetzungen weiterhin gegeben sind. Im Anschluss ist das Verfahren dann entweder weiterzuführen oder entgegen dem Parteibegehren abzuschreiben. Gegen einen Abschreibungsentscheid ist Beschwerde an das Obergericht möglich.⁵³

⁴⁴ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Art. 176 Abs. 3, Art. 133 Abs. 1, Art. 134 Abs. 4, Art. 275 Abs. 2, Art. 298, Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB. Aus der Rechtsprechung: BGE 145 III 436 E. 4; Obergericht Zürich, LZ190008, Beschluss der I. Zivilkammer vom 27. Juni 2019, E. 3.3.

⁴⁵ Obergericht Zürich, PQ210076, Beschluss der II. Zivilkammer vom 13. Dezember 2021, E. I.2.–3.

⁴⁶ Obergericht Zürich, PQ230038, Urteil der II. Zivilkammer vom 31. August 2023, E. 2.2; GSCHWEND/STECK, BSK ZPO, Art. 242 N 3 ff., je m.w.H. In Obergericht Zürich, PQ210076, Beschluss der II. Zivilkammer vom 13. Dezember 2021, E. II.3.2, scheint das Gericht von der (unzutreffenden) Annahme ausgegangen zu sein, dass eine Prozessvoraussetzung von Beginn an fehlte, was zu einem Nichteintreten hätte führen müssen.

⁴⁷ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 502, m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁴⁸ GEHRI, BSK ZPO, Art. 59 N 3 f., m.w.H.

⁴⁹ Vgl. oben III.

⁵⁰ BGE 139 III 98 E. 4.4.5 und 4.5.

⁵¹ Vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 16; Obergericht Zürich, PQ190049, Urteil der II. Zivilkammer vom 3. September 2019, E. II.2.1.

⁵² Allgemein zum rechtlichen Gehör KIENER/KALIN/WYTENBACH, § 41 N 33 ff.

⁵³ Art. 450 ff. ZGB und § 64 EG KESR/ZH.

Liegt tatsächlich eine parallele Zuständigkeit vor, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die vor Bezirksrat hängigen Kindesschutzmassnahmen in sinnvoller Art und Weise unabhängig von den übrigen Kinderbelangen beurteilt werden können. Wo dies nicht der Fall ist, sollte der Bezirksrat sein Verfahren zu Gunsten des für sämtliche Kinderbelange zuständigen Bezirksgerichts abschreiben.⁵⁴ Das Instrument ist hier ebenfalls die Abschreibung, auch wenn die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich gegeben wären. Allerdings hat die Partei, welche eine zweite Instanz mit derselben Sache befasst hat, offenbar kein Interesse mehr an einer materiellen Beurteilung der Sache durch die erste Instanz, hier den Bezirksrat.⁵⁵

Bei der Beurteilung, ob die Sache beim Bezirksrat abgeschrieben werden kann, ist zu überlegen, ob das Bezirksgericht über die umstrittenen Kindesschutzmassnahme mit der gleichen Kognition und innert vergleichbarer Frist befinden kann. Sind keine dringlichen Kindesschutzmassnahmen begründet oder ersichtlich, wird es zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten regelmässig zweckmässig sein, das Beschwerdeverfahren abzuschreiben.⁵⁶

Zu berücksichtigen sind schliesslich noch die Parteien eines Verfahrens. Einerseits kann sich das Kind vor Bezirksrat als Partei konstituieren.⁵⁷ Andererseits sind aber auch nahestehende Personen und weitere Personen mit einem rechtlich geschützten Interesse grundsätzlich legitimiert, einen Entscheid der KESB mittels Beschwerde dem Bezirksrat zu unterbreiten.⁵⁸ Vor Bezirksgericht ist das urteilsfähige Kind anzuhören und eine Vertretung des Kindes ist insbesondere dann angezeigt, wenn Kindesschutzmassnahmen zu beurteilen sind.⁵⁹ Diesbezüglich hat die Vertretung des Kindes sodann die Kompetenzen, eigene Anträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen.⁶⁰ Damit wird das Kind nicht Partei, erlangt aber immerhin eine prozessuale Stellung *sui generis*.⁶¹ Demgegenüber fehlt dem erwähnten erweiterten Kreis an Personen im eherechtlichen Verfahren jegliche Legitimation, so dass Konstellationen denkbar sind, in welchen diese durch Abschreibung des bezirksrätlichen Verfahrens sämtliche Parteirechte verlieren würden.⁶²

⁵⁴ § 40 Abs. 3 EG KESR/ZH i.V.m. Art. 242 ZPO.

⁵⁵ Vergleichbar mit dem Rückzug der Beschwerde, vgl. zum Abschreibungsentscheid KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1653 ff.

⁵⁶ Bezirksrat Zürich, VO.2023.10, Beschluss und Urteil der Kammer I vom 13. April 2023, E. 2.6.

⁵⁷ Vgl. oben III.

⁵⁸ Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 ZGB; dazu HÄFELI, N 888 f.

⁵⁹ Art. 298 Abs. 1 und Art. 299 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 ZPO; BUCHER, S. 82; MICHEL/STECK, BSK ZPO, Art. 299 N 36.

⁶⁰ Art. 300 lit. f ZPO; MICHEL/STECK, BSK ZPO, Art. 300 N 2 ff. Zur (heiklen) Vertretung des Kindes durch Inhaber der elterlichen Sorge ZOGG, FamPra.ch 2017, S. 424 ff. und 439 ff.

⁶¹ BGE 142 III 153 E. 5.2.2; ZOGG, FamPra.ch 2017, S. 435 ff.

⁶² Kritisch gegenüber diesem Resultat auch AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 31.

Zur Absicht, das Verfahren trotz grundsätzlich vorhandener (paralleler) Zuständigkeit abzuschreiben, ist ebenfalls allen Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren.⁶³ Ein Abschreibungsentscheid des Bezirksrats ist, wie erwähnt, beim Obergericht anfechtbar.⁶⁴

Grundsätzlich möglich ist auch die Sistierung eines der parallelen Verfahren.⁶⁵ In den meisten Fällen wird dies aber dem Beschleunigungsgebot – konkret: dem Interesse, möglichst rasch (wieder) eine stabile Situation für das Kind zu schaffen – widersprechen.⁶⁶ Dies bedingt einen formell rechtskräftigen und entsprechend vollstreckbaren Entscheid.⁶⁷

Damit ist auch festgehalten, dass die zentrale Maxime der vorgestellten Überlegungen das Kindeswohl ist. Das Prozessrecht darf dieses aufgrund seiner dienenden Funktion nicht vereiteln und es ist das verfahrensrechtliche Vorgehen zu wählen, welches den wohlverstandenen Interessen des betroffenen Minderjährigen am besten dient.⁶⁸ Entsprechend sind auch die Folgen der Koordination zu bedenken.

D. Folgen der Koordination

Endet das Kindesschutzverfahren vor Bezirksrat durch Abschreibung, ist Art. 315a ZGB wieder in seiner Grundkonstellation anwendbar: Das Zivilgericht ist für sämtliche Kinderbelange, auch die Kindesschutzmassnahmen, zuständig.⁶⁹ Allerdings bleibt die «Dringlichkeitszuständigkeit» der KESB bestehen.⁷⁰ Sollte das eherechtliche Verfahren aus irgendeinem Grund dahinfallen, lebt die allgemeine Zuständigkeit der KESB zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen wieder auf.⁷¹

Diese Konstellation spricht ebenfalls gegen eine Sistierung des Verfahrens vor dem Bezirksrat.⁷² Nach einer Wiederaufnahme seines Verfahrens hätte dieser nämlich – ohne Bindung an die Parteianträge – den aktuellen Sachverhalt festzustellen und die dem Kindeswohl angemessenste Lösung anzuordnen.⁷³ Das entspricht dem Vorgehen der KESB. Diese ist als originär zuständige Fachbehörde allerdings regelmässig näher an den Parteien und den

⁶³ Vgl. oben IV.C.

⁶⁴ Art. 450 ff. ZGB und § 64 EG KESR/ZH.

⁶⁵ Art. 126 ZPO; zur Sistierung im Hinblick auf ein anderes Verfahren GSCHWEND, BSK ZPO, Art. 126 N 11 ff.

⁶⁶ Vgl. GSCHWEND, BSK ZPO, Art. 126 N 2 und oben IV.B.

⁶⁷ Zur Vollstreckbarkeit KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 852 ff.

⁶⁸ Vgl. oben III.

⁶⁹ Art. 315a Abs. 1 ZGB.

⁷⁰ Vgl. Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB; Begriff nach BREITSCHMID, BSK ZGB, Art. 315–315b N 9.

⁷¹ Art. 315 Abs. 1; BGer, 5A_574/2022 vom 11. Mai 2023, E. 2.4.2.

⁷² Vgl. oben IV.C.

⁷³ Zu den Maximen, welche das Kindesschutzverfahren prägen oben III.

konkreten Umständen des Falls. Ihre Befassung ist deshalb sachgerechter und eröffnet – erneut – die Möglichkeit des Rechtsschutzes durch den gesamten Instanzenzug.⁷⁴

Der Umstand, dass die KESB allgemein und insbesondere in dringlichen Fällen zuständig bleibt, vermeidet aber nicht bereits alle Unklarheiten.⁷⁵ Solche können sich insbesondere aus angeordneten vorsorglichen Massnahmen und der aufschiebenden Wirkung ergeben.⁷⁶ Damit die Parteien Gewissheit darüber haben, welche Regelungen nach der Erledigung des Verfahrens durch Abschreibung (wieder) gelten, hält der Bezirksrat dies jeweils der Klarheit halber im Dispositiv fest.⁷⁷ Gleichzeitig überweist er die Sache an das weiterhin befassende Gericht.⁷⁸

V. Fazit

Der Anspruch auf die Beurteilung einer Streitsache durch das gesetzlich zuständige Gericht kann in der Rechtspraxis insbesondere dann zu Schwierigkeiten führen, wenn das Gesetz mehrere Instanzen parallel für zuständig erklärt. Grundsätzlich wäre es am Gesetzgeber, in solchen Konstellationen auch Regeln darüber aufzustellen, wie die Instanzen ihre jeweiligen Verfahren koordinieren sollen.

Wo dies nicht der Fall ist, ist daran zu erinnern, dass das Verfahrensrecht keinen Selbstzweck darstellt, sondern dienende Funktion hat. Insbesondere darf es die Verwirklichung des materiellen Rechts nicht vereiteln.

Sind Kinder vom Ausgang eines Verfahrens betroffen, ist die Orientierung am Kindeswohl zentral. Um dieses bestmöglich zu verwirklichen, haben sich die Instanzen ins Vernehmen zu setzen und möglichst rasch, (wieder) für eine stabile Situation zu sorgen. Jedes Kind verdient – in den Worten des Bundesgerichts – «ein Umfeld von Kontinuität und Stabilität».⁷⁹ Es ist an den Erwachsenen und den staatlichen Institutionen, dafür Sorge zu tragen.

⁷⁴ Bezirksrat Zürich, VO.2023.10, Beschluss und Urteil der Kammer I vom 13. April 2023, E. 2.5.

⁷⁵ Vgl. oben IV.D.

⁷⁶ Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 und Art. 450c ZGB. Für vorsorgliche Kindesschutzmassnahmen, die vor Rechtshängigkeit eines eherechtlichen Verfahrens angeordnet wurden, bleiben die KESB und der Bezirksrat zuständig, vgl. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. 315–315b N 27.

⁷⁷ Bezirksrat Zürich, VO.2023.10, Beschluss und Urteil der Kammer I vom 13. April 2023, Dispositiv-Ziff. III.

⁷⁸ Vgl. Obergericht Zürich, PA130020, Beschluss und Urteil der II. Zivilkammer vom 1. Juli 2013, E. 4.

⁷⁹ BGE 146 III 313 E. 6.2.2.

VI. Literaturverzeichnis

- AFFOLTER-FRINGELI KURT/VOGEL URS, Berner Kommentar, Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Das Kindesvermögen, Minderjährige unter Vormundschaft, Bern 2016 (zit. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, BK ZGB, Art. ... N ...)
- AUER ANDREAS, Die Verweisungsmanie des Zürcher Gesetzgebers, ZBl 118/2017, S. 1 f. (zit. AUER, ZBl 118/2017)
- BUCHER LAURA, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2013
- DIGGELMANN PETER, Das Kind ist rot zu schreiben, Die prozessuale Stellung des Kindes im Prozess seiner Eltern, in: Breitschmid Peter et al. (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 103 ff. (zit. DIGGELMANN, in: FS Meier)
- GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BEARBEITERIN, BSK ZGB, Art. ... N ...)
- GFELLER KATJA, Die Justizfunktion der Zürcher Bezirksräte, Einordnung in das System der Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St. Gallen 2021.
- HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021
- HÄFELI CHRISTOPH, Der Bezirksrat ist auch ein Gericht, dRSK, publiziert am 29. April 2013 (zit. HÄFELI, dRSK)
- JAAG TOBIAS, Verweisung auf sinngemäss anwendbare Regelungen, ZBl 124/2023, S. 625 f. (zit. JAAG, ZBl 124/2023)
- KIENER REGINA, Bemerkungen zum Entscheid des Bundesgerichts, II. zivilrechtliche Abteilung, 17. Dezember 2012, 5C_2/2012 (Rechtsschutz im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts), ZBl 114/2013, S. 265 ff. (zit. KIENER, ZBl 114/2013)
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- SCHMAHL STEFANIE, Kinderrechtskonvention, mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden und Wien und Zürich/St. Gallen 2017 (zit. SCHMAHL, HK KRK, Art. ... N ...)
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BEARBEITERIN, BSK ZPO, Art. ... N ...)
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022
- WYTENBACH JUDITH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Basel 2006
- ZOGG SAMUEL, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017, S. 404 ff. (zit. ZOGG, FamPra.ch 2017)

Die Rechtsprechung des EGMR und ihre Umsetzung durch das Schweizerische Bundesgericht

Insbesondere Befolgings- und Berücksichtigungspflicht

Thomas Stadelmann*

[...] auch wenn man die besondere Funktion der Organe der EMRK berücksichtigt, bleibt deren Aufgabe die Rechtsanwendung und nicht die Rechtsfindung.

Franz Matscher

Inhaltsverzeichnis

I.	Die Rechtsprechung des EGMR	524
A.	Die Aufgabe des EGMR	524
B.	Rechtliche Einordnung der EMRK	525
1.	Multilateraler völkerrechtlicher Vertrag	525
2.	Konsequenz	526
C.	Selbstverständnis des EGMR – insbesondere EMRK als «living instrument»	528
D.	Zwischenfazit	530
E.	Exkurs: Überlegungen zu gewaltenteiligen Zuständigkeiten in der Schweiz – insbesondere mit Blick auf völkerrechtliche Verträge	533
1.	Insbesondere: Prärogative des Gesetzgebers	533
2.	System des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht gemäss bundesgerichtlicher Praxis	533

* Dr. h.c, Rechtsanwalt, Bundesrichter, Luzern. Der Beitrag ist Teil einer Trilogie: Vorliegend wird – der Titel besagt es – die Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung durch das Bundesgericht beleuchtet, wobei zwischen Befolgings- und Berücksichtigungspflicht unterschieden wird und diesbezügliche Besonderheiten dargestellt werden. Insbesondere für den Teil, in dem es um die Befoligungspflicht geht, gibt sodann der Beitrag «Völkerrecht, Landesrecht und die institutionellen Regelungen beim neuen Verhandlungsmandat der Schweiz mit der EU» (erscheint in *sui generis*) Grundlagen für die hier dargestellten Überlegungen. Der vorliegende Beitrag stellt schliesslich seinerseits Grundlage dar für das in ««Richterlicher Aktivismus» – ein diskussionswürdiges Thema in der Schweiz?» (erscheint in der Festschrift Bundesgericht, vorgesehene Publikation 2025) erörterte Problem; dies, indem er versucht, für einen konkreten Bereich – der Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung – methodisch korrekte Regeln aufzuzeigen.

II.	Wirkung der (beschwerdegutheissenden) Urteile des EGMR	534
A.	Befolgungspflicht des Bundesgerichts (<i>res iudicata</i>)	535
1.	Grundsatz: Revision nach Art. 122 BGG	535
2.	Problempunkt 1: Andere Wiedergutmachung	535
3.	Problempunkt 2: Verjährungsbestimmungen	536
4.	Problempunkt 3: Eingeschränkte Überprüfung der rechtlichen Grundlagen durch den EGMR	537
B.	Berücksichtigungspflicht (<i>res interpretata</i>)	538
1.	Grundsatz	538
2.	Konsequenzen	538
a.	Möglichkeit der kritischen Auseinandersetzung mit der EGMR-Rechtsprechung	539
b.	Problem der Weiterentwicklung der EGMR-Rechtsprechung durch die nationale Judikative	539
c.	Explizite Äusserungen von Legislative und/oder Exekutive	540
C.	Fazit zur Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung durch das Schweizerische Bundesgericht	541
III.	Literaturverzeichnis	541

I. Die Rechtsprechung des EGMR

Der Fokus des vorliegenden Beitrages liegt auf der Umsetzung der Rechtsprechung des EGMR durch das Schweizerische Bundesgericht. Teil I, welcher sich mit einigen Aspekten der Rechtsprechung des EGMR befasst, dient somit lediglich der Absteckung des Terrains, auf dem sich der II. Teil, die Überlegungen zu den Wirkungen der beschwerdegutheissenden Urteile des EGMR, bewegt. Er soll und kann daher bloss rudimentär sein.

A. Die Aufgabe des EGMR

Ausgangspunkt und Grundlage jeder Betrachtung über die Rolle und das Wirken des EGMR und dessen Auswirkungen auf das innerstaatliche Recht muss die EMRK sein.

In der EMRK lassen sich zur Aufgabe und Funktion des EGMR verschiedene Bestimmungen festmachen. Massgebend ist offensichtlich der II. Abschnitt, welcher sich explizit mit dem Gerichtshof beschäftigt. Im ersten Artikel dieses Abschnitts, in Art. 19 EMRK, wird festgehalten, dass ein ständiger Gerichtshof für Menschenrechte errichtet wird, um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, welche sich für die Vertragsstaaten aus der EMRK und den Protokollen hierzu ergeben. Primär sind zwar nach Art. 1 EMRK die Vertragsparteien verpflichtet, die EMRK-Garantien auf innerstaatlicher Ebene zu gewährleisten, das Letztentscheidungsrecht in Auslegungsfragen der Konvention steht

aber dem Gerichtshof zu (Art. 32 EMRK). Als Gericht hat der EGMR sodann seine Befugnisse justizförmig auszuüben, das heisst, dass er die Konvention juristischer Methodik entsprechend anzuwenden hat.¹

B. Rechtliche Einordnung der EMRK

Um zu beleuchten, was es bedeutet, die Konvention juristischer Methodik entsprechend anzuwenden, ist vorab festzustellen, wie die EMRK rechtlich zu qualifizieren ist, hängt doch die anzuwendende Methodik von dieser Qualifikation ab.

1. Multilateraler völkerrechtlicher Vertrag

Die EMRK ist eine schriftlich abgeschlossene Übereinkunft zwischen den Mitgliedern des Europarates, in welcher diese allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I der Konvention bestimmten Rechte und Freiheiten zusichern.² Es handelt sich somit um einen völkerrechtlichen Vertrag gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a des Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK; SR 0.111), präziser um einen multilateralen völkerrechtlichen Vertrag. Als (internationaler) Vertrag setzt die EMRK eine Übereinkunft zwischen den beteiligten Staaten, d.h. die Willensübereinstimmung zwischen ihnen voraus.³ Dieser Vertrag sieht zwar nicht Leistungen einer Vertragspartei gegenüber einer anderen Partei vor, sondern der Vertragsinhalt besteht darin, dass sich die Vertragsparteien zu einem bestimmten Verhalten gegenüber Dritten – allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen (gem. Art. 1 EMRK) – verpflichten. Dies ändert jedoch nach hier vertretener Auffassung nichts daran, dass es sich um eine Übereinkunft handelt, welche in rechtlich bindender Weise auf die Begründung bzw. Gewährung von Rechten durch die Vertragsstaaten abzielt und ihnen entsprechende (Verhaltens-)Pflichten auferlegt, werden diese doch – entsprechend dem herkömmlichen Verständnis im Völkerrecht – durch souveräne, d.h. selbstbestimmte (autonome) Staaten im Wege der Übereinkunft nach ihrem Gutdünken festgesetzt.⁴ Entgegen Äusserungen in der Literatur hat darauf auch der Umstand keinen Einfluss, dass es sich bei den im Vertrag gewährten Rechten um Menschenrechte handelt: der Inhalt des Vereinbarten ändert nichts daran, dass eine vertragliche Übereinkunft vorliegt, diese mutiert also nicht aufgrund ihres Inhalts zu einer durch die Europaratsmitglieder – als quasi zentraler Gesetzgeber erlassene – Rechtsgrundlage *sui generis* oder zu einem verfassungsähnlichen Instrument⁵.

¹ Vgl. BAADE, S. 15.

² Siehe Art. 1 EMRK.

³ Vgl. DELBRÜCK/WOLFRUM, S. 514.

⁴ Vgl. DELBRÜCK/WOLFRUM, S. 512.

⁵ Vgl. auch KLOCKE, S. 154. Anders aber bspw. der EGMR selber und viele Kommentatoren, vgl. BAADE (S. 10): «Der Gerichtshof selbst und viele Kommentatoren beanspruchen für seine Arbeit

2. Konsequenz

Wie jeder Vertrag bedarf auch die EMRK der Auslegung. Aufgrund ihrer Qualifikation als völkerrechtlicher Vertrag hat diese Auslegung nach den in Art. 31 ff. VVK festgehaltenen Grundsätzen zu erfolgen.⁶

Was das im vorliegenden Kontext vor allem interessierende zeitliche Element der Auslegung betrifft, d.h. die Frage, am Rechtsbestand welchen Zeitpunkts sich die Auslegung zu orientieren hat, werden in der völkerrechtlichen Literatur ein statischer und ein dynamischer Approach unterschieden.⁷ DÖRR führt dazu aus, der statische Approach stelle die Grundregel dar, und der dynamische Approach komme dann in Frage, wenn es um die Auslegung von generischen Begriffen gehe, d.h. von Begriffen, bei denen die Vertragsparteien davon ausgingen, dass sich ihr Inhalt im Laufe der Zeit ändern würde, und denen sie daher vermutlich die Bedeutung geben wollten, die ihnen im Lichte der zum Zeitpunkt der Aus-

hingegen immer wieder eine auf den Kontrollmassstab der Menschenrechte gegründete legitime Spezialität, eine gewisse Besonderheit im Gegensatz zu anderen internationalen Gerichten und sonst üblicher völkerrechtlicher Methodik.»

Siehe bspw. auch WIŚNIEWSKI, S. 8: «Treaties for the protection of human rights, such as the ECHR, are not typical international agreements. With such instruments we have to consider two-fold obligations: horizontal, i.e. between states, and vertical, i.e. concerning the relationship between the state and the individual. This undoubtedly affects the way in which such treaties are interpreted, and this also applies to the ECHR par excellence.» Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen; würde man ihr folgen, so müsste man zum Beispiel auch bei der Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen von nicht typischen Völkerrechtsverträgen ausgehen, auch dort geht es in erster Linie um den Schutz der Individuen, nämlich der Steuerpflichtigen vor Doppelbesteuerung. (Der Autor ist sich sehr wohl bewusst, dass die Doppelbesteuerungsproblematik nicht das gleiche Gewicht hat wie eine Menschenrechtsverletzung; das ist aber nicht der Punkt, sondern es geht um die Bewertung des Arguments, dass Regelungen zugunsten der Individuen – im Gegensatz zu denjenigen zwischen Staaten – zur Diskussion stünden). Zu Feststellungen KÜNZLIS (S. 93 f.): «Die VRK stellt keinen direkten Bezug zum System der Menschenrechte her. Ihr Art. 60 Abs. 5 [«Beendigung oder Suspendierung eines Vertrags infolge Vertragsverletzung»] enthält jedoch einen Ausnahmetatbestand für Vertragsbestimmungen (humanitärer) Art. Dieser Verweis bezieht sich neben dem humanitären Völkerrecht auch auf menschenrechtliche Bestimmungen. [...] legt das Bestehen dieser Sonderregeln aber wiederum den Umkehrschluss nahe, dass die übrigen Bestimmungen der VRK [...] integral auf menschenrechtliche Verpflichtungen anzuwenden sind.») ist zudem anzumerken, dass auch eine Analyse der VVK dazu führt, Menschenrechtsverträgen keinen Sonderstatus zuzuerkennen.

⁶ Zwar wurde die EMRK vor der VVK geschaffen und findet die VVK gem. ihrem Art. 4 unmittelbar nur auf Verträge Anwendung, die nach ihrem Inkrafttreten abgeschlossen wurden. Es ist heute jedoch allgemein anerkannt, dass die in den Art. 31 und 32 VVK enthaltenen Bestimmungen über die Vertragsauslegung vorbestehendes Völkergewohnheitsrecht widerspiegeln (vgl. DÖRR, Art. 31 N 6 f.). Aus demselben Grund ist es auch nicht relevant, dass die Europaratsstaaten Frankreich, Island, Monaco, Norwegen, Rumänien, San Marino und Türkei die VVK nicht ratifiziert haben (vgl. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/treaty/1969/0099/de>), eingesehen am 8. Februar 2024).

⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden DÖRR, Art. 31 N 22 ff.

legung herrschenden Umstände zukommt.⁸ Dieser einschränkenden Zulassung des dynamischen Approaches ist nach hier vertretener Auffassung uneingeschränkt zu folgen: Sie ergibt sich praktisch zwangsläufig daraus, dass es um die Auslegung von Verträgen geht, also dessen, was die Vertragsparteien miteinander vereinbart haben.⁹ Soweit die Vertragsparteien nicht generische Begriffe im vorgenannten Sinne verwendet haben, bleibt daher kein Raum, die Auslegung aufgrund der aktuellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Auslegung vorzunehmen.¹⁰

Von dieser statischen Betrachtungsweise können zwar Weiterentwicklungen der tatsächlichen Gegebenheiten nicht erfasst sein.¹¹ Derartigen Veränderungen ist vielmehr bei der Vertragsauslegung Rechnung zu tragen, indem geprüft wird, was die Vertragsparteien gewollt hätten, falls sie von der – zukünftigen – Veränderung Kenntnis gehabt hätten; andernfalls hätten Weiterentwicklungen der tatsächlichen Gegebenheiten zur Folge, dass vertraglich Vereinbartes erstarren würde und – aufgrund veränderter Umstände – allenfalls keine Anwendung mehr finden könnte.

Ausgeschlossen ist dagegen, aktuelle, geänderte Wertungen – wie bspw. politische Einschätzungen – der Auslegung von früher, mit anderen Werteinstellungen Vereinbartem zugrunde zu legen, sofern sich diese geänderte Wertung nicht in geänderter – und notabene

⁸ Vgl. dazu den linguistischen Ansatz zur Differenzierung von Äusserungen bei LINDERFALK, S. 128 ff. Vgl. auch die Beispiele bei BÖTH, S. 165: «Betrachtet man die in den dargestellten Entscheidungen zentralen Begriffe wie *erniedrigende Strafe* und *Folter* sowie die Frage, wann etwas als *diskriminierend* oder ein Verbot als *in der demokratischen Gesellschaft notwendig* zu erachten ist, so deutet allein schon der Wortlaut auf Normkonzipierungen hin, die auf außerhalb der Norm selbst liegende Weltanschauungen und Werte verweist. Diese sind jedoch wandelbar.»

⁹ Was sich daraus ergibt, brachte Antonin Scalia, ehemaliger Justice des US Supreme Courts, wie folgt zum Ausdruck: «[T]o alter, amend, or add to any treaty, by inserting any clause, whether small or great, important or trivial, would be on our part an usurpation of power, and not an exercise of judicial functions. It would be to make, and not to construe a treaty. Neither can this Court supply a *casus omissus* in a treaty, any more than in a law. We are to find out the intention of the parties by just rules of interpretation applied to the subject matter; and having found that, our duty is to follow it as far as it goes, and to stop where that stops – whatever may be the imperfections or difficulties which it leaves behind.» (Chan v. Korean Air Lines, Ltd., 490 U.S. 122, decided April 18, 1989, S. 135).

¹⁰ Vom dynamischen Approach zu unterscheiden ist die Verwendung dynamischer Elemente bei der (grundsätzlich aufgrund eines statischen Approaches vorgenommenen) Auslegung, wie bspw. die Berücksichtigung späterer Übereinkünfte oder späterer übereinstimmender Praxis, welche bereits in den Auslegungsregeln des WVK enthalten ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a und b WVK; vgl. DÖRR, Art. 31 N 27). Ebenso BÖTH, S. 123: «Aus der Annahme, dass der Vertragstext der authentische Ausdruck des Willens der Vertragsstaaten ist, folgt, dass die zu bestimmende gewöhnliche Bedeutung desselben grundsätzlich auf den Zeitpunkt zu beziehen ist, in dem die Vertragsstaaten diesen Vertragstext angenommen haben. Maßgeblich ist nach der Auslegungslehre der WVK zunächst der mit dem Vertragstext angenommene Parteikonsens zum Abschlusszeitpunkt des Vertrages.»

¹¹ Als simples Beispiel sei hier eine Regelung betreffend Telefondienstleistungen anzunehmen, welche zu einer Zeit abgeschlossen wird, in welcher noch keine Mobiltelefonie existiert.

übereinstimmender – Praxis zeigt.¹² Anders zu entscheiden hiesse, einer Vertragspartei eine neue Wertung aufzuzwingen, zu deren Übernahme sie nicht Hand geboten hatte.¹³

C. Selbstverständnis des EGMR – insbesondere EMRK als «living instrument»

Nach der (kurzen) Darstellung, wie völkerrechtliche Verträge nach vorherrschendem Verständnis auszulegen sind, ist der Blick der EMRK zuzuwenden, insbesondere der Frage, wie der EGMR seine Rolle sieht und wie sich das in seiner Praxis zur Auslegung der EMRK ausdrückt.

Über das Selbstverständnis des EGMR und ganz besonders über seine Qualifikation der EMRK als «living instrument» bzw. die Folgen, die der Gerichtshof daraus zieht, gibt es eine unüberblickbare Menge an Äusserungen in der Fachliteratur und in den Medien. Der vorliegende Beitrag ist nicht der Ort, um auf diese Fragen vertiefter einzugehen. Trotzdem ist die Thematik, wie weiter hinten¹⁴ aufzuzeigen sein wird, im vorliegenden Kontext von Relevanz und hier deshalb in aller Kürze anzuschneiden.

Der EGMR hat erstmals im Fall *Tyrer v. United Kingdom*, entschieden am 25. April 1978 (Application no. 5856/72), ausgeführt, die EMRK sei ein «*living instrument*»:

«The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field.»¹⁵

Was bereits hier auffällt, ist der Umstand, dass der EGMR keinerlei Begründung dafür gibt, weshalb die Konvention ein «living instrument» und daher – entgegen den vorstehend

¹² Vgl. auch DÖRR zur Subsequent Practice (Art. 31 N 77): «From there, it is only a small step to recognize that, because the parties are the masters of their treaty, a meaning derived from subsequent practice, which is consistent and embraces *all parties of a treaty*, constitutes an authentic interpretation established by agreement[...]» (Auszeichnung durch Autor).

Es verhält sich hier analog wie bei Verfassungsgerichten, wo ebenfalls ein fundamentaler Unterschied besteht zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfindung: «Leitlinie sollte sein, nicht die Norm fortzuentwickeln, sondern ihre Änderungen nachzuvollziehen» (MATSCHE, S. 552).

¹³ Für Deutschland stellt KLOCKE, S. 150 fest: «Demokratische Legitimation in der Rechtskenntnis ist in Deutschland jedoch unverzichtbar (Art. 79 Abs. 3 GG).» Dies dürfte auch der herrschenden Auffassung in der Schweiz entsprechen. Vgl. auch KLOCKE, S. 152: «Da Art. 31 Abs. 3 lit. c) [WVK] nur einen Völkerrechtssatz bzw. ein [...] völkerrechtliches Prinzip erfordert, verzichtet das Gericht sogar darauf, zu untersuchen, ob die Mitgliedstaaten der EMRK die Erkenntnisquelle selbst ratifiziert haben. Das ist eine nicht unbedenkliche Umgehung staatlicher Geltungsakte, [...]»

¹⁴ II. B. Berücksichtigungspflicht (*res interpretata*).

¹⁵ a.a.O. N 31.

dargelegten völkerrechtlichen Grundsätzen – dynamisch, nach den zur Zeit der Auslegung herrschenden Gegebenheiten auszulegen sei. Weiter fällt auf, dass der EGMR nicht differenziert zwischen den im Auslegungszeitpunkt bestehenden tatsächlichen Gegebenheiten und den Einstellungen (*common standards*). Schliesslich geht der EGMR auch nicht darauf ein, was «*commonly accepted*» genau bedeutet und wie dieses Verständnis allenfalls mit dem völkerrechtlichen Grundsatz in Einklang gebracht werden kann, wonach bei der Auslegung von Verträgen das von den Vertragsparteien bei Vertragsabschluss – bzw. allenfalls nachträglich – Gewollte zu eruieren ist.

In der Folge hat der EGMR immer wieder auf das «*living instrument concept*» zurückgegriffen. Aus verschiedenen Entscheidungen ergibt sich, dass er unter «*commonly accepted standards*» u.a. die Einstellungen der Gesellschaft zu sozialen Fragen versteht¹⁶, und dass er bei der Untersuchung, ob derartige Standards bestehen, die Praxis in verschiedenen Vertragsstaaten berücksichtigt¹⁷. Was in der EGMR-Rechtsprechung nicht zu finden ist, ist die explizite Auseinandersetzung mit der Frage, wie die Feststellung einer bestimmten aktuell dominierenden Lösung in einer sozialen oder politischen Frage dazu führen kann, der Vertragspartei eines völkerrechtlichen Vertrages diese – neue – Lösung aufzuzwingen. Entsprechend fehlt auch jeder Hinweis darauf, weshalb bloss Mehrheitsverhältnisse in den Vertragsstaaten dies völkerrechtlich rechtfertigen könnten,¹⁸ oder gar der Hinweis auf die

¹⁶ Vgl. bspw. *Case of X v. Austria*, entschieden am 19. Februar 2013 (Application no.19010/07), N 139: «Also, given that the Convention is a living instrument, to be interpreted in present-day conditions, the State, in its choice of means designed to protect the family and secure respect for family life as required by Article 8, must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil-status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life.»

¹⁷ Vgl. bspw. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*, entschieden am 24. Juni 2010 (Application no. 30141/04), N 58, wo der common standard verneint wurde, weil nur 6 von 47 Staaten die gleichgeschlechtliche Ehe kennen würden, oder *Case of Christine Goodwin v. United Kingdom*, entschieden am 11. Juli 2002 (Application no. 28957/95), N 55, wo ein common standard festgestellt wurde, weil 33 von 37 Staaten die Änderung des Geburtszertifikates nach Geschlechtsanpassung zulassen.

¹⁸ Dabei wird hier keineswegs übersehen, dass ein allgemeiner Konsens über die Bedeutung eines interpretationsbedürftigen Begriffs nach Auffassung der Völkerrechtslehre – unter bestimmten Umständen – als «spätere Übung» qualifiziert und unter Art. 32 WVK einzuordnen ist (vgl. dazu MAASS, S. 255 ff., mit Hinweis auf ILC, Report on the work of its 70th session [30.04.–10.08.2018], UN Doc. A/73/10, N 51 f.; siehe auch DÖRR, Art. 32 N 25). Dazu ist allerdings einerseits zu bemerken, dass die «ergänzenden Auslegungsmittel des Art. 32 [...] nur unter den genannten Bedingungen heranzuziehen [sind], nämlich zur Bestätigung eines durch Anwendung des Art. 31 WVK gewonnenen Auslegungsergebnisses oder aber in den Fällen der lit. a und lit. b, in denen eine Auslegung anhand der Allgemeinen Auslegungsregel die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel lässt bzw. zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt» (BÖTH, S. 120; vgl. auch DÖRR, Art. 32 N 27). Aus den im genannten Report der ILC erwähnten Rechtsprechungsbeispielen ergibt sich zudem, dass durchwegs – in den anwendbaren Verträgen verwendete – unbestimmte Rechtsbegriffe zur Diskussion standen (a.a.O., S. 34 f.), es also um die Auslegung von den Parteien gewählter generischer Begriffe (vgl. dazu vorstehend bei Fn. 9)

Situation in Nichtvertragssaaten wie Singapore, Canada, Südafrika, Israel, Australien, Neuseeland oder der Mehrheit der Staaten der USA (so aber der EGMR bspw. im Fall *Christine Goodwin v. United Kingdom*, entschieden am 11. Juli 2002 [Application no. 28957/95])¹⁹.

D. Zwischenfazit

Die Ansicht, dass geänderte Auffassungen und Einstellungen – und zwar bereits, wenn diese bloss in einer Mehrheit der Vertragsstaaten vertreten werden – der Auslegung der EMRK zugrunde zu legen sind, widerspricht nach hier vertretener Auffassung sowohl den in der WVK festgelegten Grundsätzen zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge²⁰ wie auch dem völkerrechtlich anerkannten Ausgangspunkt, wonach es sich bei völkerrechtlichen Verträgen um das handelt, was souveräne, d.h. selbstbestimmte (autonome) Staaten im Wege der Übereinkunft nach ihrem Gutdünken festgesetzt haben.²¹

ging. Davon zu unterscheiden ist die Einführung neuer Rechte oder Ansprüche, basierend auf irgendwelchen Konsens-Argumentationen. Mit MAASS ist daher festzuhalten, dass «der EGMR [...] sich vorzugsweise ausdrücklich entgegen eines vorliegenden europäischen Konsenses entscheiden [sollte], anstatt das Konsens-Kriterium zu verbiegen, um zu einer bestimmten Entscheidung zu gelangen; denn bei letzterem Vorgehen muss er sich erst recht mit dem Vorwurf konfrontieren lassen, eigene Werturteile unter dem Mantel der Objektivität des europäischen Konsenses durchzusetzen» (a.a.O., S. 251).

¹⁹ Vgl. a.a.O., N 56; Kritisch auch GRABENWARTER/PABEL, § 5 N 9 ff.

²⁰ Vgl. DÖRR, Art. 31 N 83 ff.; so auch BAADE, S. 30. Andernorts (S. 36 f.) weist BAADE allerdings auf die Berücksichtigung nachfolgender Staatenpraxis gestützt auf Art. 31 Abs. 3 b WVK hin. Er hält dazu fest, dass sich in weiten Teilen der Völkerrechtsliteratur Zustimmung zur Berücksichtigung nachfolgender Staatenpraxis zeige, auch wenn diese – anders als von Art. 31 Abs. 3 b WVK verlangt werde – nicht auf die Akzeptanz aller Vertragsparteien gestossen sei, wobei teilweise eingeräumt werde, dass dies über die WVK hinausgehe, aber trotzdem gebilligt werde. Nach hier vertretener Auffassung kann es sich bei solcher Vorgehensweise jedoch nicht mehr um Vertragsauslegung handeln. Es handelt sich dabei vielmehr um eine an gewohnheitsrechtsbezogene Überlegungen anknüpfende und damit – durch explizite Feststellung einer angeblich «gewohnheitsrechtlichen» Basis – rechtsetzende Vorgehensweise (vgl. auch Fn. 19).

²¹ Nicht gefolgt werden kann KLOCKE, S. 154, wenn er der Methodik des EGMR dennoch ein gewisses Verständnis entgegenbringt und diese nicht ablehnt, sondern für kritische Anwendung plädiert, und dies wie folgt begründet: «Man kann von einem Mitgliedstaat der EMRK nicht erwarten, dass sich dieser mit einer rückständigen Menschenrechtsentwicklung abfindet, da diese die Menschenrechte ausweislich der Präambel fortentwickeln will». Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil jeder Staat frei ist, bei sich selber über die Mindeststandards hinauszugehen; ohne das Einverständnis des anderen betroffenen Staates darf er dieses «Mehr» von diesem jedoch nicht einfordern.

Kritisch zur Praxis des EGMR auch POLGÁRI, Consensus, S. 84: «As Judge Murray rightly noted: the consensus «as an interpretative tool is inherently problematic» and «it begs important questions of legitimacy». It continues to be arbitrary – as shown in the case-studies – how the Court chooses the applicable notion of consensus: while the conservative notions put a constraint on the Court and allow divergence for the domestic authorities, the dynamic notions facilitate

Bei der Lektüre von abweichenden Meinungen in der Literatur, kann man sich vielfach des Eindrucks nicht erwehren, dass es letztlich nicht darum geht, wie die Eruiierung des vertraglich Vereinbarten methodisch korrekt erfolgen soll, sondern dass Zielvorstellungen *de lege ferenda* zugrunde liegen: einerseits bei Literatur mit Schwerpunkt zu völkerrechtlichen Überlegungen die Idee, dass es wünschbar ist, allgemein gültige, internationale Rechtsvorstellungen möglichst weiterzuentwickeln, andererseits bei Literatur mit Schwerpunkt zu menschenrechtlichen Überlegungen die Idee, dass es einen Standard der Menschenrechte geben sollte, welcher ständig verbessert werden²² und allgemeine Gültigkeit haben soll.

Insbesondere den letztgenannten Überlegungen liegt eine – häufig festzustellende – Überstrapazierung der EMRK-Präambel zugrunde:

Vorab ist mit DELBRÜCK/WOLFRUM zu beachten, dass es zu einem Vertrag gehört, «dass wenigstens einer Partei rechtliche Verpflichtungen auferlegt, oder dass Verpflichtungen aufgehoben oder geändert werden sollen», wobei der Vertragsinhalt – wie bspw. im Fall der EMRK – «auch darin bestehen [kann], dass die Parteien sich gemeinsam zur Beachtung allgemeiner Regeln für ihr zukünftiges Verhalten verpflichten. Immer aber muss eine rechtliche Bindung beabsichtigt sein. [...] auch der Text eines Vertrages kann Erklärungen oder Klauseln enthalten, mit denen die Parteien keine rechtlichen Bindungen eingehen wollten. So pflegen die Parteien in den Präambeln oder Vorsprüchen zu einzelnen Teilen ihrer Verträge im allgemeinen keine zusätzlichen Verpflichtungen zu übernehmen. Die rechtliche Bedeutung von Erklärungen in solchen Präambeln besteht vielmehr darin, dass sie als Auslegungshilfe für den Vertragstext dienen können.»²³

Vor allem aber gibt die Präambel der EMRK nicht das von vielen Autoren insbesondere aus dem dritten Absatz Interpretierte her: Dort wird festgehalten, «dass es das Ziel des Europa-

development even it may not be grounded convincingly in the practice of the member states.» Vgl. auch WIŚNIEWSKI, S. 242: «The ECtHR judgements should be more deeply and systematically embedded in the system of international law, including the Vienna Convention on the Law of Treaties.»

²² Bezeichnend bspw. PALMER OLSEN/TODDINGTON, S. 14: «The ECtHR has adopted a dynamic approach to human rights and developments in the case law of the Court must be seen against the background of a political will to strive for higher humanitarian standards in this regard.» Siehe auch LETSAS, S. 271: «[...] the originalist argument that evolutive interpretation of human rights might offend state consent is simply irrelevant. It is the nature of human rights treaties, the kind of value they serve that directs us to look at drafters' more abstract intentions and ignore their concrete or meta-intentions.»

Ähnlich auch SAUL, S. 9: «The special nature of human rights treaties, as creating rights for individuals against the state, rather than rights and obligations between states, fuels arguments for a particular approach to their interpretation.»

Als weiteres Beispiel POLGÁRI, Role, S. 88: «The core purpose of the Convention – as mentioned above – is to lay down certain international standards to be observed by the Contracting States in their relations with persons under their jurisdiction» and to contribute to their «maintenance and further realisation» (Auszeichnung durch Autor).

²³ DELBRÜCK/WOLFRUM, S. 515

rats ist, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herzustellen, und dass eines der Mittel zur Erreichung dieses Zieles die Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist.» Für sich alleine genommen könnte aus dem Wort «Fortentwicklung» wohl der von POLGÁRI²⁴ (und vielen anderen) getroffene Schluss gezogen werden. Zu Recht weist jedoch einerseits KLOCKE²⁵ darauf hin, dass «die Fortentwicklung auch als Aufforderung an die politischen Gremien und Mitgliedstaaten des Europarates aufgefasst werden» kann, und macht ergänzend darauf aufmerksam, dass der EGMR allen Verflechtungen zum Trotz kein Organ des Europarates ist. Andererseits ist Absatz 3 der Präambel zusammen mit den Absätzen 2 – «in der Erwägung, dass diese Erklärung bezweckt, die universelle und wirksame *Anerkennung und Einhaltung* der *in ihr aufgeführten Rechte* zu gewährleisten» – und 5 – «die ersten Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie *bestimmter in der Allgemeinen Erklärung aufgeführter Rechte* zu unternehmen» – zu lesen (Auszeichnung durch Autor). Es wird damit nach hier vertretener Auffassung überdeutlich, dass der erwähnte Absatz 3 missinterpretiert wird; er gibt keine Grundlage dafür, das vertraglich Vereinbarte weiterzuentwickeln, sondern legt wohl bloss dar, weshalb die Europaratsstaaten sich veranlasst sahen, die EMRK – als einen der ersten Schritte! – zu schaffen.

Rechtspolitisch und *de lege ferenda* sind die erwähnten Standpunkte sicher legitim. In Bezug auf den juristischen Diskurs²⁶ erscheinen sie – teilweise²⁷ – nachvollziehbar. Anders im Rahmen des forensischen Diskurses: Bei der Auslegung – bspw. von völkerrechtlich Vereinbartem – durch den Richter ist nicht massgebend, was *de lege ferenda* wünschbar wäre, sondern was *de lege lata* – bzw. *contractu confecto* – festgesetzt worden ist.²⁸

²⁴ POLGÁRI, Role.

²⁵ KLOCKE, S. 153 f.

²⁶ Vgl. zu den vier Diskussionsformen 1) allgemeiner praktischer Diskurs (Ethik Moralphilosophie, Rechtsethik, Rechtsphilosophie, Sozialphilosophie, politische Philosophie), 2) praktisch-politischer Diskurs (Rechtspolitik, Politik, Gesetzgebung), 3) juristischer Diskurs (Rechtswissenschaft i.e.S., Rechtsdogmatik, juristische Dogmatik), 4) forensischer Diskurs (Rechtsprechung) LINDNER, S. 38 ff.

²⁷ Vgl. allerdings die kritischen Bemerkungen von LINDNER, S. 37: «Metaphysisches Argumentieren ist mithin auch im Rahmen der wissenschaftlichen Befassung mit dem Recht zulässig, es ist jedoch im Rahmen des allgemeinen Diskursmodells [...] an der rechten Stelle anzusiedeln, nämlich auf der Ebene des allgemeinen praktischen Diskurses [...] und auf der Ebene des politischen Diskurses» und S. 166: «Wer einen Begriff oder eine Theorie bildet oder verwendet, hat bei Unklarheiten über deren Bedeutung und normative Relevanz eine <wissenschaftliche Bringschuld>: Er hat zu erläutern, wie er Begriff und Theorie versteht, ob und inwieweit in Begriffs- und Theoriebildung metaphysische Vorverständnisse einfließen oder zumindest einfließen können und welche normativen <Zusatz Aussagen> mittelbar-illokutionärer Art damit verbunden sein können.»

²⁸ Vgl. LINDNER, S. 49: Der «prozessrechtlich gesteuerte [gerichtlich-forensische] Diskurs muss auf eigene metaphysische Richtigkeitsurteile verzichten, er ist an die von Verfassungs- und Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidungen, an deren metaphysische Setzungen gebunden.»

E. Exkurs: Überlegungen zu gewaltenteiligen Zuständigkeiten in der Schweiz – insbesondere mit Blick auf völkerrechtliche Verträge

1. Insbesondere: Prärogative des Gesetzgebers

Aufgrund der gewaltenteiligen Zuständigkeiten ist die Gesetzgebung grundsätzlich Sache der Bundesversammlung (gemäss Art. 163 BV) – allenfalls, bei Ermächtigung durch Verfassung und Gesetz (vgl. Art. 182 Abs. 1 BV), des Bundesrates – und dem Bundesgericht obliegt gemäss Art. 188 Abs. 1 BV als oberste Behörde die Rechtsprechung im Sinne der regelmässig an einer vorgegebenen Auslegungsmethodik orientierten Anwendung des gesetzten Rechts im konkreten Einzelfall. Konkret umgesetzt wird dies in Art. 190 BV mit der Bestimmung, dass Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind.

Was das Völkerrecht betrifft, bestimmt sodann Art. 166 Abs. 2 BV, dass die Bundesversammlung die völkerrechtlichen Verträge genehmigt; ausgenommen sind diejenigen Verträge, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag der Bundesrat zuständig ist. Nach Art. 24 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10, in der Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 21. Juni 2019 über die Zuständigkeiten für den Abschluss, die Änderung und die Kündigung völkerrechtlicher Verträge, in Kraft seit 2. Dezember 2019²⁹) genehmigt die Bundesversammlung neben dem Abschluss zudem auch die Änderung oder die Kündigung völkerrechtlicher Verträge, soweit nicht der Bundesrat nach den Artikeln 7a und 7b^{bis} des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) den Vertrag selbstständig abschliessen, ändern oder kündigen kann.

2. System des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht gemäss bundesgerichtlicher Praxis

Zum – in Art. 190 BV nicht geregelten – Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht hat das Bundesgericht in langjähriger Praxis nachfolgende – im vorliegenden Kontext relevante – Regeln entwickelt.³⁰

²⁹ Vgl. zur Gesetzesanpassung CHIARIELLO, *passim*.

³⁰ In neuester Zeit gab es einzelne Urteile, welche vom nachfolgend beschriebenen System abweichen (siehe zum Beispiel BGE 133 V 367 und 142 II 35 betreffend Ablehnung der «Schubert-Praxis» im Kontext mit dem FZA, in letzterem allerdings bloss als *obiter dictum*). Die Begründung für die Aufgabe der bisherigen Praxis vermag jedoch nicht zu überzeugen; zudem wurden diese (abweichenden) Urteile entgegen Art. 23 BGG («Eine Abteilung kann eine Rechtsfrage nur dann abweichend von einer früheren Entscheidung einer oder mehrerer anderer Abteilungen entscheiden, wenn die Vereinigung der betroffenen Abteilungen zustimmt. [Abs. 1] Hat eine Abteilung eine Rechtsfrage zu entscheiden, die mehrere Abteilungen betrifft, so holt sie die

Grundsätzlich ist von einem Vorrang des Völkerrechts auszugehen (BGE 138 II 524 E. 5.1; 125 II 417 E. 4d; 135 II 243 E. 3.1). In Bezug auf zwingendes Völkerrecht (sog. *ius cogens*) gilt dieser Vorrang absolut. In gleicher Weise gilt dieser absolute Vorrang nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die in der EMRK garantierten «notstandsfesten» Menschenrechte, die selbst in ausgesprochenen Notlagen und Ausnahmesituationen wie Krieg nicht verletzt werden dürfen (Art. 17 EMRK; vgl. BGE 139 I 16 E. 5.2 f.; Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011 3613, S. 3626 f.). Internationale Menschenrechtsgarantien (wie sie insbesondere in der EMRK zu finden sind) gehen den Bundesgesetzen sodann ebenfalls stets vor (sog. «PKK-Praxis»; BGE 125 II 417). Wesentlich ist sodann die sogenannte «Schubert-Praxis», wonach bei bewusster Abweichung des Gesetzgebers vom völkerrechtlichen Vertrag das Gesetz letzterem vorgeht, es sei denn, es handle sich um einen der vorerwähnten, zwingend vorgehenden Ansprüche.³¹

II. Wirkung der (beschwerdegutheissenden) Urteile des EGMR

Im zweiten Teil ist aufzuzeigen, wie die Rechtsprechung des EGMR in der Schweiz vom Bundesgericht umzusetzen ist. Dabei zeigt sich die Relevanz der in Teil I geäusserten kritischen Bemerkungen zum Selbstverständnis des EGMR sowie der Überlegungen zu den gewaltenteiligen Zuständigkeiten insbesondere im Kontext der Berücksichtigungspflicht.³²

Vorauszuschicken ist diesem zweiten, der Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung gewidmeten Teil, der Hinweis, dass sich die Befugnis des EGMR grundsätzlich darin erschöpft festzustellen, ob die Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind; gestattet das innerstaatliche Recht der involvierten Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen einer festgestellten Verletzung, so spricht der Gerichtshof zudem der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu, falls dies notwendig ist (Art. 41 EMRK). Daraus ergibt sich, dass die Umsetzung der EGMR-Urteile in erster Linie durch die Vertragsstaaten erfolgen muss. Von der Umsetzung konkreter beschwerdegutheissender Urteile im Einzelfall³³ ist dabei

Zustimmung der Vereinigung aller betroffenen Abteilungen ein, sofern sie dies für die Rechtsfortbildung oder die Einheit der Rechtsprechung für angezeigt hält. [Abs. 2]») nicht koordiniert.

³¹ Vgl. zum Verhältnis Völkerrecht/Landesrecht ausführlich HANGARTNER/LOOSER, N 38 ff.; vgl. auch GRÜNINGER, S. 295 ff.

Zur rechtlichen Begründung des dargelegten Systems siehe STADELMANN, Verhandlungsmandat; STADELMANN, Anpassung.

³² Siehe dazu nachfolgend B.

³³ Siehe dazu nachfolgend A.

die weitergehende Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung über den konkreten Einzelfall hinaus³⁴ zu unterscheiden.

A. Befolgungspflicht des Bundesgerichts (*res iudicata*)

Eine Befolgungspflicht steht zur Diskussion, wenn es darum geht, im nationalen Kontext Konsequenzen aus einem konkreten EGMR-Urteil zu Gunsten der konkret davon betroffenen Rechtssuchenden zu ziehen.

1. Grundsatz: Revision nach Art. 122 BGG

Als Grundsatz ergibt sich diesbezüglich aus der EMRK direkt, dass die Schweiz als Vertragsstaat der EMRK die sie betreffenden Urteile im konkreten Einzelfall umzusetzen hat (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Landesrechtlich sieht Art. 122 BGG die Möglichkeit der Revision wegen Verletzung der EMRK vor.

Die Rechtslage scheint diesbezüglich aktuell relativ klar zu sein. Das Bundesgericht schreitet denn auch regelmässig ohne grosse Weiterungen zu einer Revision seines Urteils, wenn der EGMR diesbezüglich eine Verletzung der EMRK oder eines Protokolls festgestellt hat.³⁵

Hier soll – basierend auf der aktuell geltenden Rechtslage – dennoch auf drei Problemunkte bei der Umsetzung von EGMR-Urteilen im Rahmen der Befolgungspflicht hingewiesen werden.

2. Problempunkt 1: Andere Wiedergutmachung

Art. 122 BGG setzt für die Revision eines Bundesgerichtsurteils wegen Verletzung der EMRK voraus, dass ein diesbezügliches endgültiges Urteil des EGMR vorliegt, dass zudem eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen und dass schliesslich die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen.

³⁴ Siehe dazu nachfolgend B.

³⁵ Allerdings wird diese Rechtslage in Reaktion auf das vieldiskutierte Urteil des EGMR in Sachen *Verein Klimaseniorinnen und Others v. Switzerland* (Application no. 53600/20) zur Zeit politisch hinterfragt. So fordert Nationalrat Pascal Schmid in seiner (auf einen Vorschlag des Autors gegenüber der ständerätlichen Rechtskommission zurückgehenden) Parlamentarischen Initiative 24.429, das Bundesgerichtsgesetz sei wie folgt anzupassen: «Die gerichtliche Revision eines letztinstanzlichen schweizerischen Urteils aufgrund eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) bedarf der Zulassung durch die Bundesversammlung. Sie prüft, ob aufgrund des Urteils des EGMR Gesetzesänderungen anzustreben sind. Falls sie die Revision nicht zulässt und auf eine Gesetzesänderung verzichtet, bleiben die geltenden Gesetze massgebend»; (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20240429>); abgerufen am 4.10.2024).

In diesem Kontext ist zu beachten, dass der Streitgegenstand bei einer Revision durch das zu revidierende Urteil vorgegeben wird. Er bestimmt sich folglich nach dem Dispositiv des aufzuhebenden Urteils und den in jenem Verfahren gestellten Rechtsbegehren (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2; 147 I 494 E. 1.3 mit weiteren Hinweisen); im Rahmen einer Revision kann also nicht mehr verlangt werden als im Verfahren, welches zu dem zu revidierenden Urteil geführt hatte.³⁶

Eine Revision des bundesgerichtlichen Urteils erachtete das Bundesgericht bspw. als nicht notwendig zur Beseitigung der Konventionsverletzung, weil sich die Eidgenossenschaft bereit erklärt hatte, die – gemäss EGMR-Urteil zu Unrecht verweigerten – Rentenleistungen (zuzüglich Verzugszins) unabhängig von der Durchführung eines Revisionsverfahrens nachzuzahlen.³⁷

3. Problempunkt 2: Verjährungsbestimmungen

Art. 123 Abs. 2 BGG sieht vor, dass nach Ablauf von zehn Jahren nach der Ausfällung des Entscheids die Revision nicht mehr verlangt werden kann, ausser: in Strafsachen aus den Gründen nach Artikel 123 Absatz 1 und 2 Buchstabe (lit. a) und in den übrigen Fällen aus dem Grund nach Artikel 123 Absatz 1³⁸ (lit. b).

Die Anwendung dieser Bestimmung kann dann zu Problemen führen, wenn das Verfahren vor dem EGMR so lange gedauert hat, dass im Zeitpunkt der Entscheidfällung die Frist von zehn Jahren seit Ausfällung des bundesgerichtlichen Urteils abgelaufen ist. In der deutschen Literatur wird von einem Autor die Auffassung vertreten, diesfalls gehe Art. 46 Abs. 1 EMRK der landesrechtlichen Bestimmung – hier wäre dies also Art. 123 Abs. 2 BGG – vor.³⁹ Ob dies tatsächlich immer so strikte gilt, scheint zweifelhaft angesichts des Umstandes, dass es den Staaten, welche gemäss Urteil des EGMR eine Konventionsverletzung begangen haben, freisteht, auf welche Weise sie diese heilen wollen. Insbesondere mit Blick auf Zweiparteienverfahren, in welchen sich vor den nationalen Instanzen zwei zivile Parteien gegenüberstehen, vor dem EGMR aber dann bloss die eine davon ins Verfahren involviert ist, darf zudem nicht aus den Augen verloren werden, dass die Befristung der Revisionsmöglichkeit nicht zuletzt der Rechtssicherheit dient.⁴⁰

³⁶ In diesem Sinne führte das Bundesgericht in BGE 150 I 99 E. 1.3 aus: «Soweit der Gesuchsteller im Revisionsverfahren neben der Weiterausrichtung der Rente auch den Ausgleich eines weitergehenden mittelbaren Schadens verlangt, ist auf das Gesuch somit von vornherein nicht einzutreten.»

³⁷ BGE 150 I 99 E. 3.1.

³⁸ Art. 123 Abs. 1 BGG: «Die Revision kann verlangt werden, wenn ein Strafverfahren ergeben hat, dass durch ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil der Partei auf den Entscheid eingewirkt wurde; die Verurteilung durch das Strafgericht ist nicht erforderlich. Ist das Strafverfahren nicht durchführbar, so kann der Beweis auf andere Weise erbracht werden.»

³⁹ Vgl. SAUER, *passim*.

⁴⁰ Das Bundesgericht hat sich bisher zu dieser Problematik nicht geäussert. In BGE 136 I 158 (Vertrag gegen Tierfabriken Schweiz VgT gegen SRG SSR idée suisse Schweizerische Radio- und

4. **Problempunkt 3: Eingeschränkte Überprüfung der rechtlichen Grundlagen durch den EGMR**

Der EGMR wurde geschaffen, um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, welche die Vertragsparteien in der EMRK und den Protokollen dazu übernommen haben (Art. 19 EMRK). Seine Zuständigkeit umfasst demgemäss nach Art. 32 EMRK (allein) die Auslegung und Anwendung dieser Konvention und der Protokolle dazu.⁴¹

Zwar bezieht sich der EGMR bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe des Öfteren auch auf andere internationale Quellen, dies aber soweit ersichtlich jeweils eingeschränkt auf die Frage, was diese weiteren Quellen zur Auslegung der EMRK und deren Protokolle beizutragen vermögen. Dies bedeutet, dass es den EGMR grundsätzlich weder interessiert noch interessieren muss, ob die sich aus der EMRK und deren Protokollen ergebenden Verpflichtungen allenfalls mit anderen, ebenfalls völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche der betroffene Vertragsstaat eingegangen ist, in Konflikt stehen. Auffällig ist dies zum Beispiel, wenn der EGMR Massnahmen beurteilt, welche Vertragsstaaten gestützt auf Verpflichtungen, die ihnen vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen auferlegt wurden, angeordnet haben.

Anders als der EGMR ist die nationale Justiz verpflichtet, Massnahmen oder Entscheidungen nicht nur auf ihre Übereinstimmung mit der EMRK zu prüfen, sondern auch alle weiteren völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche den Massnahmen zu Grunde liegen, in die Anwendung des Rechts einzubeziehen. Ganz speziell gilt dies mit Blick auf Resolutionen des Sicherheitsrates, welche für alle Mitglieder der Vereinten Nationen nach überwiegend herrschender Auffassung verpflichtend sind. «Würde den Mitgliedstaaten das Recht zugestanden werden, eine Sicherheitsratsresolution unangewendet zu lassen, liefe dieses auf eine offene Konterkarierung des zwar ambivalenten, jedoch in seiner Zielrichtung eindeutigen Art. 25 UN-Charta hinaus».⁴²

Im Rahmen dieses Beitrages kann auf die sich stellenden – sehr komplexen – Fragen nicht weiter eingegangen werden.⁴³

Fernsehgesellschaft und publisuisse SA) «umschiffte» es das Problem, indem es festhielt, nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 30. Juni 2009 (VgT II) stelle das Nichteintreten auf das Revisionsgesuch bzw. dessen Ablehnen im Nachgang zum Entscheid des EGMR vom 28. Juni 2001 (VgT I) eine neue Verletzung von Art. 10 EMRK dar. Deshalb sei BGE 123 II 402 (Urteil vom 20. August 1997) zu revidieren und der damalige Sachverhalt unter Hinweis auf Art. 35 BV so zu beurteilen, wie dies ohne die festgestellte Verletzung von Art. 10 EMRK geschehen wäre (E. 2 und 3).

⁴¹ Vgl. auch BAADE, S. 40, mit Hinweis.

⁴² KLOKE, S. 365.

⁴³ Siehe dazu eingehend KLOKE, *passim*; vgl. als Anwendungsfall BGer, 2A.785/2006, 2A.783/2006 und 2A.784/2006, alle vom 23. Januar 2008, sowie das Revisionsurteil BGE 144 I 214, und die Besprechung dieser Urteile durch MAZIDI.

B. Berücksichtigungspflicht (*res interpretata*)

Die Pflicht, Urteile des EGMR – bzw. allgemeiner «dessen Rechtsprechung» – zu berücksichtigen, steht zur Diskussion, wenn es nicht um die Umsetzung eines Urteils des EGMR im Anlassfall geht.

1. Grundsatz

Was die über den konkret beurteilten Fall hinausgehende Wirkung von Urteilen des EGMR anbelangt, ist zu differenzieren. Der EGMR selbst äussert teilweise die Auffassung, dass seine Urteile jeweils nicht nur dazu dienen, den vorliegenden Einzelfall zu entscheiden, sondern auch in allgemeiner Weise den Inhalt der Konventionsrechte zu bestimmen und weiterzuentwickeln (vgl. *Case of Karner v. Austria*, entschieden am 24. Juli 2003, [Application no. 40016/98], Reports 2003-IX, § 26). Eine Verpflichtung der Vertragsstaaten, die Rechtsprechung des EGMR anzuwenden, ist jedoch nicht explizit in der Konvention verankert. Vielmehr wird aus der Kompetenz des Gerichtshofes zur Überwachung der EMRK (Art. 19 EMRK), aus dessen Letztentscheidungsrecht in Auslegungsfragen der Konvention (Art. 32 EMRK) und der primären Verpflichtung der Vertragsparteien, die EMRK-Garantien auf innerstaatlicher Ebene zu gewährleisten (Art. 1 EMRK), eine Pflicht der Vertragsstaaten zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes abgeleitet (vgl. zur Berücksichtigungspflicht BGE 115 Ia 293 E. 3, mit weiteren Nachweisen; vgl. dazu auch die Formulierungen in der Interlaken⁴⁴ und der Brighton Deklaration⁴⁵, wo die Vertragsstaaten [lediglich] aufgefordert werden, die Rechtsprechung der Gerichtshofes zu berücksichtigen).

2. Konsequenzen

Diese Berücksichtigungspflicht – in der Literatur auch *res interpretata* genannt – unterscheidet sich nicht nur hinsichtlich ihrer rechtlichen Grundlage, sondern auch qualitativ von der Befolgungspflicht entschiedener Urteile im Einzelfall.⁴⁶

⁴⁴ <https://www.echr.coe.int/documents/604084/839313/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf/6f27bdeb-02a5-d08e-9794-d8899e4ee067?version=1.1&t=1675079541044&download=true> (abgerufen am 4.10.2024).

⁴⁵ <https://www.echr.coe.int/documents/604084/839313/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf/2737c99a-cbfc-4ec2-48ca-306e328465fc?version=1.1&t=1675079540175&download=true> (abgerufen am 4.10.2024).

⁴⁶ KUNZ, Richter, S. 31 f.; vgl. auch KELLER/MARTI, N 7.

a. Möglichkeit der kritischen Auseinandersetzung mit der EGMR-Rechtsprechung

Insbesondere ergibt sich aus der (blossen) Berücksichtigungspflicht, dass nationale Richter die Möglichkeit haben müssen, nach einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR in gutem Glauben in eigenen Verfahren zu einem anderen Ergebnis zu kommen (vgl. BGE 120 Ia 43 E. 2b; 139 I 325 E. 2.4).⁴⁷ Nach hier vertretener Auffassung kann allenfalls sogar der Umstand, dass der EGMR nach Auffassung des nationalen Richters bspw. «*ultra vires*» oder mit nicht überzeugender Methodik entschieden hat, zu einer Abweichung führen⁴⁸; in solchen Fällen ist abzuwägen zwischen dem Anliegen, den Rechtsuchenden nicht unnötig prozessuale Erschwernisse aufzuerlegen und sie auf den Weg zum EGMR zu zwingen, und dem – auch vom EGMR selber vertretenen⁴⁹ – Ansatz, wonach sich der EGMR und die nationalen Gerichte in einem Dialog der Gerichte befinden. Dialog bedeutet Zwiegespräch, in dem sich die Beteiligten über ihre Standpunkte austauschen; in einem fruchtbaren Dialog bewegen sich dabei die Parteien und entwickeln ihre Standpunkte weiter.⁵⁰

b. Problem der Weiterentwicklung der EGMR-Rechtsprechung durch die nationale Judikative

Neben der kritischen Auseinandersetzung hat der nationale Richter bei der Analyse der EGMR-Rechtsprechung und der Prüfung der Frage, ob und wie sie übernommen werden soll, zu differenzieren, ob ihm praktisch eine gleiche, bereits vom EGMR beurteilte Konstellation vorliegt, oder ob sich der von ihm zu beurteilende Sachverhalt mit – relevanten – Abweichungen präsentiert. In ersterem Fall hat er – unter Vorbehalt der eben genannten Abweichung aufgrund kritischer Auseinandersetzung – tendenziell das vom EGMR Festgelegte zu übernehmen; ein (unmotiviertes) Abweichen in derartigen Fällen würde andernfalls in Richtung einer Rechtsverweigerung oder zumindest Rechtsverzögerung gehen, würde doch der Rechtsuchende damit gezwungen, den Rechtsweg über Strassburg zu beschreiten. Anders dagegen im zweitgenannten Fall. Wenn dort basierend auf einer EGMR-Rechtsprechung geurteilt wird, so handelt es sich im Grunde um eine Weiterentwicklung des Rechts. Bei einer solchen Weiterentwicklung ist einerseits speziell zu berücksichtigen, ob die als Ausgangslage dienende Rechtsprechung nach Auffassung der nationalen Richterin vom EGMR im Rahmen der von der WVK gegebenen Auslegungsgrundsätze gefunden wurde, oder ob der EGMR «rechtschöpferisch» tätig war. Andererseits ist den gewaltenteiligen Zuständigkeiten Rechnung zu tragen, wonach es nicht Aufgabe der Judikative ist, neues Recht zu entwickeln, soweit nicht echte Lücken gefüllt werden müssen.⁵¹ Dies gilt in verschärftem Ausmasse,

⁴⁷ KUNZ, Richter, S. 32; KUNZ, Judging, *passim*; vgl. BREUER, S. 336 ff.

⁴⁸ Vgl. in diesem Sinne auch BGE 120 Ia 43 E.2b. Vgl. auch BGE 139 I 325 E.2.4.

⁴⁹ Explizit erwähnt vor allem in *Dissenting Opinions* verschiedenster Richter in diversen Fällen.

⁵⁰ Zu diesem Dialog siehe auch BRUNNER/TEICHMANN, *passim*.

⁵¹ Als Negativbeispiel sei hier das Urteil F-2739/2022 vom 24.11.2022 des Bundesverwaltungsgerichts erwähnt, in welchem das BVGer ein (offensichtlich *ultra vires* ergangenes) EGMR-

wenn die zuständigen Instanzen (Legislative oder Exekutive mit Zustimmung der Legislative) sich im zu beurteilenden Bereich bereits explizit geäußert haben.

c. Explizite Äusserungen von Legislative und/oder Exekutive

Beispielhaft für solche expliziten Äusserungen – der Exekutive und der Legislative – sei auf Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht verwiesen:

Die Schweiz hat das erste Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (vom 20.3.1952; Sammlung der Europäischen Verträge – Nr. 9) nicht ratifiziert. Dies u.a., weil es bei einer Ratifikation des ersten Zusatzprotokolls Probleme bei der Vereinbarkeit von Artikel 1 (Schutz des Eigentums) mit dem Landesrecht gäbe. Der Bundesrat führte hierzu aus, in der Schweiz sei das Eigentum in Artikel 26 der Bundesverfassung garantiert. Damit erfülle die Schweizer Rechtsordnung an sich die allgemeinen Anforderungen von Artikel 1 (des ersten Zusatzprotokolls). Die Schwierigkeit könnte aber im Geltungsbereich von Artikel 1 liegen, der vom EGMR auf Sozialleistungen ausgedehnt worden sei. Gemäss dieser Auslegung untersage Artikel 1 zusammen mit Artikel 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) jede ungerechtfertigte Ungleichbehandlung bei den Sozialleistungen. Verschiedene Bestimmungen des Schweizer Sozialversicherungsrechts, bei denen nach Geschlecht oder Staatsangehörigkeit unterschieden würden, könnten aber mit dieser Rechtsprechung nicht vereinbar sein.⁵²

Des Weiteren haben die Mitgliedsstaaten des Europarates selber in der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit vom 16.4.1964 (Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 48; in Kraft seit 17.3.1968, von der Schweiz ratifiziert am 16.9.1977, in Kraft ab 17.9.1978⁵³) im «Teil X – Leistungen an Hinterbliebene» (Art. 59 ff.) lediglich Leistungen an Witwen, nicht jedoch an Witwer, vorgesehen. Zwar wurde dies in der revidierten Fassung vom 6.11.1990 (Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 139⁵⁴) angepasst, indem in Art. 64 ff. neu vom «hinterbliebenen Ehegatten» die Rede ist, wobei gemäss Art. 1 lit. g «der Ausdruck <hinterbliebener Ehegatte> einen Ehegatten [bedeutet], der gegenüber der verstorbenen Person im Zeitpunkt ihres Todes unterhaltsberechtigt war und der nicht wiederverheiratet ist». Massgebend ist nun jedoch wiederum, dass die Schweiz den Vertrag in der Fassung vom

Urteil betreffend Dänemark (M.A. c. Danemark, requête n° 6697/18) zum Anlass nahm, die Familiennachzugsfrist bei vorläufig Aufgenommenen von (den gesetzlich festgelegten) drei Jahren (willkürlich) auf zwei Jahre zu verkürzen.

⁵² Vgl. die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation 13.3075 von Yvonne Gilli, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20133075>> (abgerufen am 4.10.2024). Die Interpellantin erklärte sich von der Antwort teilweise befriedigt. Vgl. dazu auch Anfrage 13.1039 von NR Andreas Gross, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20131039>> (abgerufen am 4.10.2024).

⁵³ <<https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=048>> (abgerufen am 4.10.2024).

⁵⁴ <<https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=139>> (abgerufen am 4.10.2024).

6.11.1990 – anders als denjenigen in der Fassung vom 16.4.1964 – weder unterzeichnet noch ratifiziert hat.

Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b WVK bedeutet «Ratifikation» die so bezeichnete völkerrechtliche Handlung, durch die ein Staat im internationalen Bereich seine Zustimmung bekundet, durch einen Vertrag gebunden zu sein. Die beiden Nichtratifizierungen sind daher insbesondere im Rahmen der richterlichen Rechtsanwendung relevant, kommt dadurch doch zum Ausdruck, dass die Eidgenossenschaft nicht nur – wie bei einem *Treaty-Override* – von einer vertraglichen Verpflichtung bewusst abweichen wollte, sondern darüber hinausgehend von vornherein ausdrücklich kein Wille bestand, die entsprechenden völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen einzugehen. Diese klare Willenskundgebung der in diesem Bereich zuständigen Organe Bundesrat und Parlament hat jedenfalls das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu respektieren.

C. Fazit zur Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung durch das Schweizerische Bundesgericht

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass das Bundesgericht zwar nicht nur das konkrete Urteil des EGMR im Einzelfall umsetzen muss, sondern bei seiner Rechtsprechung auch die Rechtsprechung des EGMR ganz allgemein zu berücksichtigen hat. Entgegen dem vom EGMR in diversen Urteilen Angetönten (vgl. bspw. *Case of Fabris v. France*, entschieden am 7. Februar 2013 (Application no. 16574/08), para. 75)⁵⁵ ist es jedoch weder Aufgabe des Bundesgerichts, noch liegt es in seinem Kompetenzbereich, entgegen dem Landesrecht neue Rechtsansprüche gestützt auf die EMRK zu entwickeln. Derartige Rechtsfortbildung liegt vielmehr in der Prärogative des Gesetzgebers.

III. Literaturverzeichnis

- BAADE BJÖRNSTERN, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter – Zur Methodik, Legitimität und Rolle des Gerichtshofs im demokratisch-rechtsstaatlichen Entscheidungsprozess, Heidelberg 2017
- BJORGE EIRIK, National supreme courts and the development of ECHR rights, ICON (2011), Vol. 9 No. 1, S. 5 ff.
- BÖTH KATHARINA, Evolutive Auslegung völkerrechtlicher Verträge – Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen in Anbetracht der Praxis internationaler Streitbeilegungsinstitutionen, Berlin 2013
- BREUER MARTEN, Principled Resistance to ECtHR Judgments – A New Paradigm?, Heidelberg 2019

⁵⁵ Siehe dazu auch BJORGE, insb. die Urteilsanalysen S. 9ff.

- BRUNNER ARTHUR/TEICHMANN FABIAN, Das Zusammenwirken von nationalen Gerichten und EGMR – dargestellt am Beispiel des Non-Refoulement-Gebots im schweizerischen Asylrecht, EuGRZ 2019, S. 20–25
- CHIARIELLO ELISABETH, Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen, in: LeGes 31 (2020) 2
- DELBRÜCK JOST/WOLFRUM RÜDIGER, Völkerrecht, Band 1/3, Die Formen des völkerrechtlichen Handelns; Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft, 2. Aufl., Berlin 2002
- DÖRR OLIVER, Kommentar zu Art. 31 und Art. 32 WVK, in: Dörr Oliver/Schmalenbach Kirsten (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary, 2. Aufl., Berlin 2018 (zit. DÖRR, Art. ... N ...)
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021
- GRÜNINGER CHRISTOPH, Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz, Zürich 2023
- HAAK JULIA, Die Wirkung und Umsetzung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrecht, Berlin 2018
- HANGARTNER YVO/LOOSER MARTIN E., in Ehrenzeller Bernhard et. al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023
- KELLER HELEN/MARTI CEDRIC, Berücksichtigung der EGMR-Praxis durch innerstaatliche Gerichte, Justice – Justiz – Giustizia 2015/1
- KLOCKE DANIEL MATTHIAS, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarates, EuR 2/2015, S. 148 ff.
- KLOKE THERESIA M., Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen als Weltgesetzgeber – eine kritische Betrachtung aus völkerrechtlicher Sicht, Berlin 2016
- KUNZ RAFFAELA, Richter über internationale Gerichte?, Die Rolle innerstaatlicher Gerichte bei der Umsetzung der Entscheidungen von EGMR und IAGMR, Berlin 2020 (zit. KUNZ, Richter)
- KUNZ RAFFAELA, Judging International Judgments Anew? The Human Rights Courts before Domestic Courts, The European Journal of International Law Vol. 30 no. 4 (zit. KUNZ, Judging)
- KÜNZLI JÖRG, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte – Ein Beitrag zum Zusammenspiel von Menschenrechten, humanitärem Völkerrecht und dem Recht der Staatenverantwortlichkeit, Berlin 2001
- LETSAS GEORGE, Intentionalism and the Interpretation of the ECHR, in: Fitzmaurice Malgosia/Elias Olufemi/Merkouris Panos (Hrsg.), Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Leiden, Boston 2020, S. 257 ff.
- LINDERFALK ULF, Doing the Right Thing for the Right Reason – Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties, International Community Law Review 10 (2008), S. 109 ff.
- LINDNER JOSEF FRANZ, Rechtswissenschaft als Metaphysik, Tübingen 2017
- MAASS FREDERIKE, Der europäische Konsens und die Rolle rechtsunverbindlicher Europaratsdokumente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Berlin 2021
- MATSCHER FRANZ, Vertragsauslegung durch Vertragsvergleichung in der Judikatur internationaler Gerichte, vornehmlich vor den Organen der EMRK, in: Bernhardt Roger et. al (Hrsg.), Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler, Berlin/Heidelberg/New York 1983, S. 546 ff.
- MAZIDI SIMON, Möglichkeiten und Grenzen einer gerichtlichen Überprüfung des Völkerrechts bei Verletzungen der Grund- und Menschenrechte – Eine Analyse der bundesgerichtlichen Lösungsstrategie im Fall Al-Dulimi, in: Chabloz Isabelle/Perrin Bertrand/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Le contrôle et la liberté en droit – Conférence universitaire de Suisse occidentale, Séminaire doctoral annuel 2021, Bern 2022, S. 323 ff.

- PALMER OLSEN HENRIK/TODDINGTON STUART, The End of an Era: Static and Dynamic Interpretation in International Courts, iCourts Online Working Paper, No. 4, 2013
- POLGÁRI ESZTER, The Role of the Vienna Rules in the Interpretation of the ECHR, A Normative Basis or a Source of Inspiration?, Erasmus Law Review 2/2021 (zit. POLGÁRI, Role)
- POLGÁRI ESZTER, European Consensus: A Conservative and a Dynamic Force in European Human Rights Jurisprudence, ICL Journal 2018/12(1), S. 59 ff. (zit. POLGÁRI, Consensus)
- SAUER HEIKO, Zur vorrangigen Ausräumung festgestellter Konventionsverletzungen – Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Wirkungen von Urteilen des EGMR im deutschen Recht, EuGRZ 2023, S. 305 ff.
- SAUL MATTHEW, Judicial Methodology for the Application of International Human Rights Law, in: Tømte Aksel/Riyadi Eko (Hrsg.), International Human Rights and Local Courts: Human Rights Interpretation in Indonesia (Routledge, 2024 forthcoming), Vorabdruck auf <<https://ssrn.com/abstract=4665890>> (abgerufen am 4.10.2024)
- SCHLÖNVOIGT MARIA, Die einseitige Lösung von völkerrechtlichen Verträgen – Kündigung und Treaty Override aus verfassungsrechtlicher Perspektive, Tübingen 2023
- STADELMANN THOMAS, Völkerrecht, Landesrecht und die institutionellen Regelungen beim neuen Verhandlungsmandat der Schweiz mit der EU (zit. STADELMANN, Verhandlungsmandat) [erscheint in *sui generis*]
- STADELMANN THOMAS, «Richterlicher Aktivismus» – Ein diskussionswürdiges Thema in der Schweiz? (zit. STADELMANN, Aktivismus) [erscheint in der Festschrift Bundesgericht (voraussichtlich 2025)]
- STADELMANN THOMAS, Verfassung – Bundesgesetze – Völkerrecht: Besteht Bedarf auf Anpassung der Bundesverfassung?, Jusletter 7. Oktober 2019 (zit. STADELMANN, Anpassung)
- WIŚNIEWSKI ADAM, The Interpretation of the European Convention on Human Rights, Gdańsk 2021

Individueller und kollektiver Rechtsschutz im Kampf gegen den Klimawandel

Bedeutung des EGMR-Urteils Verein KlimaSeniorinnen Schweiz für das Beschwerderecht

*Bernhard Rütsche**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	545
II.	Beschwerde des Vereins KlimaSeniorinnen Schweiz	547
	A. Voraussetzung der Opfereigenschaft	547
	B. Anwendung im KlimaSeniorinnen-Urteil	547
	C. Einführung einer neuen Beschwerdeart	549
III.	Grenzen des Individualrechtsschutzes	551
	A. Kollektiv- und Individualrisiken	551
	B. Klimawandel als Kollektivrisiko	552
	C. Kollektiver Rechtsschutz	554
IV.	Schlussfolgerungen	555
V.	Literaturverzeichnis	556

I. Einleitung

Am 9. April 2024 stellte die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in der *Affaire Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*¹ eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, weil die Schweiz ihre positiven Verpflichtungen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen nicht genügend wahrgenommen hatte (§ 573). Darüber hinaus erkannte der Gerichtshof auf eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, da die innerstaatlichen Gerichte die Frage der Beschwerdebefugnis des Vereins KlimaSeniorinnen Schweiz nicht prüften und diesem so den Zugang zu einer gerichtlichen Beurteilung verwehrten (§ 636).

Das KlimaSeniorinnen-Urteil löste ein grosses Medienecho aus und wurde in den Tagen nach seiner Verkündung von zahlreichen Juristinnen und Juristen kommentiert. Das Urteil

* Ordentlicher Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Luzern.

¹ Requête no 53600/20.

wurde als «strikingly novel»² und «bahnbrechend»³ eingestuft, aber auch als «politisch motiviertes»⁴ oder sogar «absurdes»⁵ Urteil gebrandmarkt. Das Urteil sei «ausserordentlich gefährlich» und die Schweiz müsse «im Europarat klarmachen, dass es so nicht geht».⁶ Die erste kritische Stimme findet sich im Urteil selbst. In seiner *Dissenting Opinion* in Bezug auf die Feststellung der Verletzung von Art. 8 EMRK bemerkte Richter Tim Eicke: «However, in my view, the majority clearly ‘tried to run before it could walk’ and, thereby, went beyond what was legitimate for this Court».⁷ Umgekehrt wurden die vom Gerichtshof entwickelten Zulassungsvoraussetzungen für die Individualbeschwerde von Vereinen, die sich dem Kampf gegen die Bedrohungen durch den Klimawandel widmen, auch neutral analysiert⁸ und zurückhaltend positiv gewürdigt⁹.

Das KlimaSeniorinnen-Urteil wirft *grundsätzliche Fragen* zum Rechtsschutz des Individuums gegenüber dem Staat auf: Hat der EGMR mit dem Urteil den Boden des Individualrechtsschutzes verlassen und den Weg zu einem kollektiven Rechtsschutz geebnet? Sind mit dem Urteil die Grundrechte als Ansprüche besonders betroffener Individuen gegen staatliches Handeln zu Instrumenten erweitert worden, mit denen die Bevölkerung vor Grossrisiken wie den Folgen der Klimaerwärmung geschützt wird? Lässt sich zwischen Grundrechten und öffentlichen Interessen überhaupt noch eine sinnvolle Grenze ziehen? Und: Was bedeutet das Urteil für das schweizerische Prozessrecht, insbesondere für die künftige Interpretation der Beschwerdelegitimation?

Diese Fragen bedürfen einer vertieften Auseinandersetzung, welche der vorliegende Beitrag nicht leisten kann. Die folgenden Ausführungen stellen vor dem Hintergrund des KlimaSeniorinnen-Urteils einige Überlegungen zum individuellen und kollektiven Rechtsschutz im Kampf gegen die Klimaerwärmung an. Zunächst stellt sich die Frage, ob der EGMR mit seinem Urteil lediglich den Individualrechtsschutz dynamisch interpretierte oder vielmehr die besondere Betroffenheit (Opferstellung) als Voraussetzung für das Beschwerderecht aufgab und eine Art neue Beschwerde schuf (Kap. II). Darauf folgen Gedanken zur Natur des Klimawandels und seiner Folgen als Kollektivrisiko und den sich daraus ergebenden Konsequenzen für den Rechtsschutz (Kap. III). Am Ende werden die Ergebnisse zusammengefasst und die Schlussfolgerungen gezogen (Kap. IV).

² LETWIN.

³ KELLER.

⁴ MEYER.

⁵ FONTANA.

⁶ JOSITSCH.

⁷ Partly concurring partly dissenting opinion of judge Eicke, § 68.

⁸ HÄNNI, *Essentialia*, S. 25 ff.; DIES., Urteil.

⁹ REICH.

II. Beschwerde des Vereins KlimaSeniorinnen Schweiz

A. Voraussetzung der Opfereigenschaft

Individualbeschwerden an den EGMR verlangen die *Opfereigenschaft* der beschwerdeführenden Partei (Art. 34 EMRK). Diese ist dann gegeben, wenn die Partei vom angefochtenen staatlichen Akt in einem Recht, das durch die Konvention oder ein Zusatzprotokoll anerkannt ist, unmittelbar betroffen ist. Unter bestimmten Voraussetzungen lässt die Rechtsprechung auch eine mittelbare oder potenzielle Betroffenheit genügen.¹⁰ Stets bedarf es aber einer – gegenwärtigen oder wahrscheinlichen künftigen – besonderen Betroffenheit. Dies gilt genauso für Individualbeschwerden auf Bundes- oder kantonaler Ebene. So setzt gemäss Bundesgericht die Legitimation zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eine «schutzwürdige besondere Beziehungsnähe» zur Streitsache voraus.¹¹ Der Beschwerdeführer muss durch den angefochtenen Entscheid «stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen».¹²

Die Opfereigenschaft macht das Wesen der Individualbeschwerde aus und unterscheidet diese von der – unzulässigen – Popularbeschwerde (*«actio popularis»*). Der EGMR hat im KlimaSeniorinnen-Urteil mehrfach betont, dass eine Popularbeschwerde ausgeschlossen ist.¹³ Unabhängig davon, ob das Opfer direkt, indirekt oder potenziell betroffen sei, bedürfe es einer Verbindung zwischen dem Beschwerdeführer und dem Nachteil, den er seiner Meinung nach durch die angebliche Verletzung erlitten hat (*«un lien entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée»*).¹⁴ Auch das Bundesgericht bemüht sich in seiner Interpretation des allgemeinen Beschwerderechts stets darum, dass dieses nicht zu einer Popularbeschwerde ausufert.¹⁵

B. Anwendung im KlimaSeniorinnen-Urteil

Im KlimaSeniorinnen-Urteil verneinte der Gerichtshof die Opfereigenschaft in Bezug auf die *beschwerdeführenden Seniorinnen*.¹⁶ Dabei verwies der Gerichtshof zunächst auf

¹⁰ Zur Opfereigenschaft KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1924 ff.; Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 463.

¹¹ BGE 139 II 328 E. 3.3.

¹² BGE 123 II 376 E. 2.

¹³ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, §§ 463, 474, 483 f., 488, 500 f., 596.

¹⁴ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 463.

¹⁵ Z.B. BGE 141 II 233 E. 4.2.1 S. 237 f.

¹⁶ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, §§ 527 ff. (Beschwerdeführerinnen 2–5, in Bezug auf Art. 8 EMRK).

zwei Kriterien, die für die Anerkennung der Opfereigenschaft natürlicher Personen im Zusammenhang mit dem Klimawandel erfüllt sein müssten:

- a) eine intensive Exposition der beschwerdeführenden Partei gegenüber den negativen Auswirkungen des Klimawandels und
- b) ein dringendes Bedürfnis, den individuellen Schutz der Partei zu gewährleisten.¹⁷

Der Gerichtshof bestätigte zwar, dass die über 75-jährigen Beschwerdeführerinnen unbestreitbar *zu einer Gruppe gehören*, die besonders empfindlich auf die Auswirkungen des Klimawandels reagiert. Dies allein reiche jedoch nicht aus, um die Opfereigenschaft zu begründen. Vielmehr müsse darüber hinaus für jede Beschwerdeführerin nachgewiesen werden, dass die negativen Folgen des Klimawandels für sie besonders schwerwiegend sind und sie eine persönliche Verwundbarkeit aufweist, die ein zwingendes Bedürfnis zur Gewährleistung ihres Schutzes begründen kann.¹⁸

Die Beschwerdeführerinnen würden die genannten *Voraussetzungen nicht erfüllen*. Sie litten nicht an einem Gesundheitsproblem, dessen mögliche Verschlimmerung infolge von Hitzeperioden nicht durch die in der Schweiz verfügbaren Anpassungsmassnahmen (z.B. ärztliche Soforthilfe) oder durch eigene Vorkehrungen verhindert werden könnte. In Bezug auf künftige Risiken anerkenne der Gerichtshof die Opfereigenschaft nur unter aussergewöhnlichen Umständen, welche im vorliegenden Fall nicht gegeben seien.¹⁹

Im Unterschied zu den Einzelbeschwerden trat der Gerichtshof auf die *Beschwerde des Vereins KlimaSeniorinnen Schweiz* ein.²⁰ Zunächst definierte der Gerichtshof die Voraussetzungen für die Beschwerdeberechtigung von Vereinigungen, die einem Vertragsstaat vorwerfen, angemessene Massnahmen zum Schutz von Einzelpersonen vor den schädlichen Auswirkungen des Klimawandels versäumt zu haben:

- Die Vereinigung wurde im betreffenden Staat rechtmässig gegründet oder ist in diesem Staat handlungsfähig.
- Die Vereinigung verfolgt in Übereinstimmung mit ihrem statutarischen Zweck ein bestimmtes Ziel, nämlich die Verteidigung der Grundrechte ihrer Mitglieder und anderer betroffener Personen in diesem Staat, wobei sie sich auf kollektive Massnahmen zum Schutz dieser Rechte vor den Bedrohungen durch den Klimawandel beschränken kann oder auch nicht.
- Der Verein ist repräsentativ und ermächtigt, im Interesse von Mitgliedern oder anderen betroffenen Personen in diesem Staat zu handeln, deren Leben, Gesundheit oder Wohlergehen, wie sie durch das Übereinkommen geschützt sind, Bedrohungen oder spezifischen schädlichen Folgen im Zusammenhang mit dem Klimawandel ausgesetzt sind.²¹

¹⁷ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 527.

¹⁸ Zum Ganzen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 531.

¹⁹ Zum Ganzen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 533.

²⁰ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, §§ 521 ff. (in Bezug auf Art. 8 EMRK).

²¹ Zum Ganzen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 503.

Bei der Beurteilung dieser Beschwerdevoraussetzungen *berücksichtigt der Gerichtshof Faktoren* wie den Zweck, zu dem die Vereinigung gegründet wurde, die Gemeinnützigkeit ihrer Aktivitäten, die Art und den Umfang ihrer Aktivitäten in dem betreffenden Land, ihre Mitgliederzahl und Repräsentativität, die Grundsätze und die Transparenz ihrer Leitung sowie die Frage, ob es unter den besonderen Umständen eines Falles generell im Interesse einer geordneten Rechtspflege liegt, der Vereinigung die Beschwerdebefugnis zu verleihen.²²

In Bezug auf die Beschwerde des Vereins KlimaSeniorinnen Schweiz sah der Gerichtshof *alle von ihm aufgestellten Voraussetzungen als erfüllt* an. Insbesondere bemerkte er, dass der Verein angesichts seiner Mitgliederzahl, seiner Repräsentativität und seines Zwecks die Möglichkeit biete, eine Sammelklage («recours collectif») einzureichen, um die Rechte und Interessen von Einzelpersonen gegen die Bedrohungen durch den Klimawandel in der Schweiz zu schützen. Ausserdem stellte der Gerichtshof fest, dass die einzelnen Beschwerdeführerinnen in der Schweiz keinen Zugang zu einem Gericht hatten, weshalb das Eintreten auf die Beschwerde des Vereins auch dem Interesse an einer guten Rechtspflege diene.²³

C. Einführung einer neuen Beschwerdeart

Der Gerichtshof hatte in seiner Rechtsprechung vor dem KlimaSeniorinnen-Urteil anerkannt, dass ein Verein die Opfereigenschaft erfüllt und damit beschwerdeberechtigt ist, wenn er im Interesse seiner vom staatlichen Akt besonders betroffenen Mitglieder handelt.²⁴ Im schweizerischen Verfahrensrecht entspricht ein solcher Ansatz zur Begründung der Opfereigenschaft dem *egoistischen Verbandsbeschwerderecht*. Die Rechtsprechung setzt dabei voraus, dass die Mehrheit oder eine grosse Zahl der Verbandsmitglieder selbst zur Beschwerde legitimiert wäre, d.h. vom angefochtenen Akt materiell beschwert sind und ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung haben.²⁵ Ein Grossteil der Mitglieder muss mit anderen Worten «Opfer» des angefochtenen Aktes sein.

Im KlimaSeniorinnen-Urteil legte der Gerichtshof indessen nicht dar, dass den von den Folgen des Klimawandels bedrohten und vom Verein KlimaSeniorinnen Schweiz repräsentierten Personen Opfereigenschaft im Sinne von Art. 34 EMRK zukommen würde. Vielmehr verneinte er gerade die Opfereigenschaft der beschwerdeführenden Vereinsmitglieder. Der Gerichtshof stellte denn auch explizit klar, dass die Beschwerdeberechtigung einer Vereinigung nicht davon abhängt, dass die Personen, in deren Interesse sie Beschwerde führt,

²² Zum Ganzen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 502.

²³ Zum Ganzen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, §§ 523 f.

²⁴ Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne, 27. April 2004, Requête no 62543/00, § 38 (unmittelbare Betroffenheit der Vereinsmitglieder durch ein Staudammprojekt).

²⁵ BGE 136 II 539 E. 1.1; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1455.

selbst die Bedingungen für die Zuerkennung der Opfereigenschaft erfüllen, die für natürliche Personen im Bereich des Klimawandels gelten.²⁶

Gemäss dem KlimaSeniorinnen-Urteil haben somit Vereinigungen das Beschwerderecht, ohne dass der Opferstatus ihrer Mitglieder oder sonstiger Personen nachgewiesen werden muss.²⁷ Wenn aber die vom Verein repräsentierten Personen keine Opferstellung haben, kann im Grunde auch der Verein keine Opferstellung haben. Dennoch anerkannte der Gerichtshof die Beschwerdebefugnis des Vereins. Dieser handelte im Interesse einer *unbestimmten Vielzahl von Personen*, die von den Folgen des Klimawandels bedroht sind, nicht aber im Interesse individualisierter (aktueller oder potenzieller) Opfer des Klimawandels. Der Verein vertrat mithin ein Kollektiv – nicht aber einzelne Personen, die durch das staatliche Unterlassen hinreichender Klimaschutzmassnahmen besonders betroffen wären.

Eine Beschwerde für ein Kollektiv ist nichts anderes als eine *Popularbeschwerde*. Von dieser wollte sich der Gerichtshof gerade abgrenzen. So bemerkte er, dass jeder auf die eine oder andere Weise und bis zu einem gewissen Grad von den schädlichen Auswirkungen des Klimawandels betroffen oder bedroht sein könne. Davon ausgehend könnte eine sehr grosse Anzahl von Personen die Eigenschaft als Opfer in Anspruch nehmen. Wenn es sich um allgemeine Massnahmen handle, könne die Kategorie der Personen, die als Opfer gelten, zwar in der Tat sehr weit gefasst sein. Es wäre jedoch kaum mit dem Ausschluss der *actio popularis* im Mechanismus der Konvention und dem effektiven Funktionieren des Rechts auf Individualbeschwerde zu vereinbaren, wenn im Zusammenhang mit dem Klimawandel die Opferrolle ohne ausreichende und sorgfältige Begründung («sans réserve suffisante et prudente») angenommen würde.²⁸ An einer ausreichenden und sorgfältigen Begründung der Opferrolle des beschwerdeführenden Vereins bzw. der vom diesem repräsentierten Personen fehlt es aber gerade im Urteil.²⁹

Der Gerichtshof hielt fest, dass die Opfereigenschaft im Lichte der heutigen Lebensbedingungen evolutiv ausgelegt werden muss («*interprétation évolutive*»); ein zu formalistischer Ansatz des Opferbegriffs würde den Schutz der Konventionsrechte unwirksam und illusorisch machen.³⁰ Mit der Zulassung der Beschwerde des Vereins KlimaSeniorinnen Schweiz hat der Gerichtshof indessen nicht das in Art. 34 EMRK angelegte individualrechtliche Verständnis der Opfereigenschaft evolutiv interpretiert, sondern gerade davon Abstand genommen. Indem er auf die Beschwerde für ein Kollektiv eintrat, schuf er – ohne

²⁶ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 502.

²⁷ Dazu treffend KELLER: «Es ist schwieriger als Individuum, aber leichter als Verein oder Verband, an den EGMR zu gelangen.»

²⁸ Zum Ganzen Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 483.

²⁹ Vgl. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, Partly Concurring partly dissenting opinion of Judge Eicke: «Nevertheless, that is exactly what the majority did and, in my view, in doing so, they created exactly what the judgment repeatedly asserts it wishes to avoid, namely a basis for *actio popularis* type complaints.»

³⁰ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 482.

Grundlage in der EMRK und über seine bisherige Rechtsprechung hinausgehend – eine neue Art von Beschwerde. In der Terminologie des schweizerischen Verfahrensrechts handelt es sich um eine Art *ideelle Verbandsbeschwerde*.³¹ Diese wird Organisationen, wie etwa Umweltschutzverbänden, durch Gesetz zur Durchsetzung öffentlicher Interessen eingeräumt.³²

Weil das ideelle Verbandsbeschwerderecht vom herkömmlichen, in den Verfahrenserlassen allgemein verankerten Konzept der Individualbeschwerde abweicht, bedarf es dafür einer spezifischen *gesetzlichen Grundlage*. Auf völkerrechtlicher Ebene verlangt die Aarhus-Konvention einen Zugang zu Gerichten für Organisationen in Umweltangelegenheiten, namentlich bei Vorhaben, die einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegen.³³ Die Aarhus-Konvention findet jedoch auf Massnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels keine Anwendung. Die Konvention fand zwar Erwähnung im KlimaSeniorinnen-Urteil,³⁴ wurde aber zu Recht nicht herangezogen, um das Beschwerderecht des Vereins zu begründen. Insgesamt drängt sich daher der Schluss auf, dass der Gerichtshof im KlimaSeniorinnen-Urteil ohne rechtliche Grundlage – in Verletzung der «rule of law» – ein neues Beschwerderecht einführte.

III. Grenzen des Individualrechtsschutzes

A. Kollektiv- und Individualrisiken

Das Individualbeschwerderecht setzt die Opfereigenschaft und damit eine besondere Betroffenheit von einzelnen Personen voraus (Kap. II.A). Die Betroffenheit kann darin bestehen, dass Personen einem *Risiko* für ihr Leben, ihre Gesundheit oder andere grundrechtlich geschützte Rechtsgüter ausgesetzt sind. Solche Risiken können die ganze Bevölkerung bzw. Teile der Bevölkerung oder auch nur einzelne Personen bzw. eine abgegrenzte Gruppe von Personen betreffen. Je nachdem liegt ein Kollektiv- oder ein Individualrisiko vor.³⁵

³¹ Gemäss HÄNNI ist demgegenüber die Interpretation der Opfereigenschaft im KlimaSeniorinnen-Urteil in schweizerischer Sichtweise zwischen ideeller und egoistischer Verbandsbeschwerde anzusiedeln (HÄNNI, Urteil).

³² KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1482.

³³ Art. 9 Abs. 2 Übereinkommen vom 25. Juni 1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (SR 0.814.07).

³⁴ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 141.

³⁵ Dazu grundlegend: SEILER, S. 19 ff., 28 ff. Die folgenden beiden Abschnitte stammen, leicht gekürzt, aus: RÜTSCHÉ, S. 68 ff.

Kollektivrisiken sind Risiken von menschlichen Tätigkeiten oder Naturgefahren für eine unbestimmte Vielzahl von Personen. Beispiele sind die Risiken einer Nuklearkatastrophe³⁶, eines terroristischen Anschlags³⁷, des Strassenverkehrs oder einer Pandemie. Zur Bestimmung des Kollektivrisikos ist die Gesamtzahl der möglichen Opfer mit der Eintretenswahrscheinlichkeit zu multiplizieren. Das *Individualrisiko* bezeichnet demgegenüber das Risiko für einzelne Personen, Opfer einer Nuklearkatastrophe, eines Terroranschlags, eines Verkehrsunfalls oder einer Pandemie zu werden. Was die ersten drei Risikoarten betrifft, sind die Kollektivrisiken signifikant höher als die – vernachlässigbaren – Individualrisiken. In einer Pandemie kann dagegen das Individualrisiko je nach Vulnerabilität höher sein als das Kollektivrisiko.

Staatliche Risikovorsorge muss sowohl Individualrisiken als auch Kollektivrisiken im Blick haben. Dabei sollten Individualrisiken unter dem Aspekt grundrechtlicher Schutzpflichten (z.B. Schutz der Rechte auf Leben und Integrität),³⁸ Kollektivrisiken dagegen unter dem Aspekt öffentlicher Interessen (z.B. Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit) beurteilt und gewichtet werden. Eine Berufung auf grundrechtliche Schutzpflichten zur Eindämmung von Kollektivrisiken käme einerseits einer *quantitativen* Bemessung der Grundrechtsbetroffenheit gleich und würde damit den individualrechtlichen Ansatz zugunsten eines utilitaristischen, auf den Gesamtnutzen bezogenen Grundrechtsverständnisses aufgeben. Andererseits müsste eine grundrechtliche Betrachtungsweise von Kollektivrisiken konsequenterweise zu einem Verbot von Tätigkeiten führen, die mit statistischer Sicherheit zu Todesfällen und damit zu einer Verletzung des Lebensrechts führen, wie beispielsweise der Strassenverkehr.³⁹

B. Klimawandel als Kollektivrisiko

Der Klimawandel mit seinen schädigenden Folgen für Mensch und Umwelt ist ein *Kollektivrisiko* – gegenwärtig vielleicht das grösste Kollektivrisiko für die Menschheit. Der Ge-

³⁶ Z.B. BGE 140 II 315: Beschwerde wegen Unterlassens aufsichtsrechtlicher Massnahmen im Bereich der Störfallvorsorge.

³⁷ Z.B. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05: Beschwerde gegen die gesetzliche Ermächtigung der Streitkräfte, durch unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ein Luftfahrzeug abzuschliessen, das gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll.

³⁸ Vgl. dagegen BGer, 1C_567/2014 vom 14. Juli 2015, E. 5.2 und 6.4.: Berufung auf «öffentliche Interessen am Schutz von Leib und Leben» der vom Felssturz gefährdeten Grundeigentümer.

³⁹ Vgl. BGE 126 II 300 E. 4e/aa: «Zahlreiche oder gar die meisten menschlichen Tätigkeiten können unter gewissen Umständen zu Gesundheitsbeeinträchtigungen Dritter führen. Das Polizei- und Umweltrecht kann und soll die Wahrscheinlichkeit einer solchen Beeinträchtigung möglichst begrenzen. Die Forderung nach einem Null-Risiko hätte jedoch zur Folge, dass ein grosser Teil sämtlicher menschlicher Aktivitäten verboten werden müsste, was unverhältnismässig wäre.»; sodann BGE 147 I 450 E. 3.2.3.

richtshof hat die besonderen Eigenschaften dieses Kollektivrisikos im KlimaSeniorinnen-Urteil eingehend beschrieben:⁴⁰

- Die *Quelle des Schadens* ist weder singulär noch spezifisch. Die Treibhausgasemissionen stammen aus mehreren Quellen. Diese sind nicht auf bestimmte Aktivitäten beschränkt, die als gefährlich eingestuft werden könnten. Vielerorts entsprechen die Hauptquellen von Treibhausgasemissionen ganzen Sektoren wie Industrie, Energie, Verkehr, Wohnungsbau, Bauwesen und Landwirtschaft – also den grundlegenden Aktivitäten menschlicher Gesellschaften. Der Klimawandel ist demzufolge ein polyzentrisches Phänomen.
- CO₂ – das wichtigste Treibhausgas – ist bei normalem Konzentrationsniveau an sich nicht giftig. Der Schaden ergibt sich vielmehr aus der Aggregation verschiedener Emissionen. Diese werden erst durch *komplexe Wirkungsketten* schädlich und kennen keine nationalen Grenzen.
- Die Wirkungsketten sind nicht nur komplex, sondern auch räumlich und zeitlich *unvorhersehbarer als bei anderen Emissionen* von spezifischen Schadstoffgiften. Die kombinierten CO₂-Werte erzeugen die globale Erwärmung und den Klimawandel. Diese führen zu extremen Wetterereignissen oder -perioden, die verschiedene schädliche Phänomene wie Hitzewellen, Dürren, übermässige Regenfälle, starke Winde oder Stürme verursachen. Diese Phänomene haben wiederum Katastrophen wie Brände, Überschwemmungen, Erdbeben oder Lawinen zur Folge. Längerfristig können einige dieser Folgen in den am stärksten betroffenen Gebieten die Lebensgrundlagen der Menschen zerstören.

Von den Folgen des Klimawandels sind und werden ganze Bevölkerungsgruppen betroffen sein. Dabei ist aufgrund der komplexen und schwer vorhersehbaren Wirkungsketten *nicht bestimmbar*, welche Gruppen und Individuen an welchen Orten zu welcher Zeit in welcher Weise und in welchem Ausmass Opfer der Folgen des Klimawandels sein werden.⁴¹ Umso weniger ist bestimmbar, auf wen, wann und wie stark sich staatliche Untätigkeit im Kampf gegen den Klimawandel und seine Folgen voraussichtlich auswirken wird. Der Gerichtshof weist zu Recht darauf hin, dass künftige Generationen Gefahr laufen, die wachsende Last der Folgen heutiger Versäumnisse und Unterlassungen im Kampf gegen den Klimawandel zu tragen, ohne dass sie die Möglichkeit haben, sich an den gegenwärtigen Entscheidungsprozessen in diesem Bereich zu beteiligen.⁴²

Die Folgen des Klimawandels berühren grundrechtlich geschützte Güter (Leben, Integrität, Eigentum u.a.) einer unbestimmten Vielzahl von Personen. Die Grundrechtsträger, zu deren Schutz die Staaten Massnahmen zu ergreifen haben, lassen sich kaum individualisieren. Umso weniger können einzelne Personen oder Gruppen als besonders betroffene

⁴⁰ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, §§ 416 ff.

⁴¹ Vgl. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 417.

⁴² Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse, § 420.

Opfer identifiziert werden. Der dem Rechtsschutzsystem der EMRK zugrunde liegende *Individualrechtsschutz stösst damit strukturell an Grenzen*, wenn es um den Kampf gegen den Klimawandel und seine Folgen geht. Aufgrund der Natur des Klimawandels als Kollektivrisiko wären Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes erforderlich.

C. Kollektiver Rechtsschutz

Im *Wirtschaftsrecht* ist kollektiver Rechtsschutz auf Situationen gerichtet, in denen durch ein einziges Ereignis eine Vielzahl von Personen geschädigt ist. Dabei wird zwischen Streu- und Massenschäden unterschieden: Während bei einem Massenschaden eine Vielzahl von Personen in gleicher oder gleichartiger Weise je einen erheblichen materiellen Schaden erleidet, werden bei Streuschäden die einzelnen Personen je nur geringfügig geschädigt. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes wie Sammelklagen bieten in solchen Fällen den Geschädigten die Möglichkeit, die Interessen und Ressourcen zu bündeln. Zugleich können sie das Justizsystem vor einer Überlastung infolge einer Vielzahl von Einzelklagen bewahren.⁴³

Im *Kontext des Klimawandels* ist die Ausgangslage eine andere: Im Unterschied zu Massen- oder Streuschäden, die zahlreiche Individuen erleiden, ist das durch den Klimawandel und seine Folgen geschädigte Kollektiv nicht bestimmbar. Es geht nicht darum, eine Summe von Einzelinteressen geschädigter Personen einzuklagen, sondern das Interesse einer unbestimmten Vielzahl von Personen an der Bekämpfung des Klimawandels – mithin ein Allgemeininteresse – prozessual geltend zu machen.

Um das öffentliche Interesse am Klimaschutz gerichtlich einzufordern, bedarf es einer *Vertretung*. Bei der ideellen Verbandsbeschwerde ist diese Vertretung eine privatrechtlich konstituierte Organisation bzw. eine NGO, in der Regel ein Verein. Das öffentliche Interesse am Klimaschutz könnte aber auch durch andere Akteure wie eine Klimaanwaltschaft, eine von der Zentralverwaltung unabhängige Kommission oder auch Gemeinwesen (Staaten, Gliedstaaten, Gemeinden) verfahrensrechtlich durchgesetzt werden.

Neben der Frage, welche Organisationen oder Institutionen für Klimaschutzbeschwerden legitimiert wären, müsste geklärt werden, wer für die Beurteilung solcher Klagen *zuständig* wäre. Angesichts der Komplexität der Materie sowie der vielfältigen und spezialisierten Expertise, die zur Beurteilung von wirksamen Massnahmen gegen den Klimawandel erforderlich ist, drängt sich die Frage auf, ob die ordentlichen Gerichte überhaupt in der Lage sind, Klimafälle adäquat zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund wäre die Einrichtung von Spezialgerichten auf nationaler und internationaler Ebene in Erwägung zu ziehen. Als Alternative käme auch ein (internationales) Aufsichtsgremium in Betracht, das sowohl von Amtes wegen als auch auf Klage hin bestimmte Entscheide treffen oder Massnahmen ergreifen kann.

⁴³ Zum Ganzen MÜLLER, S. 802 ff.

Weiter stellt sich Fragen im Zusammenhang mit der *Justiziabilität* von Klimaschutzbeschwerden. Was ist Anfechtungsobjekt solcher Beschwerden? Kann insbesondere – wie im KlimaSeniorinnen-Urteil – ein Unterlassen des Gesetzgebers eingeklagt werden? Sind auch klimaschädliche Handlungen nicht-staatlicher Akteure möglicher Gegenstand eines solchen kollektiven Rechtsschutzes? Nach welchen Rechtsgrundlagen und rechtlichen Massstäben sind Klimaschutzklagen zu beurteilen? Welche Rechtsfolgen können und dürfen Gerichte oder Aufsichtsbehörden anordnen, wenn sie eine Beschwerde gutheissen? Sind neben blossen Zielvorgaben wie im KlimaSeniorinnen-Urteil auch einschneidendere und wirkungsvollere Urteilsanordnungen wie die Vorgabe bestimmter Massnahmen, eine Verpflichtung zu Entschädigungszahlungen oder gar die Anordnung von Sanktionen angezeigt?

IV. Schlussfolgerungen

Im KlimaSeniorinnen-Urteil trat der EGMR auf die Beschwerde eines Vereins ein, der die Interessen einer unbestimmten Vielzahl von Personen vertrat. Weder der Verein noch seine Mitglieder waren durch das angefochtene staatliche Unterlassen hinreichender Massnahmen zum Schutz vor dem Klimawandel und seiner Folgen unmittelbar, mittelbar oder potenziell besonders betroffen. Es fehlte mithin an der Opfereigenschaft. Damit liess der Gerichtshof eine Popularbeschwerde zu und schuf – ohne Grundlage in der EMRK – eine neue Art von Beschwerde. Aus Sicht des schweizerischen Verfahrensrechts entspricht diese einer *ideellen Verbandsbeschwerde*, mit der anerkannte Organisationen in den gesetzlich vorgesehenen Fällen auf dem Beschwerdeweg öffentliche Interessen geltend machen können, ohne dass sie selbst oder ihre Mitglieder besonders betroffen wären.

Der Klimawandel mit seinen schädigenden Folgen für Mensch und Umwelt ist ein *Kollektivrisiko*. Die Quellen des Risikos sind vielfältig, die Wirkungsketten komplex und schwer vorhersehbar. Die Grundrechtsträger, zu deren Schutz die Staaten Massnahmen zu ergreifen haben, lassen sich kaum individualisieren. Umso weniger können einzelne Personen oder Gruppen als besonders betroffene Opfer identifiziert werden. Der Individualrechtsschutz stösst damit strukturell an Grenzen, wenn es um den Kampf gegen den Klimawandel und seine Folgen geht. In Betracht zu ziehen sind stattdessen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes.

Zur *Ausgestaltung eines kollektiven Rechtsschutzes* stellt sich eine Reihe von Fragen: Welche Organisationen sind legitimiert, das Allgemeininteresse am Schutz vor dem Klimawandel und seiner Folgen prozessual vorzubringen? Wer ist zuständig für die Beurteilung entsprechender Beschwerden? Wäre insbesondere die Einrichtung von Spezialgerichten oder besonderer Aufsichtsgremien auf nationaler oder internationaler Ebene angezeigt? Welche (staatlichen oder privaten) Handlungen und Unterlassungen sind anfechtbar? Nach welchen rechtlichen Massstäben sind Klimaschutzbeschwerden zu beurteilen und welche Rechtsfolgen können angeordnet werden, wenn eine Beschwerde gutgeheissen wird?

All diese Fragen sind letztlich *politisch zu beantworten* – auf nationaler Ebene durch den demokratischen Gesetzgeber, auf internationaler Ebene durch eine staatsvertragliche Regelung. Der Versuch von Gerichten, im Rahmen der klassischen, auf individuelle Betroffene (Opfer) ausgerichteten Beschwerdesysteme einen effektiven Rechtsschutz gegenüber dem Kollektivrisiko des Klimawandels zu entwickeln, ist nicht zielführend und läuft sogar Gefahr, den Individualrechtsschutz selbst zu delegitimieren und damit empfindlich zu schwächen.

V. Literaturverzeichnis

FONTANA KATHARINA, Klimapolitik von der Richterbank herab, NZZ vom 10. April 2024, S. 20

HÄNNI JULIA, Essentialia und Leitlinien zum Klimaschutz für die Mitgliedstaaten des Europarats, Verein KlimaSeniorinnen gegen die Schweiz (EGMR-Urteil, 9. April 2024), EuGRZ 2024, S. 25 ff. (zit. HÄNNI, Essentialia)

HÄNNI JULIA, Was sagt das Urteil kurz und konkret?, 14. Mai 2024, auf <<https://unser-recht.ch/klima-seniorinnen/>> (zit. HÄNNI, Urteil)

KELLER HELEN, «Das ist ein bahnbrechendes Urteil für das Klimarecht, die Menschenrechte sowie für die Stellung der Umweltorganisationen», Interview von David Vonplon und Daniel Gerny, NZZ vom 9. April 2024, <www.nzz.ch/schweiz/weshalb-voelkerrechts-professorin-helen-keller-das-strassburger-klimaseniorinnen-urteil-fuer-bahnbrechend-haelt-ld.1825559>

KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021

LETWIN JEREMY, Klimaseniorinnen: the Innovative and the Orthodox, Blog of European Journal of International Law, <ejiltalk.org>, publiziert am 17. April 2024

MEYER ULRICH, Der Menschenrechtsgerichtshof hat den Rubikon überschritten, Gastkommentar, NZZ vom 12. April 2024, S. 18

MÜLLER KARIN, Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, ZBJV 151/2015, S. 801 ff.

REICH JOHANNES, KlimaSeniorinnen and the Choice Between Imperfect Options, Verfassungsblog, publiziert am 18. April 2024

RÜTSCHKE BERNHARD, Zwischen Rationalität und Werturteil: Begriff und Methodik der Interessenabwägung, ZSR 2024 II 1, S. 1 ff.

SEILER HANSJÖRG, Individualrisiko und Kollektivrisiko in der Risikowissenschaft und im Recht, Risiko & Recht 2/2023, S. 7 ff.

Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei dringlichen behördlichen Massnahmen

Erfahrungen und Folgerungen

*Thomas Gächter**

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung und Problemstellung	558
A.	Einleitung	558
B.	Problemstellung	558
II.	Dringliche behördliche Massnahmen?	559
A.	Ausgangspunkt	559
B.	Merkmale	559
C.	Typische Elemente von Dringlichkeits- und Notrecht	561
III.	Sieben Thesen	561
These 1:	Dringliche behördliche Massnahmen bilden im modernen, gewaltenteiligen Rechtsstaat einen «Betriebsunfall»	561
These 2:	Dringliche behördliche Massnahmen beruhen auf der bestmöglichen Einschätzung der Sachlage und beachten die rechtsstaatlichen Grundsätze	564
These 3:	Verwaltungsgerichte sind ein unabdingbares und unabhängiges rechtsstaatliches Gegengewicht zu fehlerhaften dringlichen behördlichen Massnahmen	566
These 4:	Verwaltungsgerichte verfügen über angemessene Reaktionsmöglichkeiten, um wirkungsvollen Rechtsschutz bei dringlichen behördlichen Massnahmen zu gewährleisten	568
These 5:	Verwaltungsgerichte agieren selbstbewusst, wenn sie dringliche behördliche Massnahmen beurteilen	569
These 6:	Bei dringlichen Verordnungen des Bundesrats und Massnahmen, die sich auf solche stützen, besteht eine Lücke im Rechtsschutz	571
These 7:	Alles ist gut	572
IV.	Literaturverzeichnis	573

* Prof. Dr. iur., Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Am 14. September 2023 fand zu Ehren meiner geschätzten Kollegin Prof. Dr. Regina Kiener eine Feier statt, an der ich nicht teilnehmen konnte, weil ich am gleichen Tag an der jährlichen Versammlung der schweizerischen Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter, die 2024 vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ausgerichtet wurde, das Hauptreferat halten durfte. Der vorliegende Text beruht auf diesem Referat und ergänzt dieses um einige Aktualisierungen und Hinweise. Für die Unterstützung dabei danke ich meinen Mitarbeitern Léon Hunziker und Robin Suter. Der Redestil wurde weitgehend beibehalten.

I. Einleitung und Problemstellung

A. Einleitung

«Not kennt kein Gebot», sagt der Volksmund. In der Not also, wenn das absolut Notwendige ohne Aufschub zwingend vorgekehrt werden muss, um Schlimmstes zu verhindern, verlieren Normen *faktisch* ihre Geltung – zumindest im Einzelfall. Sehr schön kommt dies im französischsprachigen Äquivalent zu dieser Redensart zum Ausdruck: «*Nécessité fait loi.*»

Zur Rechtfertigung von Normübertretungen im Notfall sind denn auch in allen Rechtsbereichen Konstruktionen und Rechtsfiguren entwickelt worden, die das «In-der-Not-Gebotene» rechtmässig erscheinen lassen:¹ Notwehr und Notstand im Strafrecht, Staatsnotstand im Verfassungsrecht, polizeiliche Generalklausel im Verwaltungs- und Polizeirecht, *clausula rebus sic stantibus* im Vertragsrecht und weitere mehr.

Die Sache ist nun aber etwas komplexer, als es der zitierte Volksmund und diese ersten Ausführungen erkennen lassen. Allein schon die vier Worte «Not kennt kein Gebot» werfen eine Reihe fundamentaler Fragen auf:

- Not für wen oder was, d.h. wer oder was muss bedroht sein, damit man von einer solchen Notsituation sprechen kann?
- Und wie nah muss die Not denn sein? Muss sie schon eingetreten sein, reicht ihr unmittelbares Drohen oder auch schon ein gesteigertes Risiko?
- Und was heisst «kennt» kein Gebot? Natürlich kennt die Not auch Gebote. Aber welche Gebote dürfen denn überhaupt missachtet werden? Alle? Oder nur weniger wichtige?
- Und wirken innerhalb des «In-der-Not-Gebotenen» gleichwohl noch allgemeinste Normen und Grundsätze regulierend?

B. Problemstellung

Welche Rolle spielen nun in diesem Problemkreis die Rechtsprechungsorgane, d.h. vor allem die Verwaltungsgerichte? Nach einer kurzen Einführung zu «dringlichen behördlichen Massnahmen» im Allgemeinen möchte ich mich diesen Fragen anhand von sieben Thesen nähern. Dabei geht es nicht um eine detaillierte Analyse der geltenden Rechtslage oder eine umfassende Darstellung der jüngsten Entscheide, sondern um die *generelle Verortung der Verwaltungsjustiz in der staatlichen Bewältigung von Notlagen*.²

¹ Vgl. TRÜMLER, N 31 ff. («Notrecht als Oberbegriff für Instrumente der ausserordentlichen Situationsbewältigung»).

² Eingehend hierzu etwa SAXER/BRUNNER, St. Galler Komm. BV, Art. 185 N 161 ff.; im Hinblick auf die Bewältigung der Covid-19-Pandemie ausführlich GERBER, Rechtsschutz, und JEAN-PETIT-MATILE, *passim*.

II. Dringliche behördliche Massnahmen?

A. Ausgangspunkt

Es sind selbstverständlich in erster Linie zahlreiche Vorgänge und Massnahmen im Umfeld der *Corona-Massnahmen* von Bund und Kantonen, die nach grundlegenden Stellungnahmen rund um dringliches behördliches Handeln rufen. Darüber hinaus hat auch die drohende, dann aber nicht eingetretene *Energiemangellage* des ersten Ukraine-Krieg-Herbstes 2022 Mechanismen und Befürchtungen zutage gefördert, die nicht unkommentiert bleiben sollen. Und schliesslich – es wurde ja fast schon zur Gewohnheit! – wurde auch im Rahmen der *Übernahme der Credit Suisse (CS) durch die UBS* im März 2023 mit dringlichen Massnahmen und mit Notrecht hantiert.

B. Merkmale

Das erste und offensichtlichste Element dringlicher behördlicher Massnahmen ist das Erfordernis *des raschen behördlichen Handelns*, d.h. ein *zeitliches Element*. Dies allein ist jedoch kein hinreichendes Merkmal, sind doch zahlreiche Verwaltungsvorgänge zeitlich dringlich und werden ohne Aufschub umgesetzt, ohne dass sie als dringliche Massnahmen bezeichnet würden.

Dringliche behördliche Massnahmen streben in aller Regel den Schutz eines *hochwertigen Rechtsgutes* an, das ohne behördliches Handeln verletzt wird oder vernichtet zu werden droht. Auch hier finden sich dringliche Massnahmen in bester Gesellschaft mit alltäglichen Verwaltungsvorgängen, beispielsweise im polizeilichen Bereich, die aber ebenfalls nicht als «dringlich» wahrgenommen werden.

Das Proprium dringlicher behördlicher Massnahmen ist damit weder die zeitliche Dringlichkeit noch die sachliche Erforderlichkeit zum Schutz eines hochwertigen Rechtsgutes allein. Vielmehr zeichnen sich dringliche behördliche Massnahmen zusätzlich durch ein (*äusserst*) *geringes Mass an expliziter normativer Determinierung* aus. Ihre zusätzliche Besonderheit liegt mit anderen Worten darin, dass sie

- *entweder über keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage verfügen*, d.h. beispielsweise direkt gestützt auf eine (offen formulierte) verfassungsrechtliche Notverordnungs-kompetenz erlassen werden,
- *oder zwar über eine solche verfügen, diese sich aber in einer blossen Ermächtigung zum Handeln erschöpft*,
- *oder die gesetzliche Grundlage zwar Leitlinien enthält, diese aber aus Gründen der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit grosszügig ausgelegt oder aber überschritten werden*.

Mit anderen Worten: Dringliche behördliche Massnahmen charakterisieren sich neben ihrer zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit *durch ein fehlendes oder stark gelockertes Verhältnis zu den üblicherweise geltenden Regelungen*. Die Behörden verlassen verfahrensmässig oder inhaltlich den vorgezeichneten Pfad, um bestimmte Rechtsgüter zu schützen.

- Beispiele für die erste Konstellation, also die direkte Abstützung auf die Verfassung, gab es in jüngerer Zeit verschiedene: So stützt sich etwa die *«Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken»* vom 16. März 2023 sowie ihre Anpassungen vom 19. März 2023 direkt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung.³ Die Verordnung war ein massgebliches Versatzstück, um den «CS/UBS-Deal» möglich zu machen.
- Als Beispiel für die zweite Konstellation lässt sich Art. 7 des Epidemiengesetzes⁴ nennen. Dieser schreibt lakonisch vor: *«Wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert, kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen.»* Im Gegensatz zur «besonderen Lage», die in Art. 6 des Gesetzes geregelt ist, enthält die Norm keinerlei Schranken und ermächtigt den Bundesrat in der ausserordentlichen Lage zu – zumindest auf den ersten Blick – jedweder Art von notwendigen Massnahmen.⁵
- Als Beispiel für die dritte Konstellation lässt sich Art. 34 des Landesversorgungsgesetzes⁶ anführen. Mir war, wie wohl vielen anderen auch, bis im Herbst 2022 nicht bewusst, was hier in der Gesetzgebung schlummert: Laut dieser Bestimmung kann der Bundesrat für die Dauer der Geltung von wirtschaftlichen Interventionsmassnahmen Bestimmungen anderer Gesetze (also nicht nur von Verordnungen) vorübergehend für nicht anwendbar erklären. Zwar dürfen gemäss Abs. 2 der Norm die Bestimmungen nur soweit für nicht anwendbar erklärt werden, wie sie mit Massnahmen nach diesem Gesetz im Widerspruch stehen. Zudem darf die Nichtanwendbarkeitsklärung keine über die Geltungsdauer der Massnahmen hinausgehende oder unumkehrbare Wirkung entfalten. Gleichwohl wird hier die Abwägung, ob ein demokratisch legitimiertes Bundesgesetz ausser Kraft gesetzt werden kann, in die Hände der Exekutive gelegt, ohne dass sich griffige Leitlinien dafür im Gesetz finden lassen.

³ SR 952.3, Ingress.

⁴ Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), SR 818.101.

⁵ Vgl. KLEY, S. 272 f.

⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2016 über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz, LVG), SR 531.

C. Typische Elemente von Dringlichkeits- und Notrecht

Dringlichkeits- bzw. Notrecht zeichnet sich regelmässig durch drei typische Elemente aus, die sich in unterschiedlicher Kombination zeigen können. Vom «normalen» Verfahren weichen dringliche Massnahmen in drei Richtungen ab:⁷

- Die Massnahmen konzentrieren sich an einer zentralen Stelle: In den Kantonen etwa bei den kantonalen Organen statt bei den Gemeindeorganen und im Bund bei den Bundesbehörden statt bei den kantonalen Behörden.
- Die Aufgaben werden von Exekutivorganen, in der Regel von der Regierung, wahrgenommen und nicht mehr von demokratisch stärker legitimierten Repräsentativorganen.
- Die Interessen der Allgemeinheit werden gegenüber jenen Einzelner stärker gewichtet, d.h. es kann vereinfacht zur Einschränkung von Grundrechten und politischen Rechten kommen.

Zur Wahrung höherwertiger Interessen werden also demokratisch legitimierte und legitimierende Massnahmen, organisatorische und föderalistische Aspekte sowie die Interessen Einzelner eingeschränkt oder beiseitegeschoben, was nach einer entsprechenden Kontrolle ruft.

III. Sieben Thesen

These 1: Dringliche behördliche Massnahmen bilden im modernen, gewaltenteiligen Rechtsstaat einen «Betriebsunfall»

Der moderne Staat verfügt im Idealfall über eine professionalisierte Verwaltung, ist bestens organisiert und handelt vorausschauend. Erwartbare Gefahren werden frühzeitig erkannt, Massnahmen werden demokratisch verhandelt und beschlossen und die Gefahren werden von der Bevölkerung abgewendet. Dementsprechend werden in den einschlägigen Sachbereichen Normen und Massnahmen vorformuliert und diskutiert, die im Krisenfall greifen können. Und wenn gleichwohl zu dringlichen, nicht vorgesehenen Massnahmen gegriffen werden muss – z.B. zu einer bundesrätlichen Notverordnung –, sind Verfahren vorgesehen, um allfällige Entscheide nachträglich demokratisch zu kontrollieren, namentlich durch eine Überführung in parlamentarische Rechtsetzung. Für die wenigen nicht im Voraus geregelten Fälle, ermöglicht die in der Verfassung ausdrücklich verankerte polizeiliche Generalklausel zudem verhältnismässige Grundrechtseingriffe.⁸

⁷ Z.B. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 426 ff.; KIENER, S. 462 ff.

⁸ Vgl. KIENER, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 30 N 94 ff.

Nach diesen Ausführungen liesse sich schliessen: Die erste These trifft genau zu, wir sind gut vorbereitet und wir geraten auch in Krisenlagen nicht ins Straucheln.

Hält die These nun aber auch einem *Reality Check* stand, d.h. waren wir beispielsweise entsprechend auf eine Pandemie, wie wir sie erlebt haben, vorbereitet? Oder auf eine mögliche Energiemangellage? Oder auf das Taumeln einer systemrelevanten Grossbank wie der CS? Die Antwort wird zunächst vielleicht überraschen: Ja, die Schweiz war vorbereitet, theoretisch sogar sehr gut! In allen drei Fällen hat der Gesetzgeber nämlich vorausschauend gehandelt:

- Er hat das Epidemien-gesetz aus den 1970er Jahren für nicht mehr zeitgemäss befunden und 2012 ein vollständig erneuertes Gesetz beschlossen, das – nach überstandener Referendumsabstimmung – am 1. Januar 2016 in Kraft trat.⁹ Geregelt wurden darin namentlich die Vorgehensweisen in der besonderen Lage, welche die Kraft der Kantone überschreitet, sowie die Individual- und Kollektivmassnahmen, die neu systematisiert wurden. Gerade auch die häufig umstrittene Frage des Impfblogatoriums in bestimmten Fällen wurde differenziert geregelt. Besonders wichtig war auch die Professionalisierung des Meldewesens, das eine rationale, tatsachenbasierte Reaktion im Epidemiefall oder in der Pandemie zulassen sollte.¹⁰
- Der Gesetzgeber war sich auch der Problematik der allenfalls gefährdeten Landesversorgung bewusst und hat 2016 – von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt – ein neues Landesversorgungsgesetz beschlossen, das 2017 in Kraft getreten ist¹¹ und dem Bund, und insbesondere auch dem Bundesrat, die vorne bereits erwähnten, weitreichenden Kompetenzen zur Vermeidung oder Bekämpfung von Mangellagen übertragen hat.
- Auch bezüglich der Gefahr einer Bankenkrise ist der Gesetzgeber nach den Erfahrungen mit der UBS-Rettung vor etwas über zehn Jahren tätig geworden. Er hat im Rahmen der «Too big to fail»-Vorlage verschiedene Massnahmen getroffen.¹² Eine Bankenkrise sollte damit geordnet behandelt werden, ohne Notverordnungen und rechtsstaatlich fragwürdige Schritte.¹³

In allen drei Krisenfällen trafen die Krisen damit auf einen gut vorbereiteten Gesetzgeber¹⁴ mit aktualisierten gesetzgeberischen Konzepten – *und brachten das System dennoch ins Wanken!*

- Im Fall der Pandemie schien die Verwaltung unmittelbar nach der Schaffung des Gesetzes dieses vergessen zu haben. Weder wurden die äusserst wichtigen elektronischen

⁹ AS 2015 1435.

¹⁰ So explizit die bundesrätlichen Erläuterungen in der Botschaft (BBl 2011 311 ff.).

¹¹ AS 2017 3097.

¹² Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952.0, Änderung vom 30. September 2011 (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail), AS 2012 811.

¹³ Vgl. BBl 2011 4717, 4726 f.

¹⁴ Relativierend zu verschiedenen Aspekten im Umfeld der Epidemienbekämpfung KLEY, S. 274 ff.

Meldewege aufgebaut noch hielten sich Bund und Kantone an die eigentlich vorgesehenen Pflichten bezüglich der Vorratshaltung für Masken, Desinfektionsmittel und Medikamente. Auch Schutzvorkehrungen, die spätestens seit der drohenden Schweinegrippe bekannt waren, fehlten vielerorts. Dieser liederliche Gesetzesvollzug durch die Behörden aller Stufen, der vor allem in der Anfangszeit der Pandemie für zahlreiche Schwierigkeiten gesorgt, Verwirrung gestiftet und merkwürdige Massnahmen erforderlich gemacht hat, wurde in der Folge kaum je thematisiert.¹⁵

- Darüber hinaus hat der Bundesrat im März 2020 ein eigentliches Feuerwerk an gesetzeseergänzenden und gesetzese derogierenden Notverordnungen gezündet, die nicht nur die eigentliche Bekämpfung der Epidemie zum Gegenstand hatten, sondern auch die Abfederungen ihrer finanziellen Folgen, namentlich etwa mit sozialversicherungsrechtlichen Instrumenten. Unter Staatsrechtlern ist nach wie vor umstritten, ob diese Notverordnungen überhaupt auf die Bundesverfassung hätten gestützt werden dürfen,¹⁶ denn diese spricht nur von der Wahrung der Interessen der Eidgenossenschaft im Aussenverhältnis, der Sicherung der öffentlichen Ordnung sowie der inneren und äusseren Sicherheit.¹⁷
- Die Landesversorgungsgesetzgebung hat zwar dazu geführt, dass man für normale Schwankungen und kleinere Krisen vorbereitet war, für eine Grosskrise wie den Krieg gegen die Ukraine und die darauf folgenden Lieferengpässe bei fossilen Energieträgern wurden jedoch kurzfristig Sicherungsmassnahmen erforderlich, namentlich etwa der Bau eines Reservekraftwerks, was aufgrund bundesrätlicher Suspendierung verschiedenster Normen rasch möglich wurde. Erst im Anwendungsfall wurde allerdings offenbar, dass bei der Regelung auf Bundesebene die kantonalen Eigenheiten, die kantonalen Kompetenzen und Verfahren schlicht vergessen gegangen sind und übersteuert wurden.¹⁸
- Noch lange beschäftigen wird uns schliesslich, weshalb im Fall CS/UBS zur nun umgesetzten Lösung gegriffen wurde und – im ersten Anwendungsfall – die Too-big-to-fail-Regeln gerade nicht angewandt wurden.¹⁹

Im krassen Kontrast zum eigentlichen «Schub» legislatorischer Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Krisenlagen steht damit deren fast schon systematische Nicht-

¹⁵ Die Massnahmen des Bundesrates und der Bundesverwaltung zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie wurden durch die beiden GPK geprüft. Diese Inspektion wurde im November 2023 nach der Veröffentlichung von zehn Berichten und 60 Empfehlungen an den Bundesrat geschlossen. Vgl. Jahresbericht 2023 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2024, BBl 2024 446, Ziff. 4.

¹⁶ Vgl. KLEY, S. 275 ff.

¹⁷ BIAGGINI, *Notrecht*, S. 253 ff.; er konstatiert für Art. 185 Abs. 3 BV gar einen Übergang von einer Polizei- zu einer Wohlfahrtsstaats-Generalklausel (S. 256 f.).

¹⁸ Vgl. BVGer, A-1706/2023 vom 19. Februar 2024, E. 11.

¹⁹ Vgl. hierzu EISENRING CHRISTOPH/HÄBERLI STEFAN, Im Ernstfall ein Totalausfall: Der «Too big to fail»-Notfallplan blieb in der Schublade. Experten üben harsche Kritik an der Finma, in: *Neue Zürcher Zeitung*, 22. März 2023.

beachtung. Man hat – vor allem auch in der Pandemie – häufig den Eindruck gewonnen, dass weder Verwaltung noch Politik die eigenen, publizierten Gesetze konsultieren, sondern tagesaktuell neue Normvarianten kreieren, ohne sich sichtbar an das demokratisch Beschlossene zu halten.²⁰

Hier fragt sich nun also, wem denn die Rolle zukommen könnte, hier korrigierend einzuwirken und die Behörden zur rechtsstaatlichen Ordnung zu rufen.

These 2: Dringliche behördliche Massnahmen beruhen auf der bestmöglichen Einschätzung der Sachlage und beachten die rechtsstaatlichen Grundsätze

Die Frage, ob dringliches behördliches Handeln angezeigt ist, hat viel mit der Einschätzung der Sach- und Gefährdungslage zu tun. Sachlagen, so würde man meinen, gehören der Sphäre der objektiven Tatsachen an. Damit wären sie überprüfbar und kontrollierbar.

Allerdings erstreckt sich der rechtswissenschaftliche Tatsachenbegriff in der Regel auf solche Tatsachen, die bereits vorhanden und damit fassbar sind, d.h. auf Ereignisse, die bereits eingetreten sind. Dringliches behördliches Handeln kann zwar auch auf bereits eingetretene Ereignisse bezogen sein. Die drei zuvor genannten Beispiele bezogen sich jedoch höchstens zum kleineren Teil auf solche. Im Wesentlichen ging es in allen Fällen um die *Abwendung von Gefahren*, die nach der behördlichen Einschätzung unmittelbar drohten und damit das dringliche Handeln rechtfertigen:

- Die Gefahr weiterer und rascherer Verbreitung des Virus mit Überlastung der Intensivstationen und mehr Todesfällen,
- die Gefahr einer Energieknappheit im Winter 2022/2023
- und die Gefahr eines unkontrollierten Zusammenbruchs der CS.

Nun liegt genau hier ein Kernproblem: *Ob die Gefahr akut ist und tatsächlich droht, ist eine Frage der Einschätzung v.a. durch die Behörde selbst.* Sie ist zudem eine Frage der politischen Präferenzen; oder auch der persönlichen Risikofreudigkeit der handelnden Behörden. Je risikoaverser diese ist, desto eher wird sie bereit sein, zu dringlichen Massnahmen zu greifen.

Diese Risikoaversion steht auch im Zusammenhang mit der kommunikativen Lage: Wenn etwa ein Thema medial stark diskutiert wird oder Gefahren im öffentlichen Diskurs sehr präsent sind, sinkt faktisch die Risikobereitschaft der politisch verantwortlichen Behörden.²¹ Ihr Handeln steht unter der Beobachtung der Öffentlichkeit – und ein Risikoeintritt hätte zumindest für die politisch Verantwortlichen wesentliche Folgen.

²⁰ Vgl. auch BIAGGINI, Notrecht, S. 254 ff.

²¹ Vgl. GÄCHTER, S. 92.

Zugleich hängt mit der Bejahung einer akuten Gefahr auch die Möglichkeit zusammen, die mühseligen Wege der demokratischen Gesetzgebung und der Mitsprache von Verbänden und am Ende des Volkes zu kanalisieren – oder gar zu vermeiden. Genau diese Kombination aus risikoaverser Einschätzung der Sachlage und klar einschränkenden staatlichen Massnahmen, die nur in der Minderzahl der Fälle gesetzgeberisch determiniert waren, führte über die lange Zeit etwa der Covid-Pandemie hinweg zu einem wachsenden Misstrauen in der Bevölkerung.

Dazu kommt ein weiteres Element: Wenn in einer dringlichen Situation Massnahmen ergriffen werden, so sollen diese gemäss Rechtsprechung und Lehre die elementaren rechtsstaatlichen Grundsätze beachten.²² Das sehr zentrale Legalitätsprinzip kann aber nur bedingt eine Schranke bilden, denn definitionsgemäss wird bei Dringlichkeit das legal Vorgesehene gerade modifiziert oder übergangen.²³

Massnahmen bei Dringlichkeit sollen sich gleichwohl in ihrer Ausgestaltung nicht allzu stark von Massnahmen unterscheiden, die auch sonst vernünftigerweise getroffen würden. Not soll also auch Gebote kennen; einfach etwas weniger differenzierte.

Ich unterstelle nun der Einfachheit halber, dass die Behörden in den vergangenen Jahren nach ihrer bestmöglichen, wissenschaftlich gestützten Einschätzung der Sachlage die Dringlichkeit ihres Handelns bejaht und sich bei der Umsetzung so treu wie möglich an die rechtsstaatlichen Grundsätze gehalten haben. Das Problem, das sich gleichwohl stellt, liegt auf der Hand: *Wer kann denn überhaupt der Einschätzung der Behörden, die sie zu dringlichem Handeln (selbst)ermächtigt hat, Einhaltung gebieten oder diese Einschätzung zumindest überprüfen? Wer kann kontrollieren, ob die rechtsstaatlichen Grundsätze eingehalten worden sind?*

Schon seit jeher war dringlichem behördlichem Handeln die Ambivalenz zwischen politischem Handlungszwang und schleichendem Machtmissbrauch inhärent. Aus historischer Sicht sei hier etwa an die erfolgreiche Volksinitiative «Rückkehr zur direkten Demokratie» erinnert, die 1949 dem vom Vollmachtenregime des zweiten Weltkriegs beflügelten, im Modus des Notstands funktionierenden Handeln der Bundesbehörden ein faktisches Ende setzte und zumindest die dringliche Gesetzgebung einem nachträglichen Referendum unterstellte.²⁴ Kurz zusammengefasst besagte diese Initiative, dass behördliches Handeln – konkret: das Handeln der Bundesversammlung in der Form generell-abstrakter Normen – zwar bei Dringlichkeit ohne Referendum vorgenommen werden kann, dass aber zumindest nachträglich eine demokratische Kontrolle durch ein abrogatives Referendum möglich sein muss.²⁵

²² Statt vieler BGE 147 I 161 E. 5.1; BIAGGINI, OFK BV, Art. 185 N 10 ff; KIENER, S. 464 f.; SAXER/BRUNNER, St. Galler Komm. BV, Art. 185 N 55.

²³ Oben Ziff. II.B.

²⁴ Zur Vermeidung von Missverständnissen: Bei diesem Beispiel geht es um ein solches das sich nur mit dem Aspekt des gesetzgeberischen Handelns beschäftigt. Ein Vergleich mit weiteren dringlichen Handlungsformen lässt sich aber gleichwohl anstellen.

²⁵ Z.B. GÄCHTER, S. 81 ff.

Wie bereits ausgeführt, hat der Schweizer Gesetzgeber in den letzten 20 Jahren seine Hausaufgaben grundsätzlich gut gemacht und auch den Geist der beschriebenen Initiative wieder aufgegriffen: So müssen seit über zehn Jahren Notverordnungen des Bundesrates nach sechs Monaten ausser Kraft treten, wenn dieser bis dahin dem Parlament keinen entsprechenden Beschlussantrag gestellt hat.²⁶ Dieser demokratische Kontrollmechanismus hat bekanntlich im Fall der Covid-Massnahmen in der Form gespielt, dass mit dem Covid-19-Gesetz,²⁷ über das in fast schon regelmässigen Abständen abgestimmt wird,²⁸ demokratische Legitimation für die bundesrätlichen Verordnungen geschaffen wurde.

Bei Massnahmen von weniger als sechs Monaten Dauer oder bei solchen auf kantonaler Ebene gibt es indes meist keinen solchen nachträglichen demokratischen Kontrollmechanismus. Insbesondere bei diesen Konstellationen richtet sich der Blick auf andere Kontrollinstanzen, was mich zu These 3 führt.

These 3: Verwaltungsgerichte sind ein unabdingbares und unabhängiges rechtsstaatliches Gegengewicht zu fehlerhaften dringlichen behördlichen Massnahmen

Bei der Überprüfung der beiden ersten Thesen sind mindestens drei Problemfelder identifiziert worden, die nach einer Kontrollinstanz rufen:

- Wer überprüft, ob die zeitlichen und sachlichen Voraussetzungen für dringliche behördliche Massnahmen vorlagen oder, bei Fortgeltung einer Massnahme, noch vorliegen?
- Wer setzt den Behörden Grenzen, wenn sie sich über demokratisch legitimierte und formell geltende Regeln hinwegsetzen, obwohl diese eigentlich für einen entsprechenden Dringlichkeitsfall vorformuliert worden sind?
- Wer kontrolliert, ob die dringlichen behördlichen Massnahmen die rechtsstaatlichen Grundsätze beachtet haben oder beachten?

Die Antwort auf diese Fragen ist nur beschränkt überraschend: das kann oder könnte ein sachzuständiges Gericht sein, in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle also ein Verwaltungsgericht und letztinstanzlich das Bundesgericht.²⁹

Dabei ist, verfassungsrechtlich betrachtet, der Umstand, dass dereinst eine gerichtliche Kontrolle stattfinden könnte, noch bedeutender als die gerichtliche Kontrolle im Einzelfall. Die blosse Möglichkeit, dereinst ins Unrecht versetzt zu werden, wirkt bereits *präventiv* auf die Behörden ein, wenn sie dringliches Handeln erwägen.

²⁶ BIAGGINI, Notrecht, 251 f., mit kritischen Anmerkungen; TRÜMLER, N 472 ff.

²⁷ Bundesgesetz vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), SR 818.102.

²⁸ Drei Mal wurde über das Covid-19-Gesetz abgestimmt, zunächst über das ganze Gesetz und dann über zwei Anpassungen: BBl 2021 2135, BBl 2022 894, BBl 2023 2015.

²⁹ Vgl. KIENER, 467 ff.

Die blossе Möglichkeit einer Kontrolle bringt damit, um es mit dem Nobelpreisträger *Daniel Kahneman* auszudrücken, ein Element «langsamen Denkens» in das Handlungssystem «schnelles Denken» bei Dringlichkeit und zwingt damit zur vertieften Reflexion – und indirekt in den meisten Fällen zu besseren Entscheidungen. Allerdings darf man als Gericht, um weiter bei Kahneman zu bleiben, nicht in einen «*hindsight bias*» verfallen und rückblickend, aus der Ruhe der richterlichen Büros heraus, im Detail prüfen, wie es ganz richtig gewesen wäre. Massgeblich ist damit die der Behörde erkennbare Evidenzlage zum Zeitpunkt, in welchem diese zu entscheiden und Massnahmen zu ergreifen hatte.

Der grundsätzlichen Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle würden wohl alle zustimmen. Betrachtet man indes näher, welche Fragen denn genau überprüft werden sollten, um ein sinnvolles Gegengewicht zum dringlichen behördlichen Handeln zu bilden, ist die Feststellung eher ernüchternd:

Im geltenden System können zwar verschiedene Dinge nachträglich gerichtlich überprüft werden. Der Überprüfung der genannten Fragen sind indes empfindliche Grenzen gesetzt. So sind etwa Notverordnungen des Bundesrats nicht direkt (und abstrakt) vor Bundesgericht anfechtbar³⁰ und kennen auch längst nicht alle Kantone eine abstrakte Normenkontrolle bei Verordnungen der Exekutive.³¹

Auch der Weg über die konkrete Normenkontrolle eignet sich teilweise nur beschränkt, um dem Gericht die Frage vorzulegen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für das Ergreifen dringlicher Massnahmen vorgelegen haben oder nicht.

Etwas besser sieht es für die Überprüfung der Frage aus, ob die ergriffenen dringlichen Massnahmen elementare rechtsstaatliche Grundsätze beachten. Im konkreten Fall verdichten sich die Fragen häufig zur Justiziabilität, womit sich die Gerichte wieder auf ihrem gewohnten Terrain befinden und reagieren und urteilen können.

Zu dieser These lässt sich also resümieren:

- Die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle ist von elementarer Bedeutung für das Gleichgewicht im System.
- Dass geprüft werden kann, ob die Voraussetzungen für dringliches Handeln gegeben sind, ob im Dringlichkeitsfall zu Unrecht geltendes Recht übergangen worden ist, und ob die ergriffenen Massnahmen rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen, wirkt jedoch – im Gegensatz zur beschriebenen nachträglichen politischen Kontrolle – vor allem präventiv und in der Realität vor allem punktuell in Einzelfällen.
- Die bestehenden, empfindlichen gerichtlichen Überprüfungslücken lassen jedoch erkennen, dass das gerichtliche Gegengewicht bislang eher schwach ausgebaut ist.

³⁰ Z.B. GERBER, Rechtsschutz, N 6 ff.

³¹ Zu funktionierenden Systemen kantonaler abstrakter Normenkontrollen bei Dringlichkeit JEAN-PETIT-MATILE, N 22 f.

These 4: Verwaltungsgerichte verfügen über angemessene Reaktionsmöglichkeiten, um wirkungsvollen Rechtsschutz bei dringlichen behördlichen Massnahmen zu gewährleisten

Verwaltungsgerichte können und sollen, wie alle Gerichte, nur reaktiv tätig werden. Wird das Gericht nicht von einer legitimierten Partei angerufen, kann es auch keine Stellung nehmen. Bei dringlichen Massnahmen der Behörden verändert sich diese Funktion im Grundsatz nicht: Auch gegen diese muss eine legitimierte Partei zunächst ein Gericht anrufen.

Weil es sich naturgemäss um dringliche, d.h. möglichst sofort in Kraft tretende Massnahmen handelt, stellt sich die Frage, ob die Gerichte auch rasch und wirkungsvoll genug reagieren können.

Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen: Wird eine Gerichtsinstanz wegen einer dringlichen Massnahme angerufen, hat diese grundsätzlich die Möglichkeit, der entsprechenden Beschwerde *aufschiebende Wirkung zu gewähren bzw. die aufschiebende Wirkung wieder herzustellen*, wenn sie von der dringlich entscheidenden Behörde entzogen worden ist.³² Im Dringlichkeitsfall ist diese Option im Sinne des Rechtsschutzes auf der einen Seite wohl eines der wirksamsten Mittel, um die dringlich handelnde Behörde in die Schranken zu weisen. Auf der anderen Seite würde ein Gericht angesichts der behördlichen Einschätzung der Lage als Notlage dieser Einschätzung im Regelfall wohl folgen und damit keine aufschiebende Wirkung gewähren.

Auch dann, wenn es zu einem Sachentscheid kommt, reichen die Reaktionsmöglichkeiten des Gerichts aus, um hinreichenden Rechtsschutz zu gewähren. Von der Feststellung einer Widerrechtlichkeit der Massnahme bis zu deren Aufhebung bietet das übliche Spektrum genügend Möglichkeiten, um wirksam zu kontrollieren.

Zudem stellen sich im Nachgang von Massnahmen häufig auch Fragen der *Staatshaftung*. Bei der Prüfung der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit des staatlichen Handelns kann so auch indirekt noch nachträglich Rechtsschutz gewährt werden.

Und nun aber die Einschränkung: All dies gilt freilich nur, wenn überhaupt ein Gericht angerufen werden kann, d.h. wenn die gerichtliche Überprüfung nicht ausgeschlossen ist. Dies ist aber, wie zu These 3 dargelegt, recht häufig der Fall, insbesondere dann, wenn es sich um dringliche Massnahmen des Bundes handelt – aber dazu dann mehr bei These 6.

Es lässt sich also sagen: Wenn man die Gerichte denn lässt, verfügen sie mit ihren üblichen Handlungsoptionen über ein hinreichendes Spektrum an Möglichkeiten, um wirkungsvollen Rechtsschutz zu gewährleisten.

³² KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1319 ff.; JEAN-PETIT-MATILE, N 32, auch zur Diskussion de lege ferenda.

These 5: Verwaltungsgerichte agieren selbstbewusst, wenn sie dringliche behördliche Massnahmen beurteilen

Bei Dringlichkeit konzentriert sich staatliches Handeln in der Regel bei einer Exekutivbehörde, die unter dem sachlichen und politischen Druck der Umstände eine Lösung für ein anstehendes Problem finden muss. Häufig muss mit unvollständigen Informationen und zugleich nach Praktikabilitätsgesichtspunkten entschieden werden. Es spielt ein hoher Anteil an exekutivpolitischer Bewertung mit.

Dies alles spricht für eine deutliche Zurückhaltung, wenn nachträglich über Massnahmen in solchen Situationen zu urteilen ist. Gefragt und gefordert ist also nicht selbstbewusste Besserwisserei der Gerichte, sondern eine zurückhaltende Beurteilung anhand rechtlicher und sachlicher Massstäbe.

Immer wieder, vor allem auch im Nachgang zu den Pandemiemassnahmen, entstand aber der Eindruck, dass diese Zurückhaltung insgesamt doch ausgeprägter war als unbedingt nötig. So hat etwa das Bundesgericht in zahlreichen, wenn auch nicht in allen Fällen, recht weit gehende kantonale Massnahmen zum Schutz vor Corona geschützt;³³ und zwar auch Massnahmen, bei denen zum Zeitpunkt des Erlasses aus der damaligen Optik bereits der Sinn als fraglich erschien. Hierzu ist allerdings zu sagen, dass zur allgemeinen Zurückhaltung beim Eingriff in exekutivpolitische Wertungen auch noch die föderalistische Zurückhaltung gegenüber dem Spielraum der Kantone durchgeschlagen hat.

Zudem wurde die langjährige Streitfrage, ob bundesrätliches Notrecht, das sich auf Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung stützt, auch im Widerspruch zu geltendem Gesetzesrecht stehen darf,³⁴ wohl exekutivfreundlich in dem Sinn geklärt, dass dies zulässig sein soll.³⁵ Das mag man aus pragmatischen Gründen begrüssen, persönlich halte ich es jedoch für problematisch. Vor allem könnte dies, wie es mir etwa bei der CS-Rettung erscheinen wollte, geradezu als Einladung verstanden werden, von besonderen gesetzlichen Vorgaben abzuweichen. Zudem gibt die Rechtsprechung damit einen wichtigen, demokratisch legitimierten Massstab für die Beurteilung dringlichen behördlichen Handelns aus der Hand.

Immerhin hat das Bundesgericht dann aber auch Grenzen gesetzt: So prüfte es wiederholt vorfrageweise bei unmittelbar auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützten Verordnungen, ob die Regelungen in der Verordnung den verfassungsmässigen Anforderungen genügten, insbesondere etwa dem Rechtsgleichheitsgebot oder der Verhältnismässigkeit.³⁶ Sehr deutlich fiel das Ver-

³³ Vgl. BGer, 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021, 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021, 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021. Demgegenüber BGer, 2C_308 vom 3. September 2021.

³⁴ Der überwiegende Teil der Lehre erachtet Massnahmen contra legem als unzulässig, vgl. OFK-BIAGGINI, Art. 185 N 10c; GÄCHTER, S. 96 f.; KIENER, S. 465 f.; KLEY, S. 273; a.M. SAXER/BRUNNER, St. Galler Komm. BV, Art. 185 N 155; TRÜMLER, S. 191 f.

³⁵ Vgl. auch SAXER/BRUNNER, St. Galler Komm. BV, Art. 185 N 177.

³⁶ Z.B. BGE 147 V 43 E. 5. Siehe JEAN-PETIT-MATILE, N 10 f.

dikt des Bundesgerichts zu einer Bestimmung der Covid-Notverordnung Kultur aus. Diese schloss den Rechtsweg bei abschlägigen Unterstützungsentscheiden schlichtweg aus, was vom Bundesgericht zu Recht als Widerspruch zur Rechtsweggarantie qualifiziert wurde.³⁷

Nicht unerwähnt soll schliesslich ein Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 3. Juni 2021 bleiben.³⁸ In diesem medial stark beachteten Fall hob das Gericht (auf dem Weg der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels) die Masken-tragpflicht für Primarschüler auf; sachlich vor allem deshalb, weil sie von der unzuständigen Behörde angeordnet wurde. Die damalige epidemiologische Lage vermochte nicht zu be-gründen, weshalb auf die aufschiebende Wirkung verzichtet werden sollte.

Schliesslich sei hier noch der viel beachtete Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts betreffend das Reservekraftwerk Birr genannt.³⁹ Auch wenn dem Bundesrat im konkreten Fall ein weiter Entscheidungsspielraum zukommt, hat er diesen pflichtgemäss, nach dem Gesetzeszweck auszuüben. Da nicht dargelegt werden konnte, worauf sich die An-nahme einer schweren Mangellage stützte, erwog das Gericht, dass es an dieser formellen Voraussetzung für den Erlass der Betriebsverordnung durch den Bundesrat fehlte. Da keine Abwägung der berührten Interessen transparent gemacht wurde, erschien zudem auch die Verhältnismässigkeit verletzt. Folglich stellte das Gericht fest, dass die Betriebsbewilligung für das Reservekraftwerk Birr nicht gesetzeskonform war.

Gleichwohl scheinen mir die Gerichte das kritische Potential der gerichtlichen Beurteilung dringlicher Massnahmen zumindest nicht vollständig ausgeschöpft zu haben. Und je mehr sich die Gerichte bei der Überprüfung zurücknehmen, desto weniger wirkt der zuvor be-schriebene präventive Effekt, den die blossе Möglichkeit der Kontrolle hat.

Etwas kritischer betrachtet könnte man die fast schon akzentuierte Zurückhaltung der Ge-richte auf eine wie auch immer geartete mangelnde Unabhängigkeit vom Gemeinwesen zurückführen. Könnte es beispielsweise der Druck sein, den die regelmässige Wiederwahl auf die Richterinnen und Richter ausübt,⁴⁰ oder besteht sonst eine zu ausgeprägte Staatsnähe der Gerichte?

Vielleicht hat die Zurückhaltung einfach mit einem anderen Phänomen zu tun, das man an Verwaltungsgerichten gelegentlich zu spüren glaubt: Es ist ein vertieftes Verständnis für Verwaltungsabläufe und staatliches Handeln im Allgemeinen, das die Gerichte für Bürge-rinnen und Bürger als «staatsfreundlich» erscheinen lässt. Erhärtete empirische Daten zu einem solchen Phänomen liegen meines Wissens aber nicht vor.

³⁷ BGE 147 I 333.

³⁸ VGer ZH, AN.2021.00004 vom 3. Juni 2021.

³⁹ BVGer, A-1706/2023 vom 19. Februar 2024.

⁴⁰ Ich räume gerne ein, dass ich kein Freund der richterlichen Wiederwahl bin, d.h. ich würde eine Wahl bis zur Altersgrenze oder eine Form von einmaliger, fester Wahlperiode aus Gründen der Unabhängigkeit begrüssen. Allerdings glaube ich nicht, dass in den konkreten Situationen Über-legungen zur allfälligen Wiederwahl hineingespielt haben, jedenfalls nicht stärker als sonst.

These 6: Bei dringlichen Verordnungen des Bundesrats und Massnahmen, die sich auf solche stützen, besteht eine Lücke im Rechtsschutz

Wie beschrieben hat der Bundesgesetzgeber seine Hausaufgaben gemacht, soweit es um die nachträgliche demokratische Kontrolle dringlicher bundesrätlicher Massnahmen geht. Die bereits mehrfach erwähnte Lücke klafft aber dort, wo diese demokratische Kontrolle (noch) nicht greift: Nämlich bei bundesrätlichen Notverordnungen, die sich direkt auf die Verfassung stützen,⁴¹ sowie bei anderen dringlichen Massnahmen des Bundesrates. Gemäss Art. 189 Abs. 4 BV sind nämlich Akte des Bundesrates von der bundesgerichtlichen Kontrolle grundsätzlich ausgenommen. Das Gesetz könnte zwar Ausnahmen vorsehen, was es für diese Fragestellungen – trotz mehrerer Vorstösse in die entsprechende Richtung in den letzten rund 15 Jahren⁴² – nicht getan hat. Wenn also der Bundesrat die Voraussetzungen für gegeben erachtet, um unmittelbar gestützt auf die Verfassung Notverordnungsrecht zu erlassen, lässt sich diese Einschätzung der Sachlage nicht auf dem Weg einer abstrakten Normenkontrolle anfechten.

Auch die konkrete Normenkontrolle, die immerhin möglich bleibt, vermag nicht zu kompensieren, dass hier kaum ein Gegengewicht zur Übermacht der Exekutive besteht, die noch dazu auf eine feste Amtszeit gewählt und faktisch nicht absetzbar ist. Während also zahlreiche kantonale Gerichte und letztlich auch das Bundesgericht dringliche kantonale Massnahmen überprüfen können – wenn auch mit der beschriebenen Zurückhaltung –, ist das bei Massnahmen des Bundesrats nicht möglich.

Dass während kurzer Zeit das Notverordnungsrecht des Bundesrates mehrfach und intensiv genutzt wurde, sollte Ansporn dafür sein, mit dem Bundesgericht mindestens dort eine Kontrollinstanz zu schaffen, wo die demokratische Kontrolle durch die Bundesversammlung nicht greift.⁴³

Zu dieser letztgenannten demokratischen Kontrolle durch die Bundesversammlung ist aber auch noch eine kritische Anmerkung zu machen: Besonders feinmaschig scheint sie nämlich nicht zu funktionieren, wie etwa die Ausgestaltung der Covid-19-Gesetzgebung zeigt. Diese bestand in wesentlichen Teilen aus der Schaffung von (nachträglichen) Delegationsgrundlagen für das (bereits bestehende) bundesrätliche Verordnungsrecht.⁴⁴ Das mag man als demokratische Unterstützung und damit als Legitimation der bundesrätlichen Corona-

⁴¹ GERBER, Rechtsschutz, N 6 f.; JEAN-PETIT-MATILE, N 8 f.; TRÜMLER, N 494 f.

⁴² Im Nachgang zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie zuletzt etwa die parallelen Motionen ZOPFI (21.3690) und ENGLER (21.3689) «Grundrechte und Föderalismus stärken und die Rechtsstaatlichkeit festigen. Ein neuer Anlauf zur Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit», die jedoch von der Bundesversammlung beide abgelehnt wurden.

⁴³ Z.B. JEAN-PETIT-MATILE, N 46.

⁴⁴ Deziert kritisch dazu KLEY ANDREAS, Covid-19-Gesetz: Der Bundesrat kann, kann, kann ..., in: Neue Zürcher Zeitung, 20. Oktober 2021, S. 17.

Politik deuten. Bezogen auf den Rechtsschutz bedeutet das Vorgehen eine weitere Einschränkung, denn Verordnungen, die sich auf eine bundesgesetzliche Delegationsnorm stützen, stehen in der Folge unter der Immunität durch Art. 190 BV, soweit sie Elemente umsetzen, die bereits in der Delegationsnorm enthalten sind.⁴⁵

Auch im diesbezüglich skeptischen politischen Spektrum hat sich nach meiner Beobachtung unterdessen die Überzeugung verstärkt, dass die institutionellen Schranken der Bundesorgane geschützt und kontrolliert werden sollten. Auf Bundesebene gab es jüngst Vorstösse in diese Richtung, die bislang allerdings erfolglos geblieben sind.⁴⁶ Auch eine im Sammelstadium knapp gescheiterte Zürcher Volksinitiative wollte einen entsprechenden Ausbau mit einer Standesinitiative anregen, jedenfalls soweit es das bundesrätliche Notverordnungsrecht betraf.⁴⁷ In ähnlicher Manier scheint sich die Einsicht breit zu machen, dass man etwa auch die föderalistische Ordnung und Kompetenzaufteilung institutionell absichern sollte, um deren Aushöhlung zu verhindern.

These 7: Alles ist gut

Die Prüfung der sechs vorangehenden Thesen hat gezeigt, dass zwar vieles ganz in Ordnung, aber nicht alles gut ist – und dass vor allem an einem effektiven Rechtsschutz gerade auch bei dringlichen behördlichen Massnahmen gearbeitet werden muss.⁴⁸

Wünschbar sind Überlegungen zum Ausbau der bundesgerichtlichen Überprüfungsbefugnisse gegenüber Massnahmen und Verordnungen des Bundesrats, sowie eine stärkere Orientierung an bereits demokratisch beschlossenen Regelungen, gerade auch bei Dringlichkeit⁴⁹ ... und vor allem mehr Gelassenheit im Umgang mit Krisensituationen! Letzteres ist eine mehr gesellschaftlich-politische Forderung an den Zeitgeist, der mir immer mal wieder zu überhitzen scheint.

Schon während der Krisen der letzten Jahre und nun auch bei der Vorbereitung dieses Beitrags ist mir in diesem Zusammenhang ein Phänomen aufgefallen, das mich beunruhigt: Die Schweiz hat, wie eingangs dargelegt, die Hausaufgaben mit Bezug auf die Krisen der letzten Jahre grundsätzlich sorgfältig gemacht. Die Gesetzgebung war je mit modernen Ansätzen unterwegs, vor allem etwa im Bereich der Epidemien und bei «too big to fail» im Bankensektor. Gleichwohl hatten wir kaum etwas von diesen seriösen Vorarbeiten: Die Corona-Politik schien sich über weite Strecken eher am Tagesgeschehen in den Nach-

⁴⁵ Statt vieler BGE 149 V 8 E. 9 und BGE 131 II 562 E. 3.2; aus der Literatur z.B. BIAGGINI, OFK BV, Art. 190 N 12; EPINEY, BSK BV, Art. 190 N 31; GRIFFEL, in Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § 27 N 98 f.; MARTENET, CR Cst., Art. 190 N 31 ff.

⁴⁶ Zusammenfassend JEAN-PETIT-MATILE, N 26 ff.

⁴⁷ Kantonale Volksinitiative zur Einreichung einer Standesinitiative «Gerichtliche Kontrolle von Notrecht stärken (Notrechtsinitiative)», Amtsblatt ZH, 7. Oktober 2022.

⁴⁸ Z.B. JEAN-PETIT-MATILE, N 45 f.

⁴⁹ JEAN-PETIT-MATILE, N 26 ff.

barländern als an den gesetzlich vorgesehenen Verfahren und Konzepten zu orientieren. Verschiedene vorgesehene Organe bei der Epidemienbekämpfung wurden nicht oder nur teilweise aktiviert; dafür spielten andere, wie etwa die wissenschaftliche Task-Force, plötzlich eine erstaunliche Rolle, die sich teilweise weit von dem entfernte, was einer ausserparlamentarischen Kommission als Aufgabe zugedacht ist.⁵⁰ Die Kurzatmigkeit der – leider nicht sehr vielstimmigen! – medialen Berichterstattung während der Krise hat nur in Ausnahmefällen nach bereits vorhandenen Regelungen und Konzepten gefragt und gewissermassen «auf Sicht» Neues erfunden. Es ist darum auch nicht erstaunlich, dass das Vertrauen vieler Bürgerinnen und Bürger in die behördlichen Massnahmen etwa während der Pandemie zurückging.

Umso wichtiger war bzw. wäre hier ein voll ausgebauter Rechtsschutz, um vor allem präventiv darauf hinzuwirken, dass die Behörden möglichst nahe am geltenden Recht und innerhalb der geltenden Verfassung bleiben – und um den Bürgerinnen und Bürgern auch ein rechtsstaatlich geordnetes Ventil zur Verfügung zu stellen.⁵¹

Sehr vieles ist also gut, die Schweiz verfügt über funktionierende Institutionen und eine zwar etwas beunruhigte, aber doch stabile Zivilgesellschaft. Mit überschaubarem legislatorischem Aufwand und etwas Selbstdisziplin käme sie aber sicherer und geschützter auch durch künftige Krisen.

IV. Literaturverzeichnis

- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, OFK BV)
- BIAGGINI GIOVANNI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, S. 239 ff. (zit. BIAGGINI, Notrecht)
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. BEARBEITER/IN, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, § ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Komm. BV, Art. ... N ...)
- GÄCHTER THOMAS, Demokratie und Dringlichkeit. Gedanken zu Geschichte und Anwendung des Dringlichkeitsrechts in der schweizerischen Bundesverfassung, in: Häner Isabelle (Hrsg.), Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte, Beiträge für Alfred Kölz, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 75 ff.
- GERBER KASPAR, Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, sui-generis 2020, S. 249 ff. (<www.sui-generis.ch/134>) (zit. GERBER, Rechtsschutz)
- GERBER KASPAR, Öffentliche Kommunikation der «Swiss National Covid-19 Science Task Force», Welche Regeln gelten?, in: Ders. (Hrsg.), Recht und Evidenz in der Pandemie, Zürich 2022, S. 73 ff. (zit. GERBER, Task Force)

⁵⁰ GERBER, Task Force, S. 73 ff.

⁵¹ KIENER, S. 473.

- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2020
- JEAN-PETIT-MATILE JOHANNA, Gerichtliche Kontrolle von Notrecht. Effektiver Rechtsschutz bei der Krisenbewältigung, Jusletter vom 27. Mai 2024 (<www.jusletter.ch>)
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
- KIENER REGINA, Bundesrätliches «Notrecht» und Unabhängigkeit der Justiz, in: Rüssli Markus/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto, Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 459 ff.
- KLEY ANDREAS, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» – ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, S. 268 ff.
- MARTENET VINCENT/DUBÉY JACQUES (Ed.), Commentaire Romand, Constitution Fédérale, Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, CR Cst., Art. ... N ...)
- TRÜMPLER RALPH, Notrecht. Eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Zürich/Basel/Genf 2012
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER/IN, BSK BV, Art. ... N ...)



ISBN 978-3-03891-783-0



9 783038 917830